Sources of Language and Law
www.legal-linguistics.net

This text is a preprint of:

Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, Duncker & Humblot, Berlin 2007, 427 S.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (2007): "Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte" In: SOULL – Sources of Language and Law, https://legal-linguistics.net (originally published in: Duncker & Humblot, (2007): 427 S.)

Das Ganze des Rechts

Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte

Ralph Christensen & Andreas Fischer-Lescano

Vorwort

Wenn Grundrechte kollidieren, geht es ums Ganze. Man bemüht die Einheit der Rechtsordnung, um das Gegeneinander in Harmonie zu überführen. Aber die Einheit kann man nicht kostenlos verwenden. Wenn man sie bestimmt, gefährdet man dadurch ihre zentrale Stellung als Kontrollinstanz. Sie löst sich in eine Vielzahl von Erzählungen auf und wird spektral. Was heißt das für die Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht?

Die so genannte Drittwirkung der Grundrechte wird herkömmlich folgendermaßen begründet: 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 zentralen Theoreme 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 Drittwirkungskonstellationen kollidierenden Positionen sich in der Bestimmung des Ganzen der Rechtsordnung 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. Solange man von der Einheit der Rechtsordnung als Deduktionsgrundlage und der Abwägung als deren Operationalisierung ausgeht, bleibt dieser Zustand erhalten. Deswegen setzt unsere Kritik an diesen zentralen Theoremen an.

Wir stellen uns im Folgenden die Frage, wie man die Logik von Grundrechtskollisionen und die damit verbundenen Fragen der Interlegalität von einfachem Recht, nationalem Verfassungsrecht, trans-, supra- und internationalem Recht rekonstruieren kann. Anders als in der herkömmlichen Diskussion dieser als Problem der "Drittwirkung" von Rechtsnormen bezeichneten Rechtskollisionen wird im Folgenden kein Versuch des Arrangements von Normstufen in hierarchischen Mehrebenensystemen angestrebt. Statt hierarchischer Normpyramiden soll vielmehr ein reflexiver Fokus auf die kollidierenden Einheiten gelegt werden. In einer funktional differenzierten Gesellschaft sind in der juristischen Form kollidierender Grundrechte die Konflikte sozialer Teilsysteme mit ihren sozialen, natürlichen und humanen Umwelten enthalten. Da diese Umwelten jeweils eigene Logiken aufweisen, kann man die Lösung eines Konflikts nicht aus einer gemeinsamen zugrunde gelegten Metasprache ableiten. Es stellt sich vielmehr das Problem der Unverträglichkeit von Normen unterschiedlicher Provenienz. Mit anderen Worten, die Normkollisionen spiegeln gesellschaftliche Inkommensurabilitäten in der Sprache des Rechts wider.

Allerdings setzt schon die Feststellung der Unverträglichkeit eine Ebene des Vergleichs voraus, deren Verwendung für den Konflikt einen neuen Lösungsrahmen erfindet. Diese Strategie öffnet das einzelne Problem zum Ganzen hin und führt in eine holistische Dimension. Gleichzeitig beinhaltet dieser Holismus das Risiko, dass man das Einzelne dem Ganzen unterordnet. Deswegen stellen wir uns die Frage, wie man dieses Risiko holistischen Denkens vermeiden kann. Dazu schlagen wir Differenzierungen im Begriff Holismus vor: Ein Bezug ist holistisch, wenn er die einzelne Norm mit dem Ganzen der Rechtsordnung verknüpft. Es wird zu präzisieren sein, dass der im juristischen Kontext Verwendung findende Holismus in der Regel zugleich radikal, theoretisch und vertikal ist und im Kern davon ausgeht, dass die Beziehung zwischen Teil und Ganzem hierarchisch ist. Diesem Divisionalismus setzen wir ein reflexives Modell entgegen, dessen holistische Inbezugnahme zugleich moderat als auch praktisch und horizontal ist.

Die herkömmliche Theorie der sog. "Drittwirkung", die die klassische juristische Denkfigur für Grundrechtskollisionen darstellt, argumentiert von der Einheit der Verfassung her. Sie fasst diese Einheit als Wert- oder Prinzipienpyramide auf und sucht durch die Generierung staatlicher Schutzpflichten und sonstige Übersetzungsleistungen die Polyzentrik der Gefährdungslagen etatistisch einzuhegen und zu bearbeiten. Die Konfliktlösung erfolgt durch Hierarchisierung. Diese Argumentationsstrategie stößt gerade bei der Kollision unterschiedlicher institutioneller Normensembles an ihre Grenzen, insbesondere wenn in diesen Kollisionslagen soziale, natürliche und humane Umwelten des Rechts miteinander in Konflikt liegen. Um solche Konflikte zu lösen, kann man das Ganze nicht schon als gemeinsam voraussetzen, sondern muss es als offenen Horizont begreifen. Das ersetzt nicht einfach das hierarchische Programm der Grundrechtsdogmatik durch eine horizontale Komponente sondern fordert eine neue Reflexivität. Die als Rechtserkenntnis stilisierte Abwägung führt nicht zur Lösung für die Kollisionslagen in der ausdifferenzierten Gesellschaft, gefragt sind differenzierte Kollisionsprogramme, die es ermöglichen, gesellschaftliche Konflikte als Gefährdungen durch die Kommunikationsmatrices gesellschaftlicher Institutionenensembles in den Kategorien Menschenrechte, Personenrechte und Diskursrechte rechtlich zu bearbeiten. Dazu bedarf es eines über monologische Erkenntnis des Richters hinausgehenden Verfahrens, welches die Parteien im Wege von Argumentation und Vernetzung mit anderen Entscheidungen zu einer neuen Rahmung ihrer Interessen zwingt. Das Recht liefert keine Abwägung, sondern ermöglicht im Verfahren eine durch Vernetzung erschwerte Reflexion der Beteiligten. Diesen Weg vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis der Grundrechte wollen wir beschreiben. Kurz gesagt, geht es um folgende Frage: *Wie kann man das Problem der Unverträglichkeit in der Kollision sozialer Logiken bearbeiten, ohne in das vertikal holistische 'Denken vom Ganzen her' zu verfallen?*

Einleitung

Das Sachthema des vorliegenden Bandes ist die horizontale Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr. Diese Fragestellung ist der Brennpunkt der allgemeinen Grundrechtstheorie und sie findet ihre Grundlage in der Konzeption der Einheit der Rechtsordnung. Die Sicht auf diese Einheit soll dem Entscheider ermöglichen, den konfligierenden Grundrechten ihren Platz zuzuweisen. Die Art und Weise, wie das Ganze der Rechtsordnung in der Rechtstheorie bestimmt wird, genügt dem heutigen Stand der philosophischen und wissenschaftstheoretischen Debatte nicht mehr. Eine Verschiebung in dieser rechtstheoretischen Grundfrage muss aber auch zu einer Veränderung der allgemeinen Grundrechtstheorie und schließlich zu dogmatischen Konsequenzen führen. Es zeigt sich dabei, dass die Praxis der Gerichte schon immer den zu engen Rahmen der herkömmlichen Drittwirkungstheorien überschritten hat. Wenn die Urteilsbegründungen in klassischen Drittwirkungsfällen zu formulieren versuchen, was sie gerade tun, bleiben sie weit hinter dem zurück, was sie in dem Text tatsäch-

lich tun. Diesen Abstand zwischen Theorie und Praxis der Drittwirkung muss die Wissenschaft bearbeiten. Das Sachproblem der Drittwirkung wird also im Wege der pragmatischen Analyse behandelt. Sowohl der Gegenstand als auch die Methode bedürfen einer kurzen Erläuterung.

I. Die Methode der Untersuchung

Eine pragmatische Analyse geht davon aus, dass die tatsächliche Arbeit eines Textes über das hinausgeht, was er von sich selbst sagt und weiß. Jeder Sprecher kann komplexe Sprechhandlungssequenzen hervorbringen, ohne deswegen schon über die Grammatik als Wissen zu verfügen. Dieser Abstand zwischen dem Können und Wissen ist das Arbeitsgebiet der Wissenschaft. Wenn es ihr gelingt, den Abstand zu verringern, kann sie die Selbstbeschreibung eines sozialen Systems oder einer Institution präzisieren und dadurch die bisherige Praxis verschieben.

Ansatzpunkt ist dabei die pragmatische Wende der Sprachwissenschaft, die den „Handlungscharakter der Sprache und des Sprechens“[1] thematisiert. Wenn man Ernst macht mit der Einsicht, ”dass das Sprechen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform”[2], sieht man, dass ”eine Sprache vorstellen heißt, sich eine Lebensform vorstellen.”[3] Wittgensteins Rekonzeptualisierung von Sprache als Praxis kann als Leitgedanke der pragmatischen Analyse gelten, die man heute auch Diskursanalyse nennt: ”Dass mit Sprache gehandelt wird und Sprechen Funktion hat, ist eine Grundannahme im Diskurskonzept.”[4] Sprechen und Handeln lassen sich nicht voneinander trennen.[5] Dies kennzeichnet den Umbruch zu einer pragmatischen Sprachtheorie.[6] Sowohl zu einer eher soziologisch orientierten, ”die sich vor allem auf gesellschaftlich institutionalisierte Diskursfelder bezieht und analysiert, wie in Diskursen Themen definiert und verändert werden”, als auch zu einer im engeren Sinne linguistischen, ”die mehr das 'Wie' der Kommunikation betont”.[7] Sprache taucht sowohl in sozialen Systemen als auch in psychischen Systemen auf. Ihr Vollzug ist ”eine aktive, etwas *herstellende* soziale Praxis”.[8] Deren linguistische Erforschung bringt

[1] *Christoph Sauer*, Der wiedergefundene Sohn. Diskursanalyse eines Strafverfahrens vor dem niederländischen 'Politierechter', in: *Ludger Hoffmann* (Hrg.), Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren, Tübingen 1989, S. 63 ff. (65).

[2] *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 23.

[3] *Wittgenstein*, ebd., § 19.

[4] *Gabriele Löschper*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 158.

[5] Zur konstruktivistischen Perspektive des Diskurskonzepts hier *Löschper*, ebd., S. 68 ff.

[6] *Löschper*, ebd., S. 65.

[7] *Wolfgang Ludwig-Mayerhofer*, Diskursanalyse, ILMES – Internet-Lexikon der Methoden der empirischen Sozialforschung, München 1997, http://www.lrz-muenchen.de/~wlm/ilm_d3.htm.

[8] *Gabriele Löschper*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 66.

eine ganze Reihe von Ansätzen hervor[9], die als "Gesprächsanalyse"[10], "Konversationsanalyse"[11] und natürlich auch ausdrücklich als "Diskursanalyse"[12] firmieren. Die Vielfalt der Bezeichnungen ist kein Zufall. Ihr entspricht "ein breites Spektrum theoretischer Ansätze", die "aus so unterschiedlichen Traditionen wie sprachanalytische Philosophie, Ethnomethodologie / conversational analysis und Soziolinguistik"[13] herrühren. Die Namen sind also Programm. In ihnen spiegeln sich die unterschiedlichen Ambitionen einer Beschäftigung mit Diskursen wieder, verstanden als "zusammenhängende Handlungssequenzen, deren Zusammenhang nicht nur in der Perspektive der Interaktion aufscheint, sondern auch auf Grund der gewählten sprachlichen Formen strukturiert ist, die ihrerseits weitere Diskurse evozieren können"[14]. All diese Ansätze gehen von der Interaktion von Sprechenden aus, untersuchen aber gleichzeitig die Vermittlung dieser psychischen Systeme über die Sprache. Hier liegt auch der Ansatzpunkt für die Analyse der Verselbständigungsprozesse unterschiedlicher kommunikativer Anschlussfelder.

Die Diskursanalyse ist zwischen Soziologie und Linguistik angesiedelt[15] und es geht ihr um die Beziehung zwischen Sprache und Gesellschaft. Natürlich kann man diese Beziehung verschieden fassen. Die soziologische Diskursanalyse tendiert dazu, diesen Gegensatz in die Gesellschaft zu legen, während die stärker linguistische Diskursanalyse den Gegensatz von Sprache und Gesellschaft in die Sprache fallen lässt. Innerhalb der Systemtheorie ist diese Problematik gut erkennbar.[16] In ihrer vor-dekonstruktiven Phase hat die Systemtheorie

[9] Einen Einstieg findet man in den Bänden *Dieter Wunderlich* (Hrg.), Linguistische Pragmatik, Frankfurt am Main 1972; *Utz Maas/Dieter Wunderlich* (Hrg.), Pragmatik und sprachliches Handeln. Mit einer Kritik am Funkkolleg "Sprache", Frankfurt am Main 1972. Zu Entwicklung und Ansatz einer linguistischen Diskursanalyse hier insbesondere *Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9 ff.

[10] Siehe *Helmut Henne/Helmut Rehbock*, Einführung in die Gesprächsanalyse, Berlin/New York 1978.

[11] Siehe *Jörg Bergmann*, Konversationsanalyse, in: *Uwe Flick/Ernst von Kardorff/Heiner Keupp* (Hrg.), Handbuch Qualitative Sozialforschung. Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen, Weinheim 1995, S. 213 ff.; sowie im Engeren die Beiträge in: *Jürgen Dittmann* (Hrg.), Arbeiten zur Konversationsanalyse, Tübingen 1979.

[12] Siehe *Dieter Wunderlich*, Entwicklungen der Diskursanalyse, in: *ders.*, Studien zur Sprechakttheorie, Frankfurt am Main 1976, S. 293 ff.

[13] *Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9.

[14] *Christoph Sauer*, Der wiedergefundene Sohn. Diskursanalyse eines Strafverfahrens vor dem niederländischen 'Politierechter', in: *Ludger Hoffmann* (Hrg.), Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren, Tübingen 1989, S. 63 ff. (65 f.). Die Praxis der Analyse umfasst die ganze Bandbreite des kommunikativen Lebens. Nachweise etwa bei *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie des richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 179 ff. sowie *Siegfried Jäger*, Kritische Diskursanalyse. Eine Einführung, 4. Aufl., Münster 2004.

[15] Vgl. dazu *Jäger*, ebd., S. 27 ff. m. w. N.

[16] Vgl. dazu *Urs Staeheli*, Sinnzusammenbrüche, Weilerswist 2000, S. 53 ff. und 184 ff.; *ders.*, Poststrukturalistische Soziologien, Bielefeld 2000, S. 71 ff.; *Elke Reinhardt-Becker*, (luhmannsche) Systemtheorie – (foucaultsche) Diskurstheorie. Analogien und Differenzen. Eine Erwiderung, kultuRRevolution 47 (Juni 2004), S. 8 ff.; *Jürgen Link*, Wie weit sind (foucaultsche) Diskurs- und (luhmannsche) Systemtheorie kompatibel? Vorläufige Skizze einiger Analogien und Differenzen, kultuRRevolution 45/46 (Januar/Februar 2003), S. 58 ff.;

eine Schwäche des Diskursbegriffs darin gesehen, dass dieser die Zwänge und Einschränkungen nicht erfassen könne, welche die soziale Struktur der Sprache auferlege.[17] Darin zeigt sich ein hermeneutisches Tiefenmodell, welches die Semantik als Ausdruck der Sozialstruktur sieht. Im Rahmen dieses noch alteuropäischen Repräsentationsmodells wird die Positivität des Diskurses aufgelöst, indem er für etwas Anderes, die wesentliche Ebene der Sozialstruktur, steht.[18] Erst nach der dekonstruktivistischen Wendung dieses Determinismusmodells kann die Systemtheorie die diskursimmanenten Regelmäßigkeiten und Kämpfe in ihrer Positivität aufnehmen. Sie finden ihren Ort beim Problem der Grenzziehung des Systems. Die Selbstbeschreibung des Systems ist jetzt nicht mehr etwas, was der blind erfolgenden operativen Schließung des Systems nachfolgen kann aber nicht muss, sondern sie ist konstitutiv für die operative Schließung.[19] Insbesondere in Krisensituationen wird die Abhängigkeit der Operationen erster Ordnung von den systemschen Selbstbeschreibungen deutlich. Je nach zugrunde gelegtem Rechtsbegriff sind Operationen erster Ordnung als Rechtsoperationen zu klassifzieren – oder eben nicht. Damit dreht sich das vorher angenommene Repräsentationsmodell um. Ein solches Modell ist nur die ideologische Konsequenz einer hegemonialen Selbstbeschreibung und fällt selbst in den Diskurs.

Unter dieser Perspektive wird die im System angefertigte Selbstbeschreibung zum zentralen Element der Diskursanalyse. An die Art, wie das System seine eigene Tätigkeit beschreibt, muss man anknüpfen, um seine diskursive Logik zu erfassen und zu verändern. Hier trifft sich die diskursanalytische Methodik im Rahmen der Systemtheorie mit hermeneutischen und analytischen Ansätzen, welche als Voraussetzung für das Verständnis bestimmter Praxisfelder den Gegensatz von „know that“ und „know how“ verwenden. Auch dabei liegt der Anfang bei der Selbstbeschreibung, welche mit den tatsächlichen Operationen eines Systems konfrontiert wird.[20] Für den vorliegenden Ansatz heißt dies, in drei Schritten vorzugehen: Zunächst wird die im Rechtssystem vorgefundene Selbstbeschreibung in Fragen der „Drittwirkung“ dargestellt. Diese wird dann in rechtstheoretischer Perspektive mit den Operationen des Rechtssystems verglichen, um bei einer Divergenz zu einer Verbesserung dieser Selbstbeschreibung zu gelangen. Es zeigt sich dabei, dass die Selbstbeschreibung der Drittwirkung als Aufdeckung einer schon vorhandenen Ordnung gefasst ist. Tatsächlich wird die Herausforderung jedoch darin liegen, reflexive Selbstveränderungsprozesse

---

grundlegend *Niklas Luhmann*, Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Band 1, Frankfurt am Main 1980, S. 9 ff.

[17] Vgl. dazu *Niklas Luhmann*, Liebe als Passion. Zur Codierung von Intimität, Frankfurt am Main 2003, S. 2 unter Abgrenzung der Systemtheorie zur Diskursanalyse Foucaults. Prinzipiell dazu und zum Folgenden: *Urs Staeheli*, Semantik und/oder Diskurs: „Updating“ Luhmann und Foucault?, kultuRRevolution 47 (Juni 2004), S. 14 ff.

[18] Zur Dekonstruktion dieser Unterscheidung bei Luhmann vgl. *Urs Staeheli*, Sinnzusammenbrüche, Weilerswist 2000, S. 184 ff.

[19] Vgl. dazu *Staeheli*, ebd., S. 36 ff. und 41 ff.

[20] *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 269 ff.

rechtlich zu moderieren.

II. Gegenstand der Untersuchung

Die Drittwirkungsdiskussion ist eine Jahrhundertdiskussion[21], die seit mehr als 50 Jahren intensiv geführt wird. zwar gelten die herkömmlichen Theorien der Drittwirkung als funktionale Äquivalente[22], die alle zum gleichen Ergebnis führen. Aber die lange Kette von Drittwirkungsentscheidungen der Gerichte ist noch nicht wirklich auf den Begriff gebracht. Dies erklärt, dass die in die Drittwirkungsdebatte eingebrachten Forschungsprojekte zusammengenommen mehrere Jahrhunderte Wissenschaftlerlebenszeit beansprucht haben.[23]

Tatsächlich sind in der Drittwirkungsdiskussion fundamentale gesellschafts- und rechtstheoretische Fragestellungen enthalten, die eine Klärung der sozialtheoretischen und methodischen Prämissen erfordern. So folgte zwar der Inflation der Drittwirkungsjudikatur eine Inflation der Offerten elaborierter Drittwirkungsdogmatik auf dem Fuße. Das durch die Drittwirkungssemantik eingeschlossene Ausgeschlossene, der blinde Fleck der rechtstechnischen Debatte über das Verhältnis von verfassungsrechtlich geschützten Grundrechten zum einfachen Recht, von europarechtlichen Normen zum nationalen Recht, von völkerrechtlichen Menschenrechtsverpflichtungen (z.B. der europäischen Menschenrechtskonvention) zu nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Ordnungen und das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, liegt aber weiterhin im Verhältnis operativ geschlossener Rechtssysteme zu ihren gesellschaftlichen Umwelten. Die Thematisierung dieser Relationen unterliegt in der Diskussion über Drittwirkung einem etatistischen Reduktionismus; das folgt der Logik des für Rechtstheorie und juristische Methodik schon oft festgestellten Grundsatzes, dass das theoretische Wissen über das Phänomen weit hinter seinem praktischen Funktionieren herhinkt.

Die Grundrechtsdiskussion hat sich nicht nur in der frühen Phase der Begleitung der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht, Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof dem Thema der Drittwirkung gewidmet.[24] Etwa 50 Jahre

[21] *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.

[22] *Robert Alexy*, Die Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1988, S. 483.

[23] Vgl. dazu *Alexander Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, Berlin 2004, S. 215 m. w. N.

[24] Aus jüngster Zeit siehe nur: *Gerd Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, Tübingen 1999; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999; *Michael Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin 2000; *Matthias Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte – Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005; *Martin Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000; *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001; *Ute Mager*, Einrichtungsgarantien, Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatis-

später hat die Konstitutionalisierungsdiskussion[25] den Blick wieder verschärft auf die Probleme der Interlegalität von Zivilrecht und öffentlichem Recht, von nationalstaatlichem Recht zu supra-, trans- und internationalen Rechtsentwicklungen gelenkt.[26] Es zeigt sich jetzt ganz deutlich, dass die bisherige wissenschaftliche Theoriebildung hinter der Komplexität der Praxis herhinkt. Deswegen soll eine rechtstheoretische Perspektive eingenommen werden, die den üblichen Reflexionsstopp, der in der Einnahme einer vertikal holistischen Position das zentrale Problem in der Optimierung rechtlicher Prinzipien und Höchstwerte sieht, ablehnt und die Probleme unter Berücksichtigung sprachlicher und sozialtheoretischer Faktoren reformuliert.

Zentral wird darum sein, die juristische Selbstbeschreibung der als Werte- und Prinzipienkollisionen praktizierten hierarchischen Auflösung der Kollisionen gesellschaftlicher Rationalitätsbereiche zu hinterfragen. In der juristischen Bearbeitung der beiden zentralen Dimensionen der Drittwirkungsdiskussion – Geltung der Grundrechte auch für Private? Hierarchisches Verhältnis von nationalen Grundrechten und europäischem Primär- und Sekundärrecht zu "einfachem" Recht? – zeigt sich, dass in der rechtlichen Selbstbeschreibung die Drittwirkung als Aufdeckung einer schon vorhandenen Ordnung gefasst ist, deren Spitze grundrechtliche Werte, Prinzipien und Fundamentalnormen bilden. Das beinhaltet einen üblicherweise unreflektierten Holismus, für den Rudolf Wiethölter einst nur beißende Kritik übrig hatte: "Jedes Kollisionsrecht ist prinzipiell in der Gefahr, statt der Güter-'Abwägung' schlicht 'Guts'-Abwägung zu betreiben, d. h. allgemeiner: ein Interesse avanciert zugleich – als allgemeines (jedenfalls allgemeineres) – zum Schiedsrichter über sich selbst und die Konkurrenten. In unserer Zeit wäre es aber zumindest erforderlich, solche Welt selbstgerechter Kollisionsnormen genauer zu durchschauen und ein unverzichtbares 'selbstgerechtes Meta-Systemrecht' zu legitimieren. Das ist die methoden-theoretische Aufgabe. Die inhaltliche Aufgabe ist es, den sozialen Kampf um homogene Interessen, um verallgemeinerungsfähige Interessen zumindest, unter Bedingungen zu bringen und zu halten, in denen nicht die selbsternannten Schiedsrichter von gestern bestimmen, welche Spiele wie stattzufinden haben. Geltungsbedingungen für die Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen wären darum das Geschäft der Wissenschaft."[27] Die nachfolgende

chen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen 2003.

[25] Exemplarisch *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des ‚einfachen' Rechts, Baden-Baden 2000.

[26] Siehe hierzu bspw. *Marc Amstutz*, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, S. 213 ff.; siehe auch *Boaventura de Sousa Santos*, Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation, 2. Aufl., London 2002, S. 437 ff.; *Mel Kenny*, Globalization, Interlegality and Europeanized Contract Law, Penn. State International Law Review 21 (2003), S. 569 ff.

[27] *Rudolf Wiethölter*, Begriffs- und Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: *Alexander Lüderitz/Jochen Schröder* (Hrg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Aus-

Analyse will die juristischen Strategien der Invisibilisierung rechtspraxisimmanenter Holismen aufdecken und hinterfragen. Der Versuch, eine neue Dogmatik für die Drittwirkungsfälle zu entwickeln, muss zunächst einen Umweg über die Rechtstheorie und juristische Methodik nehmen, weil der direkte Weg durch eine Fülle funktional gleichwertiger Theorien blockiert ist. Die einzelnen Dimensionen der Untersuchung beinhalten:

1. Die rechtstheoretische Ebene ist die Sicht auf die Einheit der Rechtsordnung. Dieses juristische Theorem wird mit dem Stand der Diskussion über den Holismus in der analytischen Philosophie konfrontiert. Dabei ergibt sich zunächst die semantische Unvermeidbarkeit des Holismus, weil Bedeutung keine intrinsische Eigenschaft von Texten darstellt, sondern sich nur als relationale Eigenschaft erschließt. Allerdings kann Holismus nicht heißen, nur dem Ganzen Bedeutung zuzubilligen und die Stellung des Einzelnen von dort zu deduzieren. Der Holismus muss kann nicht nach dem Schema Ganzes und Teil, wo der Teil nur als defizitär begriffen werden kann, sondern nur nach dem Schema Gestalt und Horizont, worin das Einzelne als produktiv und das Ganze individuell bestimmt ist, gesehen werden. Daraus ergibt sich die Unhaltbarkeit eines vertikalen Holismus, der vom Ganzen her denken will und glaubt, darüber epistemisch verfügen zu können. Statt einer Hierarchie von Erkenntnisebenen ist eine reflexive Strategie der Kollisionsbewältigung als praktischer Holismus gefragt.

2. Die methodische Ebene betrifft die Reduktion der Grundrechte zu bloßen Abwägungspositionen und will sie als Recht mit argumentativem Potential entwickeln. Dazu muss man über die Figur der Abwägung hinauskommen. Die Praxis juristischer Werte- und Prinzipienabwägung reformuliert gesellschaftliche Konflikte in der Form eines vertikalen Holismus und behauptet ihre Auflösung unter Bezug auf ein prekäres Ganzes. Diese Form der Konfliktbearbeitung wird den gesellschaftlichen Fragmentierungs- und Transnationalisierungsprozessen, die den Problemhintergrund der Grundrechtskollisionen bilden, nicht gerecht. Das Problem der Abwägung liegt bei der Vergleichbarkeit heterogener Positionen. Über den Menschenwürdekern der Grundrechte bzw. über die Gerechtigkeit als Rechtsidee soll die Einheit der Rechtsordnung eine Skalierung heterogener Rechtsgüter möglich machen. In der Bestimmung der Einheit kehrt aber gerade die Heterogenität zurück, so dass sich Abwägung als delegierende Metapher erweist. Deswegen muss man die herkömmliche Stilisierung juristischer Arbeit als Rechtserkenntnis überschreiten. Ein Urteil ergibt sich nicht über das Verstehen einer Rechtsquellenhierarchie aus ihrer Sinnmitte heraus. Es ergibt sich vielmehr durch die im Verfahren vorgebrachten Argumente und die Vernetzung mit Vorentscheidungen. Während der herkömmliche Ansatz auf Semantik und monologische Rechtserkenntnis vertraut, muss man vielmehr auf die

gang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main 1977, S. 213 ff. (232).

Pragmatik und den sozialen Vorgang des Verfahrens setzen. Nur so kann man Inkommensurabilität sozialer Ordnungen durch Veranlassung von Rahmenwechsel bearbeiten, statt diese zu verleugnen.

3. Die Konsequenzen einer rechtstheoretischen und methodischen Neubestimmung des Problems der Drittwirkung liegen auf dem Gebiet der allgemeinen Grundrechtstheorie und der Dogmatik. Die Grundrechte müssen von einer divisionalen in eine reflexive bzw. ökologische Theorie überführt werden. Es gilt, rechtlich fremdregulierend Selbstregulierungsprozesse der Sozialsysteme anzuregen und zu stabilisieren. Das reflexive Moment verknüpft damit Rechts- und andere Sozialprozesse mit ihren jeweiligen Umwelten. Grundrechte dann sind nicht Behälter eines vertikal vorgegebenen Ganzen, sondern Produktionsstätten für die Herstellung des Ganzen als Horizont. Die Formel für die "Drittwirkung der Grundrechte" wäre dann: Nicht "Abwägung von personalen Rechten und Pflichten von Grundrechtsträgern und -pflichtigen" im Rahmen einer vorgeordneten Totalität, sondern "Kompatibilisierung von Menschen-, Personen- und Diskursrechten mit gesellschaftlichen Institutionen" im Rahmen einer reflexiv hergestellten Vernetzung.

III. Der Problemhintergrund der Untersuchung

Den Problemhintergrund des Buches kann man mit den Schlagworten Privatisierung, Europäisierung, Globalisierung, Fragmentierung und gesellschaftliche Ausdifferenzierung beschreiben; allesamt sind dies Phänomene, die einen neuartigen Umgang mit dem Problem der Inkommensurabilität erfordern und die Ausdruck eines sozialstrukturellen Wandels sind. Man könnte diesen grob als Übergang von der nationalen Industriegesellschaft zu globalisierten Produktionsnetzwerken beschreiben. Konkret betrifft dies vornehmlich zwei Bereiche: Einmal die neue mediale Infrastruktur des Rechts im Kontext der Zunahme der immateriellen Arbeit mit der leichten Verfügbarkeit von immer mehr Informationen im Hypertext des Rechts, die die Fragmentierungen im Innern des Rechts sichtbar machen. Gleichzeitig wird mit der Globalisierung auch das Recht von einem Sog erfasst, der zu immer schnelleren Umwälzungen seiner Regelungsmassen und Grenzen führt.

Traditionelle Rechtskonzeptionen und die darauf bezogene Einführungsliteratur bleiben in der Regel hinter der Komplexität dieser Probleme zurück. Das Recht wird im „alteuropäischen Denken“ als Hierarchie von Normen oder Rechtsquellen begriffen. Dahinter steht die große Erzählung des einheitlich durchorganisierten und hierarchischen Nationalstaats, der seine Normen nach einem top-down Modell zu produzieren vorgibt. Die Fundamente dieses Bauwerks sind brüchig geworden.[28] Die gesellschaftliche Ausdifferenzierung und die

[28] Siehe nur *Harold J. Berman*, World Law, Fordham International Law Journal 18 (1994-1995), S. 1617 ff.; vgl. auch *Armin von Bogdandy*, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts - eine Bestandsaufnahme, Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 853 ff.

Globalisierung des Rechts schaffen neue, vielfältige Rechtsarenen sowie neue gesellschaftliche Akteure jenseits der alten nationalstaatlichen Apparate. Es wird offensichtlich, was sich im Zeitalter der westlichen Nationalstaaten noch hinter der Fassade der Bürokratie verstecken konnte: dass die monopolisierte und hierarchische Produktion des Rechts durch das Quasi-Subjekt Staat eine Selbsttäuschung der Moderne war.[29] Recht wird vielmehr von einer Multitude von Akteuren, Apparaten und Systemen in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung um dessen Bedeutung[30] permanent aufs Neue produziert. Heute geht es darum, das Recht als ein dynamisches System zu begreifen. Recht ist nicht einfach in einer hierarchischen Normstruktur schon vorgegeben, sondern wird hergestellt. Dies erfolgt in Rechtsverfahren, im Streit der Beteiligten, in darauf bezogenen richterlichen Begründungen, in Skandalisierungsprozessen, politischen Interventionen, insgesamt also in lokalen und globalen Netzwerken der Rechtskreation.

Insbesondere die Phänomene Globalisierung Europäisierung und Privatisierung haben den Blick auf die rechtliche Einhegung nicht-etatistischer Akteure und operative „Interlegalitäten“ im Recht gelenkt.[31] Interlegalität bedeutet mehr als nur eine statische Vielfalt gegeneinander abgegrenzter normativer Ordnungen, wie sie in der klassischen Rechtssoziologie von Eugen Ehrlich, Santo Romano, Maurice Hauriou, Georges Scelle und Georges Gurvitch beschrieben wurden.[32] Das wäre nur eine Strategie der Ontologisierung sozialer Beziehungen. Stattdessen thematisieren die zeitgenössischen Ansätze eine dynamische Vielfalt von normativen Operationen. In diesen regen sich parallele Normsysteme unterschiedlicher Herkunft wechselseitig an, greifen ineinander und durchdringen sich, ohne in einer gemeinsamen Metasprache oder gar in gemeinsamen Werten und Prinzipien kulminieren zu können. Das „Recht in globaler Unordnung“[33] ist ein heterarchisches Gebilde. Die Einheit des Rechts der Gesellschaft im Staat kann heute nicht mehr vorausgesetzt werden. Auch über die Definition des 'Feindes'

[29] Vgl. *Hauke Brunkhorst*, Verfallsgeschichten, Zeitschrift für Philosophie 52 (2004), S. 295 ff.; *Bob Jessop*, The future of the capitalist state, Cambridge 2002; *Nicos Poulantzas*, Staatstheorie. Politischer Überbau, Ideologie, autoritärer Etatismus, Hamburg 2002; *Gunther Teubner*, Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts, Soziale Systeme 2 (1996), S. 229 ff.

[30] *Ernesto Laclau/Chantal Mouffe*, Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus, Wien 2000; *Chantal Mouffe*, On the Political, New York 2005.

[31] *Gunther Teubner*, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 19 (1998), S. 8 ff.; *Marc Amstutz*, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, S. 213 ff.; siehe auch *Boaventura de Sousa Santos*, Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation, 2. Aufl., London 2002, S. 437; *Mel Kenny*, Globalization, Interlegality and Europeanized Contract Law, Penn. State International Law Review 21 (2003), S. 569 ff.

[32] *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München 1913, S. 81 ff.; *Santi Romano*, L'ordinamento giuridico, 2. Aufl., Firenze 1918, §§ 12 ff.; *Maurice E. Hauriou*, Aux sources du droit, Paris 1933, S. 11 ff.; *Georges Gurvitch*, The Sociology of Law, London 1947, S. 181 ff.; *Georges Scelle*, Précis de droit des gens. Principes et systématique. Vol. I, Paris 1932, S. 6 ff.

[33] *Erhard Denninger*, Recht in globaler Unordnung, Berlin 2005.

kann Homogenität in einer pluralistischen Gesellschaft nicht geschaffen werden. Selbst der Entwurf Rudolf Smends, wonach die Einheit des Rechts dadurch zustande komme, dass dieses ein „Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“ bilde,[34] wird zunehmend unplausibel. Diese Utopie scheitert an der Unübersichtlichkeit und Vielfalt der Lebensverhältnisse. Die Gesellschaft bildet zwar einen einheitlichen Zusammenhang von Kommunikation, aber es gibt kein Ganzes, von dem aus man diese Einheit kontrollieren könnte. An die Stelle der Einheit tritt die Frage nach den Bedingungen von Vielfalt und danach, wie eine scheinbar holistische Totalität von einer radikaldemokratischen Allgemeinheit abgelöst werden kann.

Wenn man die Fiktion von Einheit und Homogenität der Gesellschaft aufgibt, tauchen neue Probleme auf: Wie kann die Koexistenz und Kooperation unterschiedlicher Sprach- und Lebensformen funktionieren? Die Frage nach Bedingung der Einheit wird ersetzt durch die Frage nach Bedingungen von Vielfalt. Problematisch wird ein Fundamentalismus, der behauptet, über die einzig richtige Lesart für den Text seiner Kultur zu verfügen. Denn er privilegiert seine eigenen Assoziationen und Kontexte, wodurch andere Lesarten unsichtbar werden. Die Tendenz zur Ausschließlichkeit und Absolutsetzung eigener Maßstäbe und Lesarten muss in einen friedlichen Wettstreit von Argumenten überführt werden, ohne dass schon zu sehen ist, wie dies geschehen kann. Hier stößt man auf das grundsätzliche Problem der Inkommensurabilität. Bei der Kollision sozialer Rationalitätsbereiche findet man zwar häufig eine Schnittmenge von Gemeinsamkeiten, aber eben nicht immer. Wenn eine solche Grundlage für die Verständigung nicht vorhanden ist, muss die Suche danach durch äußere Zwänge in Gang gesetzt werden. Hier stellt sich die Frage, was das Recht für die Lösung des Problems der Unverträglichkeit oder Inkommensurabilität leisten kann.

1. Kapitel:
Die Einheit der Rechtsordnung – Von der Hierarchie zum Netzwerk

Einheit der Rechtsordnung und Abwägung sind die zentralen Theoreme, mit denen die herkömmliche Lehre die horizontale Wirkung von Grundrechten bearbeiten will. Mit der Einheit der Rechtsordnung wird das Ganze des Rechts beansprucht. Ob und wie dieser Anspruch eingelöst werden kann, ist unsere erste Frage.

Hierarchie und Netzwerk sind zwei verschiedene Sichtweisen auf das Ganze der Rechtsordnung. Im juristischen Selbstverständnis ist der Hierarchiegedanke prägend, weil er mit der Rechtsquellenlehre verknüpft ist. Das Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht besteht tatsächlich in einer hierarchischen

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

Überordnung. Aber damit ist noch nicht gesagt, dass der Hierarchiegedanke das leitende Konzept für die Strukturierung der Rechtsordnung sein müsste. Gerade in neuerer Zeit hat der Netzwerkgedanke sehr produktive Verwendung im Recht gefunden. Hier sollen die beiden Konzepte in ihrer Leistungsfähigkeit verglichen werden, indem das gemeinsam zugrunde gelegte Problem des Holismus untersucht wird. Ob sich das Ganze der Rechtsordnung eher als Hierarchie oder eher als Netzwerk begreifen lässt und wie weit die relative Berechtigung dieser Konzepte reicht, wird sich anhand des holistischen Problems der Einheit der Rechtsordnung genauer bestimmen lassen.

I. Vom vertikalen zum horizontalen Holismus

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[35] oder Wertrangordnung[36] angesehen, an deren Spitze die Grundrechte und Art. 1 GG stehen.[37] Von dieser Spitze her lassen sich dann Konflikte zwischen einzelnen Elementen entscheiden. Das ist eine spezifische Form des holistischen Arguments. Man könnte auch vom Einzelnen her auf das Ganze hin argumentieren. Stattdessen wird hier vom Ganzen her argumentiert. Die Bedeutung liegt danach allein beim Ganzen und nicht etwa im reflexiv erweiterten Horizont des Einzelnen. Diese gegensätzlichen Strategien für holistisches Argumentieren im Recht sollen hier analysiert werden. Idealtypisch sind damit zwei Konzepte zu unterscheiden: Das divisionale 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. Das reflexive Konzept begreift das Ganze der Rechtsordnung nicht als geordnete Totalität, sondern als offenen Horizont. Die Lösung des Konflikts kann nicht vom Ganzen her zugeteilt werden. Aber im Verfahren werden die Ansprüche der Parteien auf den offenen Horizont der Gesamtrechtsordnung bezogen und damit durch wechselseitige Einwände neu kontextualisiert. Dies zwingt zu einer neuen Rahmung und damit zur selbstreflexiven Praxis. Unsere These ist: Die herkömmlichen divisionalen Konzeptionen sind nicht operabel. Das der Rechtserkenntnis zugängliche Ganze bleibt Behauptung und nivelliert den gesellschaftlichen Problemhintergrund der Grundrechtskollisionen. Statt

[35] *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).

[36] BVerfGE (Lüth) 7, 198 ff. (204 ff.).

[37] 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.

der in ihrer Folge entwickelten Abwägungsmetapher schlagen wir eine ökologische Grundrechtskonzeption vor, die einer moderaten, praktischen und horizontalen holistischen Position entspricht. Das ermöglicht, die rechtliche Fremdregulierung von Selbstregulierungsprozessen.[38]

1. Zur Rechtsgeschichte des Holismus als Einheit der Rechtsordnung

Die Einheit der Rechtsordnung erscheint im Rahmen divisionaler Konzepte als ontologische Größe. Um die Widersprüche zwischen Lesarten des Gesetzes aufzulösen, Lücken im Gesetz zu schließen und allgemein die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung zu beheben,[39] nehmen diese Konzeptionen Bezug auf die Einheit des Rechts als Argumentationstopos. Sie substantialisieren den Einheitsbegriff, ohne offen zu legen, dass dieses Einheitsmodell "niemals durch und durch real [ist]". Denn "seine unterstellte Wirklichkeit ist keiner Anschauung je gegeben, sie ist gesetzt, konstruiert, induziert, sie impliziert bereits einen symbolischen Diskurseffekt, eine ‚legal fiction', wie es bei Joyce, im *Ulysses*, von der Vaterschaft heißt".[40]

Diesem holistischen Modell wohnt das Risiko inne, dass es sich vom Ganzen her das Einzelne unterordnet. Dieses Risiko wird noch verstärkt, wenn man holistische Denkmuster in der Staatstheorie verwendet. Gerade das deutsche Staatsrechtsdenken ist von diesen Ansätzen geprägt. Es kann darum nicht verwundern, wenn es als besonders etatistisch und obrigkeitsgläubig gilt: "Nicht Befreiung der Wirtschaftsgesellschaft von spätabsolutistischer Bevormundung wie es sich die Liberalen vorstellten, war also hier das Ziel, sondern die Emanzipation des mit Hoheitsattributen versehenen Staates von der Gesellschaft."[41] Der Staat wird in dieser Tradition zu einer der Gesellschaft übergeordneten souveränen Größe, welche in der vom Monarchen gekrönten Exekutive Vernunft und Sittlichkeit repräsentiert. Darin formuliert sich die Staatsidee des deutschen Protestantismus, welche von der Hegel'schen Theorie in die philosophische Form der Totalität gegossen wurde.[42]

Auch nach dem Scheitern der 48er Revolution blieb dieses "Denken vom Staat her"[43] erhalten. Der von Gerber und Laband durchgesetzte Rechtspositivismus zog sich zwar auf einen formalen Rechtsbegriff zurück und verfolgte das Projekt

[38] *Gunther Teubner*, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13 ff.

[39] *Birgit Feldner*, Verstärkte Senate beim obersten Gerichtshof, Wien/New York 2001, S. 83 ff.

[40] *Jacques Derrida*, Politik der Freundschaft, Frankfurt am Main 2002, S. 138.

[41] *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 2, München 1992, S. 135.

[42] *Stolleis*, ebd., S. 133-138; *Manfred Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, S. 158-163; *Ulrich Scheuner*, Hegel und die deutsche Staatsrechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts, in: *Hans Leussink* (Hrg.), Studium Berolinense. Aufsätze und Beiträge zu Problemen der Wissenschaft und zur Geschichte der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, Berlin 1960, S. 129 ff.

[43] So der Titel des Buches von *Frieder Günther*, München 2004.

einer Verwissenschaftlichung der Staatsrechtslehre,[44] aber er begriff den Staat nach wie vor als eine der Gesellschaft übergeordnete souveräne Einheit, verkörpert vom Monarchen: "Zwischen dem vom Rechtspositivismus transportierten Weltbild und der politischen und sozialen Wirklichkeit bestand aber schon in der Zeit des Kaiserreichs eine Kluft, die sich im Lauf der Zeit kontinuierlich vertiefte. So ging die rechtspositivistische Richtung der Staatsrechtslehre von einer Trennung der Bereiche von Staat und Gesellschaft aus, obwohl dieses hermetische Trennungsdenken in der Praxis den Blick auf die Realität des sich herausbildenden und expandierenden Interventions- und Verwaltungsstaates zunehmend verstellte."[45]

Die historische Analyse stößt auf zwei ineinander greifende Motive für diese etatistische Grundorientierung. Zum einen wollte die Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert mit dem methodologischen Selbstbewusstsein der Naturwissenschaften gleichziehen und die eigene Rationalität nachweisen.[46] Diese Rationalität konnte man sich nur vorstellen als über die Einheit ihres Gegenstandes begründet. Ein zweiter Motivationskomplex liegt im schwierigen Weg zum deutschen Nationalstaat, der mit der Idee einer dem Recht innewohnenden Einheitlichkeit und Geschlossenheit untermauert werden sollte: "Die Diskussion der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz an der Wende zum 19. Jahrhundert fand in einer Zeit statt, in der tiefgreifende politische, ökonomische und soziale Modernisierungsvorgänge stattfanden, die vom überkommenen Zustand der Rechtszersplitterung, der ‚Buntscheckigkeit der deutschen Privatrechtslandkarte' konterkariert wurden. Ein wissenschaftlich geordneter, d.h. nach strenger Systematik aufgebauter Stoff des positiven Rechts versprach dagegen in einer von erheblichen politischen und sozialen Veränderungen erfüllten Zeit, die nötige Übersichtlichkeit, Handhabbarkeit und Rechtssicherheit."[47] Seinen Höhepunkt fand dies bekanntlich in der Kodifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuches. In gewisser Weise verdankt sich also die Vorstellung von einer Einheit der Rechtsordnung am Anfang der Moderne einer Situation, die nunmehr im Verfall der Moderne wiederkehrt: "Sowohl die Einheit der Rechtsordnung im Sinne einer Theorie zur Identifizierung und Abgrenzung einer Rechtsordnung wie auch die Einheit der Rechtsordnung im Sinne von Widerspruchsfreiheit und Lückenlosigkeit, können als Symptome der in jener Zeit aufbrechenden Krise politisch-sozialer Homogenität und staatlicher Kontinuität begriffen werden."[48]

Für die Idee einer Einheit der Rechtsordnung war angesichts der wirksamen Kritik des Naturrechts vorgezeichnet, dass nur das positive Recht selbst als

[44] Vgl. dazu *Peter von Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt am Main 1974, S. 249-344; *Thomas Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1868-1918. Band 1, München 1990, S. 656 ff.; *Manfred Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, S. 249 ff.

[45] *Frieder Günther*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 32.

[46] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutung einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 48 f.

[47] Vgl. *Baldus*, ebd., S. 198.

[48] *Baldus*, ebd., S. 47 f.

Quelle in Frage kam. Nur daraus konnte der höchste Grundsatz allen juristischen Entscheidens abgeleitet werden. Denn das klassische Naturrecht war durch die Kritik des deutschen Idealismus erledigt. Ihren Anfang nimmt diese Entwicklung vor allem bei Savignys Vorstellung von einer "innewohnenden Einheit des Rechts", bzw. einer "innewohnenden und zu vollendenden Einheit".[49] Das politische Moment kommt dabei allerdings noch deutlich zum Ausdruck, wenn Puchta eine solche Einheit dem "Volksgeist" entsprungen sieht, und Eichhorn und Reyscher dezidiert eine "Einheit des Deutschen Rechts" fordern ebenso, wie Beseler die "einheitliche Fortbildung des deutschen Rechtswesens".

Die politisch begründete Suche nach einer Einheit der Rechtsordnung sollte in der Folgezeit allerdings zurücktreten. Sie macht einer idealisierenden Sublimierung Platz und kommt erst in den staatsrechtswissenschaftlichen Theorien der Weimarer Zeit wieder zum Tragen. Die rechtspolitisch praxeologische Seite der Suche nach einer Einheit der Rechtsordnung verschwindet zunächst hinter der rechtstheoretisch epistemologischen. Und sie musste dies auch tun. Denn vorrangige Aufgabe war nach der Durchsetzung der äußeren Einheit im Bismarck'schen Reich die innere Einheit. Dafür brauchte man gegenüber sozialer Polarisierung und einer Vervielfältigung der Lesarten des Rechts einen unabhängigen und in sich selbst ruhenden Bezugspunkt. Dieser soll das unabhängige Maß für die Auflösung realer Diversifikationen und Konflikte im Recht, sowie Richtschnur für seine Ergänzung sein. Dazu setzt Jhering bei den Rechtssätzen an, in denen er lediglich die "äußere sichtbare Oberfläche des Rechts" sieht. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es dann, diese zu durchdringen, um zum Rechtssystem als der "innere(n) Ordnung der Sache selbst" vorzudringen.[50] Aus den in den Lebensverhältnissen wurzelnden "Rechtsverhältnissen" sollte sich so ein System komplexer "Rechtsinstitute" gewinnen lassen. Aufgabe der Wissenschaft sei es, "diese ‚Gliederung des Rechts' zu erforschen, das System als die ‚innere Ordnung der Sache selbst' zu erfassen."[51] Diese abstraktiv synthetisierende Leistung vermag nun nicht nur Widersprüchlichkeiten aufzulösen. Sie kann zugleich im Hinblick auf das zweite Leitproblem, der Lückenhaftigkeit, wieder zu einer Generierung von Rechtssätzen als einer "Vermehrung des Rechts aus sich selbst" beitragen. "Durch Combination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue."[52]

Damit wird behauptet, dass die so aufzusuchende Ordnung nicht nur dem Recht immanent ist, sondern dass sie zudem "Natur" des Rechts ist. Das Konzept einer Einheit der Rechtsordnung wird spekulativ aufgeladen und bestimmt die weiteren Ansätze. Die Einheit der Rechtsordnung wird dabei formaler gefasst. Ausdrücklich will man in der Einheit der Rechtsordnung "nicht nur die Identität eines Rechtssystems im Laufe der Zeit, sondern auch seine innere Einheit zu

[49] Hierzu und zum Folgenden mit eingehenden Quellennachweisen *Baldus*, ebd., S. 24 ff.
[50] Vgl. *Rudolph Jhering*, Der Geist des Römischen Rechts. Teil 1, Leipzig 1852, S. 25.
[51] *Jhering*, ebd., S. 26.
[52] *Jhering*, ebd., S. 29.

einem bestimmten Zeitpunkt" sehen.[53] Gestiftet wird diese Identität zum einen durch den "positiven Zusammenhang" der zugehörigen Rechtselemente und zum anderen durch deren Konsistenz in diesem Zusammenhang. Damit vermag die "innere Einheit" nicht nur ein in sich stimmig geschlossenes Ganzes zu bilden. Sie wird in ihrer Positivität auch greifbar.

Die Frage, worin dann solcher Zusammenhang selbst wieder gründet, wird durch die Rückführbarkeit auf eine überschaubare Menge allgemeiner Rechtsprinzipien beantwortet. "Durch die Rückführung mehrerer Rechtsnormen auf dasselbe Prinzip wird ein positiver Zusammenhang zwischen diesen Normen geschaffen."[54] Das macht die Ordnung des Rechts aus, die so "eine rational erfassbare ‚innere', d.h. von der Sache her begründete Folgerichtigkeit" darstellt.[55] Das heißt natürlich auch umgekehrt, dass die gelungene Ableitung von Recht aus den Prinzipien dann durch eine so nachgewiesene Konsistenz und Kohärenz rechtfertigend zu wirken vermag.[56] Hier beginnt hier natürlich schon die Verschiebung, bzw. das Grundmovens des Aufschubs im Inneren des Konzepts der Einheit der Rechtsordnung wirksam zu werden. Das begründende Moment des Ganzen muss seinen weiteren Grund in sich tragen, um alle Kontingenz abzustreifen. Es stellt sich die Frage, ob der Prozess dieser Verschiebung vom Begriff über das Prinzip zur Einheit des Ganzen und zurück einen Haltepunkt finden kann. Wie argumentiert man also mit der Einheit der Rechtsordnung?

Die Antworten darauf sind vielfältig. Man ist sich einig, dass dem Ganzen Vorrang zukommt und man von dort aus wirklich argumentieren kann. Aber man streitet, wie das Ganze zu bestimmen ist. Die Vorschläge sind Legion. Ein letzter, "höchster Grundsatz", die "Einheit durch Kodifikation", die "historischen Quellen" oder der "Volksgeist", die Synthese von "Volksrecht und Juristenrecht", der "Rechtsorganismus", schlicht ein "allgemeiner Teil des Rechts" oder anspruchsvoller der "Begriff des Rechts", oder irdischer der "staatliche Willen", oder die "objektive Wertgesetzlichkeit des Geistes", bzw. die "Grundnorm"?[57] "Alle diese Theoreme richteten sich auf die Vorstellung eines Zusammenhangs in dem Gegenstand, der als Recht verstanden und bezeichnet wurde. Doch mit dieser Erkenntnis ist nicht viel gewonnen. Die einzelnen Formeln weisen wesentliche Abweichungen auf: manchmal wurde dieser ‚Zusammenhang im Recht' als ganz, ein anderes Mal als teilweise vorhanden behauptet, häufig

[53] *Karl Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung. Unveränderter Nachdruck, Darmstadt 1987, S. 15; *Rudolf Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Halle 1923, S. 26; zu dieser von ihr so genannten "holistischen These" auch *Susanne Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, Baden-Baden 2000, S. 92.

[54] *Bracker*, ebd., S. 96.

[55] *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969, S. 12.

[56] Vgl. *Susanne Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, Baden-Baden 2000, S. 97.

[57] So in der Reihenfolge nach Thibaut, Kohlschütter, wiederum Thibaut, Gönner, Savigny, Eichhorn, Puchta, Beseler, Jhering, Merkel, Stammler, Gerber, Ehrlich, Heller, Smend, Kelsen. Vgl. resümierend *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 193 ff.; siehe auch *Susanne Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, Baden-Baden 2000, S. 87 ff.

wegen der zu beobachtenden Widersprüche und Lücken im Rechtsstoff sogar völlig verneint. Berücksichtigt man noch den Dissens, der hinsichtlich der Größe besteht, die diesen Zusammenhang erzeugt und so die gesuchte Einheit stiftet, so wird vor allem eines deutlich: keine der hier zutage geförderten und analysierten Formeln ist mit einer anderen ganz identisch, jede steht in einem ihr eigenen Kontext."[58] Dabei ist es Ausdruck von Hilflosigkeit, wenn "die Einheit der Rechtsordnung" als "regulative Idee"[59] zum Postulat herabgemindert wird "als Forderung also, die Einheit auch dort herzustellen, wo sie nicht schon aus der Logik der Normen gewährleistet ist. Es geht darum, die Vielfalt in Grenzen zu halten, die eine wissenschaftliche Bearbeitung des Stoffes und damit letztlich auch ein besseres Recht möglich machen."[60] Bei Licht besehen ist dieser "Versuch, die Geschlossenheit der Rechtsordnung teleologisch zu retten"[61] natürlich nichts anderes als das Eingeständnis eines uneinholbaren Aufschubs.

Wenn man ein Satzsystem beschreibt, kann man unter dem Aspekt der Arbeits- oder Gewaltenteilung die einbeziehende Gewalt von der ausschließenden und reflektierenden Gewalt unterscheiden.[62] Die einbeziehende Gewalt stellt die Frage, wie viele Sätze im System aufgenommen werden sollen.[63] Die ausschließende Gewalt stellt die Frage nach deren Verträglichkeit[64] und die reflektierende Gewalt stellt die Frage, ob sich aus der Dialektik von Einschluss und Ausschluss ein Entwicklungsprozess ergibt.[65] Diese Einteilung wirft ein Licht auf die historisch im deutschen Staatsrecht vertretenen Positionen. Carl Schmitt ordnet die Grundrechte der einbeziehenden Gewalt zu, will aber eine substantielle Einheit im Staat garantiert wissen.[66] Smend ordnet die Grundrechte der ausschließenden Gewalt zu, indem er ihnen die Bürde der Integration in den Staat als prozedurale Einheit auferlegt.[67] Die reflektierende Gewalt fehlt bei beiden Denkern, weil sie die staatliche Einheit als Endzweck betrachten. Erst der Pluralismus lässt in der Konzeption von Kelsen jedenfalls den Ort der reflektierenden Gewalt erkennen.

a. Existentielle Einheit: Carl Schmitt Carl Schmitts Modellierung des Verhältnisses von Recht-Staat-Gesellschaft ist die explizite Gegenposition zu Kelsens Reiner Rechtslehre. Während für Kelsen der Staat mit der

[58] *Baldus*, ebd., S. 193.

[59] So etwa *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart 1997, S. 160.

[60] *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 2. neu bearbeitete Aufl., Köln 2001, S. 430 f.

[61] Vgl. kritisch *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 99.

[62] Vgl. dazu *Bruno Latour*, Das Parlament der Dinge, Frankfurt am Main 2001, S. 131 ff., zusammenfassend S. 302 ff.

[63] *Latour*, ebd., S. 140 ff.

[64] *Latour*, ebd., S. 148 ff.

[65] *Latour*, ebd., S. 251 ff.

[66] *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl., Berlin 2003, S. 157 ff.

[67] Zu den Freiheitsrechten als Gesamtzweck und neuen Staatsethos vgl. schon *Rudolf Smend*, Bericht, AöR N.F. 13 (1927), S. 105.

Rechtsordnung identisch ist, "Ausdruck ihrer Einheit"[68], versteht Schmitt das Recht nicht als reines "Normensystem", sondern sieht Verfassung, Gesetz und Maßnahme einer Logik des Verschwindens[69] unterstellt, da jene sich in der rasenden Geschwindigkeit des wissenschaftlich-technischen Fortschritts nicht mehr differenzieren ließen[70]. Er rechnet die subsumtive Rechtswissenschaft, wie auch die an einem naturwissenschaftlichen Exaktheitsideal orientierte Methodenlehre und die präzise Gesetzgebungstechnik in der Tradition von Immanuel Kants Forderung nach „mathematischer Genauigkeit" der Begriffe[71] einer vergangenen Zeit zu. Sie gehören „als wesentlicher Bestandteil zum occidentalen Rationalismus, kulminieren in einem systematisch durchdachten Jus Publicum Europaeum und gehen mit ihm unter".[72] 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 gegenüber der Norm gestellt.[73] Er wirft dort die Frage auf, welches normative Prinzip der modernen Rechtspraxis zugrunde liegt. Aber er kann diese Frage nicht beantworten, weil ihm die erforderlichen Methoden fehlen. Seine Problemstellung zielt darauf, die Autonomie des Rechtssystems herauszuarbeiten. Aber weil er in seiner Analyse weder empirisch noch teleologisch-wertbezogen vorgehen will,[74] macht er sich vollkommen hilflos. Der Sache nach sucht er eine normative Pragmatik. Aber für deren Auffindung fehlen ihm jegliche Instrumente, so dass er das Recht nur als Code und nicht in seinen Programmen wahrnehmen kann. Gerade die Orientierung des Urteils am anderen Richter macht dies deutlich. Immerhin verweist Schmitt mit dem „anderen Richter" auf die Sozialdimension des Rechtssinns. Bei Schmitt bleibt diese Figur allerdings leer, weil er sich weigert, den Richter empirisch oder normativ teleologisch zu explizieren. 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

[68] *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925), Berlin 1966, S. 16.

[69] *Thomas Vesting*, Erosionen staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt, Archiv des öffentlichen Rechts 117 (1992), S. 4 ff. (32).

[70] *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, Vorwort von 1971 zur italienischen Ausgabe, in: *Helmut Quaritsch* (Hrg.), Complexio oppositorum - über Carl Schmitt, Berlin 1988, S. 269 ff. (270).

[71] *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), in: *Wilhelm Weischedel* (Hrg.), Werkausgabe/Immanuel Kant. Band VIII, 1. Aufl., Frankfurt am Main 1977, S. 309 ff. (340).

[72] *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, Vorwort von 1971 zur italienischen Ausgabe, in: *Helmut Quaritsch* (Hrg.), Complexio oppositorum - über Carl Schmitt, Berlin 1988, S. 269 ff. (269)

[73] *Thomas Vesting*, Erosionen staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt, Archiv des öffentlichen Rechts 117 (1992), S. 4 ff. (31).

[74] Vgl. dazu *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 79 ff. und durchgängig, auch S. 75, Fn. 1 mit der Abgrenzung zur Soziologie.

des üblichen Rechtsquellenpotpourris. Die vage Anrufung aller möglichen bildungsbürgerlichen Sozialisationsinstanzen wie Naturrecht, Rechtsidee usw. kann natürlich konkrete Entscheidungen in keiner Weise erklären. Aber weil für konkrete sprachpragmatische Untersuchungen die Instrumente fehlen, ist seine Weiterentwicklung konsequent. Rechtsentscheidungen konzipiert er in seiner späteren theoretischen Entwicklung als Willensakte, deren Inhaltsbestimmung normativ einer *creatio ex nihilo* entsprechen.[75] Rechtliche *auctoritas* verleihe nur die Dezision, entscheidend beim Entscheiden sind die Fragen „Quis judicabit? Oder Quis interpretabitur?"[76] 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 ermögliche[77], hebt Schmitt später deutlich die Disjunktion von Entscheiden und Begründen hervor.[78] Der Sinn einer Entscheidung sei, „nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels[79]."

Schmitt verschiebt so das Grundproblem des Rechts von der Kommunikation und den Anschlusszusammenhängen weg, hin zur rein formalen Frage nach der letzten Entscheidungsinstanz. Darin geht auch das Souveränitätsproblem selbst auf, da Rechtsnormen letztlich nichts darüber auszusagen vermögen, wer das Entscheidungsmonopol innehabe[80]. 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[81], 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"[82] definiert und als begriffslogisch nachfolgend in der Codierung

[75] 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.

[76] *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.

[77] *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 82 ff.

[78] Siehe nur *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 3. Aufl., Berlin 1979, S. 41 ff.

[79] *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Aufl., Berlin 1996, S. 46.

[80] *Eckard Bolsinger*, Was ist Dezisionismus?: Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie, Politische Vierteljahresschrift 39 (1998), S. 471 ff. (481).

[81] *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932), 6. Aufl., Berlin 1996, S. 26.

[82] *Schmitt*, ebd., S. 11.

von Freund/Feind zu personalisieren sucht.[83] Dadurch dass er das öffentliche Beziehungsfeld jeweils durch das Politische, d.i. dasjenige Feld mit der größten Unterscheidungsintensität,[84] strukturiert, bleibt seine Beschreibung nicht nur der massenmedial vermittelten Aufmerksamkeitsmaschinerie des politischen Systems verhaftet, sondern ignoriert auch die sozialen Prozesse der Zuschreibung, Purifizierung generalisierter Medien und der Konstituierung von Symbolwelten. Dieses Defizit wird insbesondere in seiner Konzeptionierung der Freund/Feind-Grunddifferenzierung virulent, die letztlich doch nur von der Annahme geleitet ist, dass man daraus die „spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen",[85] gewinnen könne.

Schmitts Freund-Feind-Leitdifferenz liegt seiner Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft zugrunde. Er unterscheidet akribisch zwischen dem öffentlichen und privaten Feind: „Feind ist also nicht der Konkurrent oder der Gegner im Allgemeinen. Feind ist auch nicht der private Gegner, den man unter Antipathiegefühlen hasst. Feind ist nur eine wenigstens eventuell, d. h. der realen Möglichkeit nach kämpfende Gesamtheit von Menschen, die einer ebensolchen Gesamtheit gegenüberstehen. Feind ist nur der öffentliche Feind, weil alles, was auf eine solche Gesamtheit von Menschen, insbesondere auf ein ganzes Volk Bezug hat, dadurch öffentlich wird. Feind ist hostis, nicht inimicus im weiteren Sinne. [...] Die deutsche Sprache wie auch andere Sprachen unterscheidet nicht zwischen dem privaten und dem politischen 'Feind', so dass hier viele Missverständnisse und Fälschungen möglich sind. Die viel zitierte Stelle 'liebet eure Feinde' (Matth. 5, 44 Luk. 6, 27) heißt 'diligite inimicos vestros', [...] und nicht: diligite hostes vestros; vom politischen

[83] 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.

[84] „Weil das Politische keine eigene Substanz hat, kann der Punkt des Politischen von jedem Gebiet aus gewonnen werden, und jede soziale Gruppe, Kirche, Gewerkschaft, Konzern, Nation wird politisch, und damit staatlich, wenn sie sich in diesem Punkt der höchsten Intensität nähert", *Carl Schmitt*, Staatsethik und pluralistischer Staat, Kant-Studien 1 (1930), S. 28 ff. (37); Schmitts Intensitätsargument manifestiert die Grenzen des subjektivistischen Politikbegriffs, der Diskursinterferenzen und kommunikative Anschlussoperationen innerhalb heterarchischer Sozialbeziehungen vom Individuum aus denkt und dabei mit qualitativen (politisch) und quantitativen (höchste Intensität) Zuschreibungen arbeitet, die analytisch nur deswegen trennbar sind, weil Kommunikationen von Kommunikationen in unterschiedlichen sozialen Rationalitätsbereichen in Bezug genommen werden; d. h. aber auch: der ökonomische, rechtliche, religiöse etc. Charakter von Kommunikation lebt von Voraussetzungen, die ein Individuum allein weder generieren noch kontrollieren kann und deren politisches Moment unabhängig von individuellen Idiosynkrasien und voluntativen Präferenzen entsteht; zu Schmitts Intensitätsmodell, das die Gebiets-Konzeption ersetzt: *Günter Maschke*, Freund und Feind – Schwierigkeiten mit einer *banalité supérieure*, Der Staat 33 (1994), S. 286 ff. (287 f.).

[85] *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932), 6. Aufl., Berlin 1996, S. 26; Schmitt übernimmt die Freund/Feind-Differenzierung von *Baltasar Álamos de Barrientos*: „Lo político es la distinción entre amigo y enemigo" (so in der Widmung in *B. Álamos de Barrientos*, Tacito expañol ilustrado con aforismos, Madrid 1614, Hrg. von *L. Sánchez*; zit. nach *Günter Maschke*, Drei Motive im Anti-Liberalismus Carl Schmitts, in: *Klaus Hansen/Hans Lietzmann* (Hrg.), Carl Schmitt und die Liberalismuskritik, Opladen 1988, S. 55 ff. (75, Fn. 29); das Werk von Baltasar Álamos de Barrientos liegt mittlerweile in einer Neuedition vor: *José Antonio Fernández-Santamaría* (Hrg.), Aforismos al Tacito expañol, Madrid 1987.

Feind ist nicht die Rede [...] Den Feind im politischen Sinn braucht man nicht persönlich zu hassen und erst in der Sphäre des Privaten hat es einen Sinn, seinen 'Feind', d.h. seinen Gegner, zu lieben."[86] Jacques Derrida hat ganz zu Recht betont, dass in dieser Beschreibung der Gedanke wirksam ist, dass ein Volk nicht gegen sich selbst Krieg führen könne und ein 'Bürgerkrieg' nur Selbstzerfleischung, nicht aber Bildung eines neuen Staates oder gar Volkes bedeute. Obwohl sich Schmitt auf Platon beruft, weist Derrida auf gravierende Differenzen zwischen Platon und Schmitt hin: Platon zieht, anders als Schmitt, gerade nicht "den Schluss, der Bürgerkrieg (*stasis)* oder die Feindschaft unter Griechen sei schlicht und einfach unnatürlich. Er spricht vielmehr, und das ist nicht dasselbe, von einer Krankheit. Entscheidend ist aber vor allem, dass die *Politeia* weit davon entfernt ist, sich bei dem Gegensatz zu beruhigen, auf den Schmitt so großen Wert legt, sondern in Wahrheit dessen Tilgung vorschreibt. Tatsächlich werden nämlich die Griechen *ermahnt*, sich zu ihren Feinden, den Barbaren, so zu verhalten, wie sie es untereinander heute bereits tun. Und diese Vorschrift wird *als Gesetz aufgerichtet*."[87] Dass sich gerade der Verächter des humanitären Völkerrechts, Carl Schmitt,[88] auf Platons frühen Entwurf eines *ius in bello* bezieht, um seine spezifisch holistische Strategie zur Wahrung der höchsten Einheit des Politischen zu begründen, ist überraschend. Schmitt vertraut hierbei in seiner Relationierung von Freundschaft, substantieller Homogenität und damit politischer Einheit auf ein zirkuläres Manöver, indem er behauptet, dass auf der Innenseite der Unterscheidung Freund/Feind die Voraussetzungen substantieller Einheit generiert werden können. Wie Derrida betont, war an dieser Stelle selbst Heidegger und sein Verständnis des *dike eris*, des Rechts als Streit, konsequenter, da hier dem Gedanken Raum gegeben wird, dass nicht die substantielle, höchste politische Einheit dem von ihr Unterschiedenen seinen Platz außerhalb der Gesellschaft zuweist, sondern dass dies nur durch die Respektierung der wechselseitigen Konstitution von Freundschaft und Feindschaft gelingen kann: „Es soll eine Art ursprüngliche Feindschaft zu Gehör bringen, die dort (erneut:) *waltet*, wo die Gegensätze sich überkreuzen: '*In dieser sich überkreuzenden Gegenstrebigkeit waltet die ursprüngliche Feindschaft.*' Diese ist freilich erneut kein Auseinanderbrechen der Gegensätze. Sie ist vielmehr deren *ursprüngliche Einigkeit*, und darum hat sie den Charakter einer Seligkeit. 'Weil aber Feindseligkeit als Seligkeit die Einheit eines Seyns ausmacht, muss auch diese Einheit die höchste Reinheit gewinnen, besser: behalten.' In der Feindseligkeit läge gleichsam die geheime, idiomatische, in einem einzigen Wort ihren Reichtum entfaltende Ökonomie einer Versöhnung beschlossen. Einer Versöhnung nicht in der Freundschaft, sondern *zwischen* Freundschaft und Feindschaft".[89] Die Feindseligkeit kann so

[86] *Schmitt*, ebd., S. 29 f.

[87] *Jacques Derrida*, Politik der Freundschaft, Frankfurt am Main 2002, S. 135, Hervorhebungen im Original.

[88] In der Nachfolge Schmitts bspw.: *Günter Maschke*, Vorwort, in: *Carl Schmitt*, Frieden oder Pazifismus?: Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978, hrg. v. *Günter Maschke*, Berlin 2005, S. XXIII ff. (XXX).

[89] *Jacques Derrida*, Politik der Freundschaft, Frankfurt am Main 2002, S. 489 f., Hervorhe-

gelesen, zur Keimzelle pluralistischen Denkens werden, das Schmitt allerdings gerade ablehnt.

Anders als Heidegger meint Schmitt es ernst mit der vollständigen Exklusion des Feindes. 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."[90] Das Recht als neuzeitliche Erfindung zur Einhegung totalisierender Machtusurpationen 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."[91] Um zu einem wahren *status* zu gelangen, bedarf es keiner rechtlichen Behandlung gesellschaftliche Konflikte sondern des Hütens 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".[92] – "An Stelle des positivrechtlichen Verfassungsbegriffes schiebt sich die 'Einheit' als ein naturrechtliches Wunschideal",[93] kritisiert Hans Kelsen diese Konzeption[94] und trifft damit den Kern des Schmittianischen Holismus, der auf substantielle Homogenität, die Liquidation des Exkludierten[95] 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."[96]

---

bungen im Original; Derrida zitiert hier aus *Martin Heidegger*, Gesamtausgabe Band 39, Frankfurt am Main 1999, S. 241 u. 245.

[90] *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.).

[91] *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 236 f.

[92] *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Aufl., Berlin 1996, S. 159.

[93] *Hans Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Berlin 1931, S. 54.

[94] 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 politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren, Berlin 1995, S. 25 ff.

[95] 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.

[96] *Hans Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Berlin 1931, S. 54.

In der Konsequenz dieses Programms, das die Einheit politisch fasst und Recht letztlich nur als wesenfremden Störfaktor mit dynamisierender Tendenz konzipiert, kritisiert Schmitt die Operationalisierung abstrakter Wertprogramme durch die Rechtspraxis. Im Anschluss an Nicolai Hartmann bezeichnet er diese Juridifizierung des Nichtjuridischen als eine „Tyrannei der Werte“.[97] Für Schmitt ist dies der tiefe Grund neuzeitlicher Fehlspezifikationen des Rechtsstaates, denn es gibt für ihn nur einen einheitlichen Wert – die substantielle Homogenität: Demokratie setze im Ganzen und in jeder Einzelheit ihrer politischen Existenz ein in sich gleichartiges Volk voraus, das den Willen zur politischen Existenz hat.[98]

Von daher sind die Kritiken in der Schmitt-Schule an einer ausufernden Grundrechtsjudikatur zu verstehen. Ernst Forsthoff sieht durch die Drittwirkungsdimension der Grundrechte die "Verteilfunktion"[99] – das Kernprinzip divisionalistischer Grundrechtstheorien – gefährdet: "der Freiheitsraum der Grundrechte wird nicht im Vorfelde der Staatlichkeit belassen, sondern – unter Verwandlung in objektive Ordnungsgehalte – in den von der Verfassung umgriffenen Funktionsraum des Staates einbezogen. Die Freiheit hört auf, eine vorstaatliche zu sein, sie erhält einen Stellenwert innerhalb des Staatssystems."[100] Und Ernst-Wolfgang Böckenfördes Diktum eines "richterlichen Dezisionismus"[101] kritisiert nicht den Dezisionismus als solchen, nicht den holistischen Zug der Grundrechtsjudikatur, sondern zielt auf das *quis judicabit*: Nicht der Dezisionismus ist das Problem, nicht der vertikale Holismus sondern das spezifische Arrangement im Rechtsstaat habe sich zugunsten der Judikative verschoben. Der Gesetzgeber werde zu einem Verordnungsgeber, ein gleitender Übergang "vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat" sei die Folge.[102] Böckenfördes Formel, dass der freiheitliche Staat von Voraussetzungen lebt, die er nicht garantieren kann, ohne seine Freiheitlichkeit einzuschränken,[103] paraphrasiert Schmitts Kerngedanken und arbeitet darauf

[97] Siehe *Carl Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, in: *Sergius Buve* (Hrg.), Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1967, S. 37 ff.; Schmitts Text ist hervorgegangen aus einem 1959 in Privatdruck veröffentlichten Diskussionsbeitrag, siehe die Dokumentation dieses Textes in ebd., S. 51 ff.

[98] *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 226 ff.

[99] Insofern im Anschluss an die von Carl Schmitt geprägte Begrifflichkeit, siehe *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 5. Aufl., Berlin 1970, S. 126.

[100] *Ernst Forsthoff*, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre (1968), in: *ders.*, Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973, 2. Aufl., München 1976, S. 202 ff. (208); ähnlich auch *Giorgio Agambens* Kritik an der „Verstaatlichung“ der Menschenrechte, *ders.*, Homo Sacer, Frankfurt am Main 2002, S. 93 ff. und *ders.*, Ausnahmezustand, Frankfurt am Main 2004, S. 102 f.

[101] Die Berufung auf eine Wertordnung sei, so bspw. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, eine "Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus" (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff. (1534)).

[102] *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff. (25 ff.).; unter Hinweis auf *ders.*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., Berlin 1981, S. 402.

[103] *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.*, Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht,

hin, die Definitionsgewalt über die Einheit und das Verhältnis der Teile zum Ganzen aus den demokratischen Institutionenensembles herauszuverlagern. Die Methode: vertikaler Holismus; das Ziel: Absicherung der Präfiguration der politischen Einheit jenseits des rechtlich-politischen Prozesses.

b. Werteinheit: Rudolf Smend Die Grundrechte waren für die Weimarer Staatsrechtslehre zunächst eine Verlegenheit. Ihre Leistung war noch nicht diskutiert[104] und ihre objektive Seite noch kaum ausgeformt.[105] Sie boten daher Anlass für den so genannten Weimarer Methodenstreit,[106] worin sich Positivisten und Antipositivisten gegenüber standen. In diesem Streit orientieren sich die positivistischen Argumente am Wortlaut der Verfassung. Damit sollte ganzheitliches Denken zurückgedrängt werden. Seinen Grund hatte dies darin, dass der Holismus in hegelianischen oder organizistischen Varianten häufig als Legitimation des Obrigkeitsstaates und Einschränkung der Freiheit fungierte. Vor diesem Hintergrund interveniert Rudolf Smend[107]. Er 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."[108] Das Schattendasein der Grundrechte in der Weimarer Staatsrechtsdiskussion war zwar inzwischen durch erste Untersuchungen überwunden worden,[109] aber noch immer war ihre Sicht posi-

Frankfurt am Main 1976, S. 60.

[104] 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.

[105] 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.

[106] 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.

[107] 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.

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

[109] 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

tivistisch geprägt.[110] 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."[111] Sie seien entscheidend für den "Lebensvorgang des Staates" und lieferten diesem die Substanz, die er für seine täglich neue Verwirklichung brauche. Diese Idee ist überraschend und vertraut zugleich. Schon von der klassischen Staatsmaschine des Leviathan wusste man, dass der Staat aus vielen Einzelmenschen besteht. Aber dass ihm ausgerechnet die Grundrechte diese zuliefern, ist ein neuer Gedanke, der nicht ohne Schwierigkeiten zu entwickeln ist. Denn die Grundrechte sind traditionell Handlungsgarantien, in denen Neues ausprobiert werden kann und der nivellierende Einfluss der Allgemeinheit abgewehrt wird. Sie sind in liberaler Sicht die einschließende Gewalt und ermöglichen die Aufnahme neuer Sätze in das Universum der akzeptierten Urteile. Smend macht sie gleichzeitig zur ausschließenden Gewalt, indem er ihnen die Rolle aufbürdet, die staatliche Einheit zu garantieren. Er schließt damit zwei grundlegende Funktionen zusammen, die im herkömmlichen Satzuniversum getrennt sind. Daraus ergibt sich eine grundlegende Spannung, welche die gesamte Entwicklung seiner Theorie prägt. Es zeigt sich hier die von Kelsen deutlich monierte Ambivalenz, welche schon im Sprachstil von Smend zum Ausdruck kommt: "ein völliger Mangel systematischer Geschlossenheit, eine gewisse Unsicherheit der Auffassung, die klaren, eindeutigen Entscheidungen ausweicht, sich am liebsten nur in vagen Andeutungen ergeht und jede einigermaßen fassbare Position mit vorsichtigen Einschränkungen belastet; daher ein dunkler, von all zu vielen sich selbst nur halb erklärenden Fremdwörtern erfüllter, überaus schwerfälliger Sprachstil."[112] Die Schärfe dieser Kritik erklärt sich aus dem Zusammenstoß zweier gegensätzlicher Orientierungen. Kelsens Holismus ist ausgehend von der neukantianischen Wissenschaftstheorie analytisch, während Smend von der Hermeneutik her kommend holistisch argumentiert. Beide Ansätze standen damals nicht nur unverbunden nebeneinander, sondern gegeneinander.

Methodisch ist Smends Theorie strikt holistisch. Sie steht damit im Einklang mit der Tendenz der Weimarer Diskussion vom Staat als dem Ganzen her zu denken. Das Neue liegt darin, dass er den Zusammenhang von Staat und Gesellschaft herausarbeitet. Die beiden Größen werden in seiner Theorie ent-

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.

[110] 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.

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

[112] *Hans Kelsen*, Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Wien 1930, S. 2. Vgl. zur Schärfe von Kelsens Polemiken im Gegensatz zu seiner Person als charmanter Wiener: *Robert Walter*, Nachwort, in: *Hans Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? Stuttgart 2000, S. 59 ff., 63. Vgl. zur Sache *Gerhard Leipholz*, Rezension zu Hans Kelsen, Der Staat als Integration, in: JW 6 (1932), S. 3754 f.

gegen dem herrschenden Rechtspositivismus nicht getrennt,[113] sondern gerade in ihrer Wechselwirkung untersucht. Damit kann Smend über das liberale Verständnis des formalen Rechtsstaates hinausgehen und den Interventions- und Verwaltungsstaat in den Blick nehmen. Zudem kommen mit Parteien und Verbänden neue Akteure des Verfassungslebens in den Blick, welche die bisherige Lehre vernachlässigt hatte. Im obrigkeitsstaatlichen Denken entsteht damit ein Stück Dynamik. Smends Holismus wird nicht aus dem Begriff des Staates oder des Organismus entwickelt, sondern aus der Kontextualisierung von Einzelproblemen. Schon in seiner Dissertation gelingt es ihm zu zeigen, dass wortgleiche Normtexte in verschiedenen politischen Zusammenhängen zu einer unterschiedlichen Bedeutung führen.[114] Er argumentiert damit im Rahmen einer holistischen Semantik, ohne über diesen Begriff schon verfügen zu können. Aber diese Semantik wird in der Konsequenz doch nicht horizontal entwickelt, sondern mit einem schnellen Sprung zum Ganzen in die traditionelle vertikale Struktur des Staatsdenkens eingefügt. Vorbereitet wird dieser Sprung durch die geisteswissenschaftliche Methode, welche Smend aus der philosophischen Diskussion seiner Zeit aufnimmt. In einem Dreischritt von Erlebnis, Verstehen und Erkenntnis soll danach eine dialektische Vermittlung von Individuum und ideell geistigen Allgemeinheiten stattfinden.[115] 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."[116] 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

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

[114] 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* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 327 ff.; *Stefan Korioth*, Integration und Bundesstaat: Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends, Berlin 1990, S. 16 ff.

[115] 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.

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

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. Mit diesem Zug ins Vertikale fügt sich Smend also harmonisch in das Tableau der damaligen Diskussion ein. Von Historikern wurde die Weimarer Staatsrechtslehre als Belastung für die junge Demokratie bezeichnet: "Bestimmend wurde mehr und mehr ein neues ganzheitliches Denken, das der bedrohlich erscheinenden politischen Realität vage visionäre Zukunftsentwürfe im Sinne einer 'wahren Wirklichkeit entgegenstellte. Der Staat wurde hierbei als eine über dem tagespolitischen Interessenkampf stehende überzeitliche Einheit angesehen. Exekutive und Bürokratie verkörperten diesen Staat, wohingegen der Parteienkampf aus dieser Sicht die Homogenität des Volkes in Frage stellte."[117] Das Risiko für die Demokratie liegt in der Wendung der Staatsrechtslehre gegen den Pluralismus. Auch bei Smend bleibt Pluralismus bis in die 50er Jahre hinein negativ konnotiert,[118] weil er alle Unterschiede vollkommen dem Ziel der herzustellenden Einheit unterordnet. Das gilt natürlich auch für die Grundrechtstheorie. Genau so wie Carl Schmitt wendet er sich gegen den Liberalismus[119] und dessen defizitäres Verständnis der Grundrechte als bloße Abwehrrechte des Einzelnen. Aus Smends Sicht will der Grundrechtskatalog "eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d. h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren, und er normiert es als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen."[120] 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",[121] 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

[117] *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 33, m. w. N. zur Einschätzung der belastenden Rolle der Staatsrechtswissenschaft in der Weimarer Republik ebd., Fn. 15.

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

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

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

[121] Berlin 1933.

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."[122]

Obwohl also Smend seinen holistischen Ansatz eher kontextuell und praktisch entwickelt, wird er von der Diskussion seiner eigenen Wissenschaft und der lebensphilosophisch-neuhegelianischen Grundströmung der Zeit in die Richtung eines vertikalen Holismus getrieben. Sein Ausgangspunkt war das Verstehen von Verfassungstexten aus dem politischen Zusammenhang heraus. Der Begriff Integration erlaubt ihm den Übergang vom hermeneutischen Problem in die hegelianische Struktur der Totalität. Der Begriff fungiert als Steuergröße und Maßstab für das Ganze und soll gleichzeitig eine bestimmbare Bedeutung haben. Denn Smend kann auf die Fixierung dieser Größe nicht verzichten, weil er sie dringend braucht, um die verschiedenen Elemente seiner Theorie miteinander zu vermitteln. Als persönliche Integration soll sie die Einheit des Staatsvolkes im Monarchen, Führer oder Kabinett repräsentieren.[123] Mit dieser Dimension der Integration verbindet er die Demokratie mit obrigkeitsstaatlichem ganzheitlichem Denken. Als funktionelle Integration[124] wirken kollektive soziale Vorgänge, die zum Erlebnis der Gemeinschaft führen. Damit verbindet Smend die lebensphilosophische Komponente seiner Theorie mit der hegelianischen. Als sachliche Integration unterwirft er die Grundrechte der Aufgabe die staatliche Einheit hervorzubringen. Damit ordnet er die hermeneutische Dimension des Rechtsverstehens einem zentralen Fluchtpunkt unter. Der Begriff Integration ist mit diesen vielfältigen Aufgaben überfordert. Er soll zentral sein und zugleich alle möglichen Dienste verrichten. Diese gegensätzlichen Anforderungen kann der Begriff nicht in sich aufheben. Er oszilliert[125] 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."[126]

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

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

[124] Ebd., S. 148-160.

[125] Vgl. dazu *Oliver Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 195 ff.

[126] *Richard Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen

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.

Die Stärke Smends liegt darin, dass er auf dieses Problem reagiert. Er arbeitet dabei nicht mit texttheoretischen Mitteln, die ihm damals noch nicht zur Verfügung standen, sondern praktisch, indem er auf die veränderten Bedingungen staatlicher Integration beim Aufbau der Bundesrepublik eingeht.[127] Vor allem wirkt er dabei über die mit seinem Namen verknüpfte Schule.[128] Zusammen mit ihrem Gegenpol der Schmitt-Schule konnte diese die staatsrechtliche Diskussion bis in die 70er Jahre maßgeblich bestimmen.[129] Heute situiert man die bundesdeutsche Staatsrechtslehre von 1949 bis 1970 zwischen den Polen von Dezision und Integration:[130] "Während die Schmitt-Schule in diesem Zeitraum ihr Bemühen daran setzte, den Staat gegen aktuelle Infragestellungen zu verteidigen, trat bei der Smend-Schule der Etatismus allmählich in den Hintergrund und wurde durch ein dezidiert pluralistisches Denken ersetzt, bei dem das politische Gemeinwesen und die Gesellschaft im Mittelpunkt standen. Aufgrund solcher Gegensätze waren scharfe inhaltliche Auseinandersetzungen zwischen beiden Schulen [...] unvermeidlich. Diese Debatten entfalteten während der 50er und 60er Jahre eine solche Wirkung, dass sich zahlreiche andere Staatsrechtslehrer, die einer der beiden Schulen nicht unmittelbar angehörten, gezwungen sahen, auf die ein oder andere Weise hierzu Stellung zu beziehen. Die gesamte Wissenschaftsdisziplin hatte darüber zu entscheiden, ob die Schmitt- oder die Smend-Richtung den Vorzug erhalten und die ideelle Grundausrichtung des

Reichsverfassung im allgemeinen, in: *Hans Carl Nipperdey* (Hrg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1929, S. 9 ff., 11.

[127]Rudolf Smend hat sich zeitlebens mit Einwänden gegen seine Theorie auseinandergesetzt und im Zuge dieser Diskussion seine eigene Position modifiziert. Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Integrationslehre, in: *Erwin von Beckerath* (Hrg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 5, Tübingen 1956, S. 299 ff.; *ders.*, Integration, in: *Hermann Kunst/Siegfried Grundmann* (Hrg.), Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966, Spalte 803 ff.

[128]Vgl. zu den theoretischen Problemen des herkömmlichen Begriffs der Schule *Rolf Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, 5. Aufl., München 1997, S. 9 ff. Schulen beruhen auf einer hierarchischen Struktur von Lehrer/Schüler. Vgl. zum Schulenbegriff allgemein: *Rudolf Stichweh*, Zur Soziologie wissenschaftlicher Schulen, in: *Wilhelm Pleek/Hans J. Lietzmann* (Hrg.), Schulen der deutschen Politikwissenschaft, Opladen 1999, S. 19 ff.

[129]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 Korioth*, 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.

[130]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.

Fachs längerfristig prägen sollte."[131]

Blieb also die Schmitt-Schule weiterhin dem traditionellen obrigkeitsstaatlichen Verständnis verhaftet,[132] konnte die Smend-Schule aufgrund verschiedener Faktoren eine aktive Anpassung an die "Westernisierung"[133] der Bundesrepublik vollziehen.[134] Diese Faktoren liegen sicher in der Person Smends, der Atmosphäre in seinen Göttinger Seminaren[135] 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 transzendentales Signifikat allmählich vergaß und ihn dadurch präzisierte, 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.

Die normative Aufladung des Begriffs Integration wurde vor allem im Gutachterstreit um den Wehrbeitrag 1952 deutlich. Während Ulrich Scheuner[136] einen Wehrbeitrag der Bundesrepublik auch ohne Verfassungsänderung für möglich hielt, weil dies als "implied power" im Begriff der Staatlichkeit schon enthalten sei, kam Rudolf Smend selbst zum gegenteiligen Ergebnis.[137] Es wird daran

[131] *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 10 ff.

[132] 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 Unrechtstaates. 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.

[133] 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.

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

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

[136] Dieser kann der Smend-Schule zugerechnet werden. Zu Scheuner vgl. *Ulrich Huber*, in: *ders. u. a.* (Hrg.), In memoriam Ulrich Scheuner, S. 7 ff.; bestritten wird diese Zuordnung von *Josef H. Kaiser*, Einige Umrisse des deutschen Staatsdenkens seit Weimar, in: AöR 108 (1983), S. 5 ff.

[137] *Rudolf Smend*, Gutachten von Prof. Dr. Smend, Göttingen, vom 6. Juni nebst der ergänzenden Äußerungen vom 4. November und 18. November 1952, in: Institut für Staat-

deutlich, dass Smend den Text der Verfassung jetzt im Mittelpunkt seiner Überlegungen sieht und an die Stelle einer "fließenden Geltungsfortbildung des gesetzten Verfassungsrechts"[138] die textbezogene Auslegung als "dringendes Gebot der Verfassungsmoral"[139] setzte. "Nicht mehr Integration im Notfall gegen die Verfassung, sondern Integration mit und durch die Verfassung erschien als Leitbild, um die staatliche Einheit sicherzustellen. Als einigendes Band der bundesdeutschen Gesellschaft fungierte immer weniger das gemeinsame Idealbild eines übergeordneten Staates [...], sondern weit eher der Text des Grundgesetzes, der zumindest den rechtlichen Rahmen und damit die äußeren Fundamente des Gemeinwesens vorgab. Rechtsstaatlichkeit und strikte Normativität waren für die Smend-Schule in den 50er Jahren folglich das Gebot der Stunde."[140] Mit dem Rückgang auf den Text des Grundgesetzes wird auch die Rolle des Begriffs Integration als transzendentales Signifikat überflüssig und es kann mit den Parteien und Verbänden eine Betrachtung der wirklichen Subjekte der Integration beginnen.[141]

Als in den 50er Jahren Integration zum Modewort wurde[142] und jeder Werte im Munde führte, begann die Smend-Schule, sich von diesen Restbeständen eines vertikal holistischen Denkens zu verabschieden. Die Grundrechte erschienen wieder als Abwehrrechte und nicht mehr als geschlossenes Wertsystem.[143] Auch das wertbezogene Denken gilt der Smend-Schule nur noch als zeitgemäße Einkleidung für die Entdeckung der objektiven Seite der Grundrechte.[144] 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,

---

slehre (Hrg.) Der Kampf um den Wehrbeitrag, 2. Halbband, München 1958, S. 559 ff.

[138] *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (242).

[139] *Rudolf Smend*, Gutachten von Prof. Dr. Smend, Göttingen, vom 6. Juni nebst der ergänzenden Äußerungen vom 4. November und 18. November 1952, in: Institut für Staatslehre (Hrg.) Der Kampf um den Wehrbeitrag, 2. Halbband, München 1958, S. 569.

[140] *Frieder Günter*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 168.

[141] Vgl. dazu *Konrad Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, in: VVDStRL 17 (1959), S. 11 ff.

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

[143] 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."

[144] 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.

von vertikalen Mustern und deduktiven Schemata Abstand zu nehmen, aber bis in die 60er Jahre hinein bringt das Denken dieser Schule keine Alternative hervor. Selbst die Integration der topischen Methode ins Verfassungsrecht soll ihren letzten Halt im "Konsens aller Vernünftig- und Gerecht-Denkenden"[145] finden. Damit feiert das transzendentale 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,[146] so ist die Verfassung immer noch als eine Einheit und ein widerspruchsfreies Ganzes aufgefasst.[147] 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."[148] Wie allerdings die Interpretation vom isolierten Normtext zum Ganzen der Verfassung zu führen ist, bleibt nach wie vor offen. Das Konkreteste ist hier noch der Hinweis von Rudolf Smend selbst: "Im Bereich des technischen Spezialrechts können die Grundrechte bekanntlich bald mehr den Gesetzgeber, bald mehr bestimmte Verwaltungsbehörden, bald auch den Einzelnen – bald alle und bald keinen aus dieser Reihe angehen. Selbst wenn sie in diesem Sinne ohne alle unmittelbare Geltung sind, beanspruchen sie doch wenigstens als Auslegungsregel für das spezielle Recht aus dem im normativ im Grundrechtskatalog zugrunde gelegten Kultursystem heraus zu gelten; mindestens in diesem Sinne sind sie stets Richtschnur für die Verfassung, die Gesetzgebung und die Verwaltung."[149] Wie die Grundrechte als Auslegungsregel zu handhaben sind, bleibt offen.

Um den 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.[150] Aber damit war der Kontext der Smend-Schule schon verlassen. So lange man Integration als Rahmen akzeptiert, bleibt der Pluralismus Bekenntnis und die

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

[146] 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. 126 ff. (157 f.); *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg/Karlsruhe 1967, S. 118 ff.

[147] 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 Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 26 ff.

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

[149] *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 119 ff. (265).

[150] *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979.

Methode monistisch.

c. Normtheoretische Einheit: Hans Kelsen Die Theorie von Hans Kelsen war ein wichtiger Kristallisationspunkt in der Diskussion des Weimarer Staatsrechts.[151] Er hat schon früh die neue Bedeutung der Grundrechte hervorgehoben, welche mit der Möglichkeit der Normenkontrolle durch das Verfassungsgericht entsteht. Die Grundrechte seien nicht nur subjektive Abwehrrechte, sondern wendeten sich jetzt auch an den einfachen Gesetzgeber, indem der Verfassungsgesetzgeber ihm "verbietet, in die als subjektive Rechte statuierte Interessenssphäre der Untertanen einzugreifen, oder ihm gebietet, den von ihm zu erlassenden Normen einen bestimmten positiven Inhalt zu geben."[152]

Trotzdem hat Kelsens Theorie für die Formierung der deutschen Drittwirkungslehre keine nennenswerte Bedeutung errungen. Dies hat vor allem damit zu tun, dass der Positivismus zum Sündenbock für das Versagen der deutschen Jurisprudenz im Dritten Reich gemacht wurde. Sein Glaube an eine von Werten unabhängige Geltung des Gesetzes habe die Richter wehrlos gemacht. Tatsächlich zeigen aber die Untersuchungen der praktischen Arbeit der Gerichte im nationalsozialistischen System, dass dies nicht zutrifft.[153] Die Gerichte haben sich häufig zugunsten der Inhalte der nationalsozialistischen Weltanschauung über die vom Positivismus anerkannten Methoden hinweggesetzt. Sie arbeiteten wertbezogen und nicht positivistisch. Auch wenn wir diese Werte heute zu Recht als Unwerte betrachten, bleibt es doch eine Arbeitsweise, die die positivistischen Methoden der Rechtserkenntnis zugunsten politischer Inhalte über den Haufen wirft.[154] Gerade in der Arbeit der Gerichte im Dritten Reich finden sich Beispiele eines vertikalen Holismus, der vom Ganzen her das Einzelne definiert. Dies führt dazu, dass das subjektive Recht dem objektiven Recht nachgeordnet wird.[155] Die Einzelperson hat überhaupt

[151] Kelsen hat seine Theorie in folgenden Werken entwickelt: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911/1923; *ders.*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen 1920/1928; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925; *ders.*, Reine Rechtslehre, Wien 1960; *ders.*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979. Vgl. zu Kelsen auch *Robert Walter*, Der letzte Stand von Kelsens Normentheorie, in: Rechtstheorie 1980, Beiheft 1, S. 295 ff.; *ders.*, Hans Kelsens Rechtslehre, Baden-Baden 1999.

[152] *Hans Kelsen*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit den Jahren 1918, in: Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band 1, Tübingen 1929, S. 154.

[153] Grundlegend dazu *Bernd Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg 1997; *ders.*, Entartetes Recht, 2. Aufl., München 1989; *ders.*, Rechtstheorie, München 1999, Rdn. 548 ff.; außerdem: *Clea Lage*, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, in: Redaktion der kritischen Justiz (Hrg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, S. 265 ff.; *Manfred Walter*, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?, in: ebd., S. 299 ff. Allgemein zur Reetablierung der deutschen Rechtswissenschaft: *Joachim Perels*, Die Restauration der Rechtslehre nach 1945, in: *ders.*, Demokratie und soziale Emanzipation, Hamburg 1988, S. 35 ff.

[154] Vgl. dazu auch *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, Rdn. 533 ff.; *ders.*, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg 1997, S. 270 ff.; *ders.*, Entartetes Recht, 2. Aufl., München 1989, S. 189 ff.

[155] Vgl. dazu *Peter Toss*, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, Frankfurt am Main 1968. Dazu auch am Beispiel der realsozialistischen Rechtsordnung: *Joachim Perels*, Der staatliche verordnete Sozialismus. Thesen zur Verfassungstheorie der Sowjetunion, in:

nur Rechte, soweit sie diese zur Erfüllung ihrer Pflichten gegenüber dem Volksganzen braucht. Die Pflicht wird zur Führungsgröße, das subjektive Recht wird ihr untergeordnet. Kelsen hat genau diesen vertikalen Holismus immer kritisiert. Ihn auch nur in die Nähe dessen zu bringen, lässt sich nur als böswillig begreifen. Kelsen fasst seine prinzipielle Auseinandersetzung mit dem Begriff der Gerechtigkeit als vertikalem Konzept folgendermaßen zusammen: "Wenn wir aus der geistigen Erfahrung der Vergangenheit irgendetwas lernen können, ist es dies, dass die menschliche Vernunft nur relative Werte begreifen kann, und d.h. dass das Urteil, mit dem etwas für gerecht erklärt wird, niemals mit dem Anspruch auftreten kann, die Möglichkeit eines gegenteiligen Werturteils auszuschließen. Absolute Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal. Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis gibt es nur menschliche Interessen und daher Interessenskonflikte."[156] Für Kelsen folgt aus der Ablehnung des vertikalen Gerechtigkeitsholismus die Toleranz[157] und die Begründung der Demokratie.[158]

Es bleibt also die Frage zu stellen, ob die wissenschaftspolitische Ausgrenzung des Positivismus nicht wichtige Alternativen für die Holismusdiskussion im Recht unterdrückt hat. Denn immerhin war Hans Kelsen der erste, der die schöpferische Rolle der Praxis im Rahmen einer Theorie der Rechtsnorm anerkannt hat: "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 Rechtanwenden. 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"[159]. Hier wird die Realität richterlicher Rechtserzeugung anerkannt. Aber diese klare Wahrnehmung der Rechtserzeugung 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"[160]. Damit

Hubert Rottleuthner (Hrg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1975, S. 338 ff.

[156] *Hans Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl., Stuttgart 2000, S. 49. Vgl. zu Kelsens Diskussion der Gerechtigkeit auch noch *ders.*, Die platonische Gerechtigkeit, in: Kant-Studien 38 (1933), S. 91; *ders.*, Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, Wien 1985; *ders.*, Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners 'Gerechtigkeit , in: Studia Philosophica 13 (1953), S. 157 ff.; außerdem den Anhang in *ders.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 355 ff.; dazu außerdem *Robert Walter*, Hans Kelsen, Die reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit, in: *Margarethe Beck-Mannagetta* (Hrg.), Festschrift für Theo Mayer-Maly, Wien 1996, S. 215 ff.

[157] *Hans Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl., Stuttgart 2000, S. 49 ff.

[158] *Kelsen*, ebd., S. 51 ff.

[159] *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 260.

[160] *Adolf Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: *Hans Klecatsky u. a.* (Hrg.),

wird die Recht-Fertigungsleistung der Rechtspraxis negiert.[161] 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"[162]. Kelsen definiert damit den Rahmen der Rechtserkenntnis, während die Rechtserzeugungswissenschaft ihren Gegenstand in den diesen Rahmen ausfüllenden "Willenselementen" findet.

In der Reinen Rechtslehre bleibt die Rahmenfunktion der Rechtsnorm[163] 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"[164]. 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.[165] Nach dieser kommt der Einheit der Rechtsordnung jene identitätsstiftende Rolle zu, welche wiederum umgekehrt durch die Grund-

Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Wien 1968, S. 1167 ff. (1178).

[161] 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.

[162] *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.

[163] *Peter Römer*, ebd., S. 199.

[164] *Hans Kelsen*, Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre, in: JW 1929, S. 1723 ff. (1726):

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

norm als dem letztlichen 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."[166]

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 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.[167] 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."[168] 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)."[169] 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 geschlossen Ganzen zusammenschmiedet? Eine mögliche Antwort im Rahmen der reinen Rechtslehre ist der Hinweis auf die Notwendigkeit Widersprüche zu vermeiden.[170]

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

[166] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutung einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 199.
[167] Zur Darstellung *Baldus*, ebd., S. 162 ff.
[168] Vgl. *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2., neu bearbeitete Auflage, Köln etc. 2001, S. 429.
[169] *Röhl*, ebd., S. 429.
[170] Dazu auch *Röhl*, ebd., S. 429.

für Entwicklungen innerhalb der reinen Rechtslehre. In diesem Begriff kreuzen sich das neukantianische Motiv einer transzendental-logischen Bedingung für Rechtserkenntnis[171] und die anhand Vaihingers "Philosophie des Als-Ob" anschließende Lesart der Grundnorm als Fiktion.[172] Die Grundnorm als Fiktion ermöglicht eine juristische Metaphorologie und damit eine Beobachtung der von den Juristen bei der Widerspruchsbeseitigung 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 die Schließung von Lücken 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? 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. Dies ist die Situation, welche das Bundesverfassungsgericht in der Wissenschaft vorfindet, als es auf das Problem der Drittwirkung der Grundrechte stößt.

2. Der Einschnitt der Lüth-Entscheidung

Die Lüth-Entscheidung gilt nicht nur als berühmteste,[173] sondern auch als bedeutendste Entscheidung der deutschen Grundrechtsjudikatur.[174] Im zugrunde liegenden Fall wurde Erich Lüth untersagt, zum Boykott gegen den Film "Unsterbliche Geliebte" von Veit Harlan aufzurufen. Die von Lüth gegen das Verbot eingelegte Urteilsverfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht für begründet erklärt. Neben dem Elfes- und Apotheken-Urteil hat diese Entscheidung den Grundrechten "erst zu demjenigen Gewicht

[171] Vgl. dazu *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 205.

[172] 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.

[173] *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.

[174] 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).

verholfen [...], das sie heute besitzen".[175] Sie ist deshalb Weichenstellung für die Rechtsentwicklung[176] sowie prägend für die "Karlsruher Republik[177]" geworden. Mittlerweile wurde ihre Tragweite als historischer Brennpunkt auch von der Rechtsgeschichte herausgestellt und kanonisiert.[178] Die Bedeutung dieses Urteils liegt zunächst im dogmatischen Bereich bei der Reichweite der Meinungsfreiheit in Konflikt mit der Ehre. Als Grundsatzproblem ist darin die Frage nach der Einwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht enthalten. Und schließlich kann man versuchen, aus dem Urteil eine ganze Theorie der Grundrechte bzw. des Rechts zu entwickeln. Dabei wird in der Rezeption die Frage der Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht meistens zerrieben zwischen der dogmatischen und der theoretischen Schicht. Während in der praktischen Arbeit von Gerichten und Kommentaren die theoretischen Fragen untergehen, wird von der theoretisch interessierten Literatur die praktische Argumentation zugunsten der Ausarbeitung immer komplizierterer Theorien vernachlässigt. Für die theoretisch interessierte Literatur geht es um die Frage "wie man Grundrechte überhaupt verstehen und denken muss, wenn sie nicht nur das Verhältnis vom Staat zu den Einzelnen, sondern das Verhältnis von zwei Einzelnen betreffen sollen".[179] Wenn man an der tatsächlichen Arbeitsweise der Gerichte im Interferenzbereich von Grundrechten und Zivilrecht interessiert ist, dann muss eine mittlere Ebene im Vordergrund einer Analyse stehen.

a. Die Ausgangssituation Die wichtigen äußeren Faktoren für das Verständnis der Lüth-Entscheidung liegen im politischen, institutionellen und wissenschaftsgeschichtlichen Bereich.[180] Politisch steht das Lüth-Urteil im

[175] *Dieter Grimm*, Theodor Ritterspach †, in: NJW 1999, S. 3100 ff. (3101).

[176] Vgl. zu dieser Formulierung *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. (374 ff.). Wahl vergleicht das Urteil mit anderen großen Leitentscheidungen wie Marbury vs. Madison. Vgl. zu dieser wichtigen Entscheidung des Supreme Courts: *Winfried Brugger*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury vs. Madison, in: JuS 2003, S. 320 ff. und Costa/ENEL (EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64 – Costa/ENEL, Slg. 1964, 125) zu dieser Entscheidung des EuGH, vgl. *Thomas Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl., München 1999, § 6 Rn. 619 ff.

[177] Vgl. dazu *Gerhard Casper*, Die Karlsruher Republik, in: ZRP 2002, S. 214 ff. (215).

[178] Vgl. dazu grundlegend den von Thomas Henne und Arne Riedlinger herausgegebenen und schon zitierten Sammelband sowie *Matthias Jestaedt*, Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung, in: *Bernd Rill* (Hrg.), Grundrechte – Grundpflichten: Eine untrennbare Verbindung, München 2001, S. 67 ff.; *Christoph Fiedler*, BVerfGE 7, 98 – Lüth. Freiheitsrecht, Gesetze und Privatrecht am Beispiel des Art. 5 I, II GG, in: *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. Aus historischer Sicht *Peter Reichel*, Vergangenheitsbewältigung, München 2001, S. 129 ff.

[179] *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).

[180] 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. (199 ff.).

Kontext der Definition der freiheitlich demokratischen Grundordnung[181] unter Abgrenzung vom Totalitarismus im SRP- und KPD-Verbotsurteil[182] und der Konstitution einer pluralistischen demokratischen Ordnung.[183] Dabei wurde der Nationalsozialismus nicht als kompromisslose Durchsetzung bestimmter Werte gesehen, sondern als Wertnihilismus, so dass eine Rückbesinnung auf Werte gerade im Recht nötig sei.[184] Im institutionellen Bereich ist die Organisation der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit wichtig. Anstelle eines einheitlichen Obergerichts[185] hat man eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen. Wenn ein solches Trennungssystem mit einer umfassenden Zuständigkeit des Verfassungsgerichts insbesondere für Urteilsverfassungsbeschwerden verbunden wird,[186] übt dies einen "Sog zugunsten der Ausdehnung des vorrangigen

[181]Man hat dazu den Wortlaut des damaligen § 88 Abs. 2 StGB übernommen, ohne dies auszuweisen. 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. (208 und Fn. 51).

[182]Das SRP-Verbotsurteil findet sich BVerfGE 2, 1 ff.; vgl. dazu *Thilo Rensmann*, BVerfGE 2,1, in: *Jörg Menzel* (Hrg.), Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Tübingen 2000, S. 56 ff. Zum KPD-Verbotsurteil vgl. BVerfG 5, 85 ff.

[183]Vgl. zu rechtshistorischen Analysen der Grundrechtsjudikatur: *Konrad Hesse*, Die Verfassungsentwicklung seit 1945, in: *Ernst Benda u.a.* (Hrg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 35 ff.; *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949, in: Handbuch des Staatsrechts, Band 1, Heidelberg 1987, S. 259 ff.; *Klaus Kröger*, Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 1993; *Uwe Wesel*, Die Hüter der Verfassung. Das Bundesverfassungsgericht, seine Geschichte, seine Leistungen und seine Krisen, Frankfurt am Main 1996; ders., Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik, München 2004.

[184]Vgl. dazu grundsätzlich *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993, S. 41 ff.; kritisch zu diesem Wertbezug auch *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main 1991, S. 67 ff.; zum Problem auch *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 ff.) sowie *Thorsten Hollstein*, Um der Freiheit willen – die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 249 ff. (259). Eine zeittypische Stellungnahme gegen den Wertrelativismus findet sich in dem wichtigen und anerkannten Lehrbuch *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Einleitung. Allgemeiner Teil, 14.–15. Aufl., Tübingen 1952/59, S. 134 (14. Aufl.) bzw. S. 220 (15. Aufl.). Zur wichtigen Rolle dieses Buches *Joachim Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: *Karl Acham* (Hrg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste: Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, Stuttgart 1998, S. 113 ff. (122).

[185]Vgl. dazu *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, insbesondere der rechtsvergleichende Teil S. 764 ff. sowie insbesondere zu den beiden Grundtypen der Verfassungsgerichtsbarkeit *Rainer Wahl*, Das Bundesverfassungsgericht im europäischen internationalen Umfeld, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu "Das Parlament", B 37-38/2001, S. 45 ff. (46 ff.).

[186]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. (388). Hier liegt der Unterschied zum österreichischen Verfassungsgericht, dem genau diese Urteilsverfassungsbeschwerde als Klageart fehlt. Vgl. dazu *Rainer Wahl*, Die Reformfrage, in: *Peter Badura/Horst Dreier* (Hrg.), Festschrift

Verfassungsrechts aus."[187]

Die Entwicklung der Institution Bundesverfassungsgericht in ihrer heutigen Bedeutung ging nicht ohne Konflikte vonstatten. Neben Auseinandersetzungen mit der Bundesregierung[188] und dem Parlament war vor allem die Bestimmung der Rolle des Bundesverfassungsgerichts gegenüber anderen Obergerichten zentral. So hatte das Bundesarbeitsgericht unter seinem Präsidenten Hans Carl Nipperdey[189] mit der Theorie der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht eine eigene Position bezogen.[190] Der Bundesgerichtshof war zudem mehrfach in offenen Konflikt zum Bundesverfassungsgericht getreten. In der Frage des Ausführungsgesetzes zu Art. 131 GG betreffend die Rechtsstellung früherer Beamter ging der Bundesgerichtshof[191] von der Verfassungswidrigkeit

50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1, Tübingen 2001, S. 461 ff. (463).

[187] *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).

[188] So etwa die Auseinandersetzung mit dem damaligen Justizminister Dehler um den eigenen Haushalt und die Personalhoheit des Gerichts, die unter der Überschrift "Eigenständigkeit als Verfassungsorgan" geführt wurde. 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. (201 f.) sowie *Heinz Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, Tübingen 1968, S. 254 ff.; *Richard Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zur Geschichte und Rechtstellung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1994, S. 28 ff.; *Manfred Baldus*, Frühe Machtkämpfe, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 238 ff. (239 ff.), m. w. N.

[189] Vgl. dazu *Thorsten Hollstein*, Um der Freiheit willen – die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht, Berlin 2005, S. 249 ff. sowie *Klaus Adomeit*, Hans Carl Nipperdey, in: DBE, Band 7, München 1998, S. 421 f.; *Joachim Rückert*, Hans Carl Nipperdey, in: NDB, Band 19, Berlin 1999, S. 280 ff. Ein Schriftenverzeichnis findet sich bei *Kurt Reichenberger*, Bibliographie der Veröffentlichungen von Hans Carl Nipperdey, in: *Rolf Dietz* (Hrg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München 1965, S. 937 ff. und *Kurt Reichenberger*, Bibliographie der Veröffentlichungen von Hans Carl Nipperdey. Nachtrag 1964–1968, Versicherungsrecht 1969, S. 101 ff.

[190] Vgl. dazu *Thorsten Hollstein*, Um der Freiheit willen – die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht, Berlin 2005, S. 249 ff. (255 ff.). Entwickelt hat Nipperdey seine Position in folgenden Schriften: *Hans Carl Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 3 (1950), S. 121 ff., *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Einleitung. Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1952, S. 57 f.; *ders.*, 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. (18 ff.); *ders.*, Boykott und freie Meinungsäußerung, in: DVBl 1958, S. 445 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961, S. 12 ff.; ders., Art. 2 GG, in: *Otto Bachof* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 4/2, Berlin 1962, S. 741 ff. (747 f.). Diese Theorie hatte auch Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: BGHZ 13, 334 ff. (338); 15, 249 ff. (257 f.); 20, 345 ff.; 24, 72 ff. (76 f.); 26, 217 ff. (222); 27, 284 f. Vor allem hat diese Theorie natürlich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geprägt. Vgl. dazu BAGE 1, 185 ff. (193 f.); 4, 274 ff.; aufgegeben hat das Bundesarbeitsgericht die Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte erst 1984 in BAGE 47, 363 ff.

[191] Vgl. dazu *Jörg Menzel*, Vergangenheitsbewältigung in der frühen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts: Beamten- und Gestapo-Urteil, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger*

des Gesetzes aus, weil die Beamtenverhältnisse den Systemwechsel überdauert hätten, während das Bundesverfassungsgericht gegenteilig entschied.[192] Auch das Elfes-Urteil[193] ist als Positionsbehauptung des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, die sich gegen ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Gutachten des BGH wendet.[194] In einer kurz darauf ergangenen parallelen Entscheidung erklärt das Bundesverfassungsgericht explizit, dass "zur Fortbildung des Verfassungsrechts in erster Linie das Bundesverfassungsgericht berufen ist."[195] Auch bei der Aufzählung der innerwissenschaftlichen Faktoren spielt der Bundesgerichtshof mit seinem aktiven Präsidenten Weinkauff eine wichtige Rolle. Dieser war ein publizistisch aktiver Vertreter der neuthomistisch-katholisch orientierten Naturrechtsrenaissance in Deutschland.[196] Die Bevorzugung

(Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 225 ff. BGH-Entscheidungen finden sich in BGH (GS), Beschluss vom 11.06.1952, BGHZ 6, 208 ff. Vgl. dazu auch noch *Hans Peters*, Der Streit um die 131er-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 1954, S. 589 ff.

[192] BVerfGE 3, 58 ff.; 6, 132 ff.; vgl. dazu auch *Michael Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich, insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte nach Artikel 131 Grundgesetz, Berlin 1972 sowie *Otto Bachof*, Das Bundesverfassungsgericht und die Beamtenverhältnisse, in: DÖV 1954, S. 33 ff.

[193] BVerfGE 6, 32 ff.; 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., 210 ff.; *Christoph Fiedler*, BVerfGE 6, 32 – Elfes, in: *Jörg Menzel* (Hrg.), Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Tübingen 2000, S. 76 ff.; *Kerstin Odendahl*, Das 'Elfes-Urteil , in: JA 2001, S. 757 ff.

[194] Zur Möglichkeit solcher Gutachten und ihrer späteren Abschaffung vgl. *Manfred Baldus*, Frühe Machtkämpfe, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 237 ff. (243 ff.); *Hans Joachim Faller*, Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof, in: AöR 115 (1990), S. 185 ff. Die Gutachten des BGH wurden auch in Fachzeitschriften veröffentlicht, Beispiele bei *Faller*, ebd., S. 190, Fn. 16. 1956 wurde das Bundesverfassungsgerichtsgesetz geändert. Jetzt wurden die vorlegenden Gerichte angehalten, unmittelbar die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Damit war das Problem der Gutachten gegenstandslos und die Bundesgerichte fühlten sich zu Briefträgern degradiert. Vgl. dazu *Manfred Baldus*, Frühe Machtkämpfe, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 245.

[195] BVerfGE 6, 222 ff. (240).

[196] *Hermann Weinkauff*, Naturrecht und Rechtsprechung, in: Bericht über die Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission am 02. und 03.12.1961 in Würzburg, S. 25 ff.; *ders.*, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: NJW 1960, S. 1691 ff. Zum Bezug auf Aristoteles und Thomas von Aquin vgl. vor allem *Albrecht Langner*, Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, in: Schriften zur Rechtslehre und Politik, Band 20, Bonn 1959, S. 214 ff. Kritisch zu dieser Entwicklung *Hans-Ulrich Evers*, Zum unkritischen Naturrechtsbewusstsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, S. 241 ff. Allgemein zur Rolle des Naturrechts *Arthur Kaufmann*, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, in: *Michael Stolleis* (Hrg.), Die Bedeutung der Wörter, München 1991, S. 105 ff.; *Ulfrid Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: *Dieter Simon* (Hrg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt am Main 1994, S. 145 ff.; *Birgit von Bülow*, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), Berlin 1996; *Heinz Mohnhaupt*, Zur "Neugründung" des Naturrechts nach 1945, in: *Horst Schröder u.a.* (Hrg.), Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945–1952, Frankfurt am Main 2001, S. 97 ff. Grundlegend *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 601 ff.

der verfassungsrechtlichen Ordnung gegenüber dem Sittengesetz innerhalb der so genannten Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht[197] diente dazu, die Verfassung gegen das Naturrecht zu immunisieren.[198] Der Bezug auf die philosophische Wertlehre hat vor allem den Zweck, die Systematik des Grundgesetzes mit materialen Prinzipien soweit aufzuladen, dass der Bezug auf das Naturrecht überflüssig wird.[199] Zu den innerwissenschaftlichen Faktoren zählt auch der Zustand der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft.[200] Carl Schmitt war wegen seiner Verstrickung in den Nationalsozialismus als mögliche Argumentationsbasis für das Verfassungsgericht von vornherein desavouiert. Die positivistische Tradition hatte man zum Sündenbock für das Versagen der Jurisprudenz im Dritten Reich erklärt,[201] so dass an ausgearbeiteten Positionen für eine holistische Semantik im Recht nur die relativ unbelastete Smend-Schule übrig blieb.[202] Sie bildete dann den Hintergrund, vor dem die neuen Ansätze von Hans Carl Nipperdey und Günther Dürig rezipiert werden konnten.

[197] 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., 212 sowie aus dogmatischer Sicht *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., München 2002, Art. 2, Rn. 19, die aufgrund der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die Schranke des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 für praktisch bedeutungslos halten.

[198] 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., 212, das heißt, anders sehen das natürlich die Vertreter des Naturrechts: Vgl. dazu *Gebhard Müller*, Naturrecht und Grundgesetz, Würzburg 1967, S. 38 ff.

[199] 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).

[200] Vgl. dazu *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.; *Birgit von Bülow*, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), Berlin 1996 sowie *Frieder Günter*, Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration in den 50er Jahren, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 301 ff.

[201] Vgl. zu dieser These *Hermann Weinkauff*, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968. Bündig widerlegt wird diese Entschuldigungstheorie von: *Regina Ogorek*, "Rassenschande" und juristische Methode: die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2003, S. 279 ff.

[202] Zu Smend vgl. *Stefan Ruppert*, Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 327 ff. Nach Kelsen war Smend ein Gegner der Weimarer Demokratie. Vgl. dazu *Hans Kelsen*, Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Wien 1930, S. 84–90; *Peter C. Caldwell*, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law, Durham und London 1997; *Roland Lhotta*, Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Integration als Philosophie des "Als-ob", in: *Christoph Gusy* (Hrg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden 2000, S. 286 ff. Smend hat dies zurückgewiesen: Vgl. dazu *Rudolf Smend*, Integrationslehre, in: *Erwin von Beckerath* (Hrg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 5, Tübingen 1956, S. 299 ff.; differenzierte Einschätzung bei *Manfred Friedrich*, Rudolf Smend. 1882–1975, in: AöR 112 (1987), S. 1 ff. (13 f.); *Peter Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich, Berlin 2004, S. 132 ff. (152 ff.).

b. Die Begründung der Drittwirkung durch das Gericht Die Lüth-Entscheidung ist Anfang und Ende zugleich.[203] Sie beendet den expliziten Bezug des Bundesverfassungsgerichts auf die zeitgenössische Wertphilosophie, indem sie die Wertordnung mit Verfassungsimmanenz belegt. Mit der Lüüth-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,[204] 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.[205] 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.[206] Dies wird mit einem subjektiv teleologischen Argument aus der Geschichte begründet.[207] 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.[208] 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.[209] 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."[210] Das Stichwort "Wertordnung" ver-

[203] Vgl. dazu *Stefan Ruppert*, Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in: *Thomas Henne/Anne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus rechtshistorischer Sicht, Berlin 2005, S. 327 ff. (346).

[204] Vgl. dazu *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte – Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993, S. 18 ff.

[205] BVerfGE 7, 198 ff. (205).

[206] BVerfGE 7, 198 ff., (204).

[207] BVerfGE 7, 198 ff., (204 f.).

[208] Vgl. dazu *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 41.

[209] 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.

[210] *Rainer Wahl*, ebd., S. 384.

spricht 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[211] ab. Zudem konnte man es als Konsequenz und Verarbeitung der Weimarer Republik[212] verstehen, dass deren Wertrelativismus jetzt durch eine Wertbejahung ersetzt werde.[213] 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.[214] In der Weimarer Diskussion war es vor allem Rudolf Smend, der gegen die herrschende Lehre des Positivismus die Grundrechte zum Wertsystem erhoben hatte: Der Grundrechtskatalog der Weimarer Verfassung "will eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren [...]. Ganz abgesehen von aller positiven Rechtsgeltung proklamieren die Grundrechte ein bestimmtes Kultur-, ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll."[215] Der Name Smends ist ein wichtiger Bezugspunkt in den Schriftsätzen von Arndt und Hennis, taucht allerdings im Text des Urteils selbst nicht auf.[216] Der Gedanke der Grundrechte als Wertordnung musste auch nicht explizit zugeordnet werden, weil er auf der Hand lag.[217] 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.[218]

[211] 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.

[212] 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.

[213] 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).

[214] Vgl. BVerfGE 6, 32 ff. (40).

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

[216] 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).

[217] 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).

[218] Vgl. dazu *Ilse Staff*, Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus

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."[219] Denn das Bundesverfassungsgericht 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. Hierfür gibt es zumindest zwei in der öffentlichen Diskussion prominente Positionen: Hans Carl Nipperdey hat als Präsident des Bundesarbeitsgerichts seine Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte entwickelt,[220] während Günther Dürig von einer mittelbaren Drittwirkung ausgeht.[221] Auffällig ist, dass sich beide Positionen auf die philosophische Wertlehre beziehen. Nipperdey bekennt sich "zu bestimmten unverrückbaren Werten,"[222] geht von einer Wertskala aus[223] und appliziert ein pyramidal geordnetes Wertsystem. Die Drittwirkung bedeutet für Nipperdey, dass die Grundrechte als absolute Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB und Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden müssen.[224] Für die Reichweite der Drittwirkung entwickelt Nipperdey eine Argumentation aus dem Schutzzweck der Grundrechte[225] und macht sich damit unabhängig von der semantisch riskanten Theorie einer Einschränkung der Grundrechtsgeltung über die spezifische Sprachstruktur von Generalklauseln. Weitere Argumente folgen aus der veränderten Situation, auf die die Grundrechte treffen,[226] und

(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.

[219] *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. (345).

[220] 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.

[221] 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.

[222] *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Einleitung. Allgemeiner Teil, 14./15. Aufl., Tübingen 1952/59, S. 220.

[223] *Enneccerus/ Nipperdey*, ebd., S. 582.

[224] 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. (265), m. w. N.

[225] Vgl. dazu *Hans Carl Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung des Art. 2 GG, in: *Otto Bachof* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 4/2, Berlin 1962, S. 741 ff. (753).

[226] Vgl. dazu *Hans Carl Nipperdey*, Boykott und freie Meinungsäußerung, in: DVBl 1958, S. 445 ff. (447); *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961, S. 17 sowie *ders.*, Gleicher

einem Erst-recht-Schluss, der sich daraus ergeben soll, dass dann, wenn der Staat so nicht handeln dürfe, auch der Bürger dies nicht könne.[227] Während die teleologische Argumentation jedenfalls im Bereich des Mediums Macht überzeugend ist, ist es der Erst-recht-Schluss nicht. Denn staatliche Handlungen sind nicht quantitativ, sondern qualitativ von Handlungen anderer Bürger unterschieden. Daran scheitert dieser Größenschluss. Nipperdey erkennt diese Kritik später an.[228] Seine Verdienste liegen sicher darin, dass er "die Eindimensionalität des Grundrechtsverständnisses durchbrochen" hat[229] und in seinem grundlegenden Hinweis, dass die Freiheit des Einzelnen auch von den Mächten der Gesellschaft her bedroht sein kann.[230] Aber durchsetzen konnte er sich damit in der Lüth-Entscheidung nicht. Das Bundesarbeitsgericht hatte nicht nur die Position seines Präsidenten übernommen, sondern auch behauptet, dies stünde im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Deswegen 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."[231] Diese Äußerung wird in der Literatur häufig überinterpretiert. Das Bundesverfassungsgericht hat die von Nipperdey verfochtene These der unmittelbaren Drittwirkung nicht verworfen.[232] Denn es fügt hinzu: "Auch jetzt besteht kein Anlass, die Streitfrage der so genannten 'Drittwirkung der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern."[233] Das Gericht lehnt natürlich die Theorie von der reinen

Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 3 (1950), S. 121 ff. (125).

[227] Vgl. dazu *Hans Carl Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 3 (1950), S. 25; Kritik bei *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *Theodor Maunz* (Hrg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff. (158) und *ders.*, Besprechung des 'Lüth-Urteils , in: DÖV 1958, S. 194 ff. (194 u. 196).

[228] Vgl. dazu *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Einleitung. Allgemeiner Teil, 14./15. Aufl., Tübingen 1952/59, S. 97.

[229] Vgl. dazu *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, allgemeine Lehren der Grundrechte, Band 3/1, München 1988, S. 1552.

[230] 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. (269).

[231] BVerfGE 7, 198 ff. (204).

[232] *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).

[233] BVerfGE 7, 198 ff. (204).

Staatsgerichtetheit 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"[234] zu machen, würde dessen Rolle überschätzen.[235] 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,[236] sondern vor allem von einer abstrakten Wertordnung.[237] Eine abstrakte Rangordnung der Werte wurde auch im Rahmen der philosophischen Werttheorie von Hartmann und Scheler vertreten, die jedoch unterschiedliche Wertrangfolgen entwickelt hatten.[238] 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."[239] 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

[234] *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).

[235] 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.

[236] *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. (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.

[237] 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).

[238] Vgl. dazu *Hans-Martin Pawlowsky*, 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).

[239] BVerfGE 7, 198 ff. (215).

Harlans und der Filmgesellschaft nicht überschritten hat."[240] 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.[241] Bei ausführlicher Lektüre zeigt sich, dass das Gericht trotz terminologischer Anleihen bei der philosophischen Werttheorie die eigentlichen Grundlagen nie ausdrücklich rezipiert hat.[242] Die Werte waren nur Geburtshelfer für die Entwicklung der objektiven Dimension der Grundrechte.[243] Man muss also die zeitbedingte Einkleidung von der inhaltlichen Argumentation des Gerichts unterscheiden.

c. Die praktische Vorgehensweise des Gerichts Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Drittwirkung nimmt die entsprechenden Urteile als Theorie wahr. Es ist sicher richtig, dass bei Günther Dürig Art. 1 GG eine Sonderstellung unter allen Grundrechten einnimmt und den Gehalt eines letztlich vorstaatlichen Wertmaßstabes darstellt.[244] Aber wenn das Bundesverfassungsgericht an einer Stelle im Lüth-Urteil Dürig zitiert, hat es damit nicht seine ganze Theorie übernommen. Daran ändert sich auch nichts, wenn man versucht, Dürigs Grundrechtssicht ins Grundgesetz hineinzuprojizieren: "Unter dem Grundgesetz ist die Pluralität der Werte und Handlungsnormen nicht grenzenlos. Die Verfassung konstituiert kein wertneutrales Schema. Mit der Positivierung der Würde des Menschen, also des Unverlierbaren und Unverfügbaren, das ihn als Menschen auszeichnet, hat das Grundgesetz das Tor zur Metaphysik geöffnet."[245] Für solche riskanten Lesarten des Grundgesetzes fehlt eine Begründung. Diese wäre auch nicht möglich. Die Friedensfunktion des Rechts würde verfehlt, wenn man das Gesetz mit einer bestimmten Metaphysik verknüpfen würde. Denn letzte Fragen sind in einer pluralistischen Gesellschaft besonders streitig und müssen deshalb als Privatangelegenheiten behandelt werden.[246]

Aber auch wenn der Ehrgeiz von Rechtstheoretikern nicht darin liegt, eine bestimmte Sicht der letzten Dinge im Grundgesetz zu verankern, bleibt ihr

[240] BVerfGE 7, 198 ff. (216).

[241] 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.

[242] Vgl. dazu *Dreier*, ebd., S. 22.

[243] 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).

[244] 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. (351).

[245] *Graf Vitzthum*, ebd., S. 355.

[246] Das gibt Graf Vitzthum an anderer Stelle selbst zu (*ders.*, ebd., S. 353), will aber eine mit Kant verknüpfte Lesart der Metaphysik davon ausnehmen, vgl. *ders.*, ebd., S. 357 ff.

Blick häufig nicht weniger theoretisch. So werden etwa am Lüth-Urteil 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."[247] 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.[248] Der rechtsvergleichende Blick ins Ausland hatte gezeigt, dass die entsprechenden Konflikte in anderen Rechtsordnungen "nahezu" genauso gelöst werden, ohne den "deutschen Sonderweg" einer hochkomplexen Theorie.[249] Dort wird die objektiv-rechtliche Seite der Grundrechte in fallweisen Einzelentscheidungen entwickelt, die sich als ein Case-Law-System begreifen lassen.[250] Hier hätte ein Ansatzpunkt liegen können, die deutschen Entscheidungen in ähnlicher Weise zu systematisieren. Man hätte sich dann an der argumentativen Logik der Entscheidungen[251] orientieren müssen und mit vorsichtigen Verallgemeinerungen die Punkte sichtbar machen, wo der Text etwas anderes sagt als er tut. Diese mühevolle Arbeit wird aber als "verengter Rechtsprechungspositivismus"[252] abgetan, der den Blick über den Textrand 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 Textrand hinaus blickt, sollte man also in den Text hinein blicken. Dabei ergibt sich Wichtiges. 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

[247] *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.).

[248] *Wahl*, ebd., S. 396.

[249] *Wahl*, ebd., S. 372.

[250] *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.

[251] 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.

[252] *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).

gerecht denkenden Bürger zu sehen ist.[253] 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 verwandeln – 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."[254] Dieser Schuss ist zu schnell. Man sitzt dem Bild der Ausstrahlungswirkung[255] 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.[256] 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[257] 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

[253] BVerfGE 7, 198 ff. (229).

[254] *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).

[255] Vgl. zu diesem Bild *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999, S. 2.

[256] *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 45.

[257] BVerfGE 7, 198 ff. (215).

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 "[258] 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 Aufgabe 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 scheitert daran.

3. Das Scheitern des divisionalen Konzepts

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.[259] Das Auftreten einer

[258] 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).

[259] 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 (Epoche). 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

solchen Methode lässt sich in den Begründungen der Gerichte aber gerade nicht nachweisen. Stattdessen werden Sachargumente vorgebracht, vom Gegner widerlegt und in die je eigene Position integriert. Die Urteilsbegründung nimmt dieses Material durch explizit gemachte Bezugnahme und Nichtbezugnahme auf. Die Gerichte veranstalten keine gemeinsame Wesensschau. Sie moderieren vielmehr eine soziale Interaktion, bei der Argumente ausgetauscht werden . Trotzdem kommt die Figur der "Einheit der Rechtsordnung" in Urteilen häufig vor. Dies liegt an der Unvermeidbarkeit des Holismus in der juristischen Semantik. Wenn man untersucht, wie diese gerichtlichen Texte funktionieren, zeigt sich, dass mit der Wendung ‚Einheit der Rechtsordnung' nicht unbedingt das gemeint ist, was uns die Wertungsjurisprudenz nahe bringen will. Dies liegt darin, dass Abwägung als praktische Technik nicht funktioniert und auch der Zugriff auf das Ganze seriös nicht möglich ist. Daher können die Gerichte das Problem der holistischen Dimension juristischen Argumentierens weder epistemisch, noch vertikal handhaben.

a. Das Verschwinden der Einheit im Postulat Die Gerichte verwenden die "Einheit des Rechts, bzw. der Rechtsordnung" eher als Legitimationstitel und Überhöhung normaler juristischer Argumentationstechniken. Das Bundesverwaltungsgericht etwa macht in einer Entscheidung zum Namensrecht[260] geltend, dass im Dienste einer Einheit der Rechtsordnung der privatrechtlichen "Interessenwertung des Gesetzgebers" Rechnung zu tragen sei. Hier geht es der Sache nach um die Einlösung der Gesetzesbindung. In der "Geltungserstreckung von Strukturen und Werten aus einem Teilbereich der Rechtsordnung auf andere Teilbereiche"[261] sieht das Bundesverfassungsgericht die "Aufgabe der Verfassungsorgane", die Einheitlichkeit der Rechtsordnung für alle Staatsbürger zu gewährleisten.[262] Diese Forderung ist dadurch einzulösen, "Gesetzesbegriffen mit demselben Wortlaut, unbesehen ihrer Stellung in den jeweiligen Bereichen der Rechtsordnung, den jeweils gleichen Inhalt beizulegen."[263] Entsprechend fordert auch das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zum Wehrpflichtgesetz, dass die genannten Vorschriften grundsätzlich in gleicher Weise ausgelegt werden.[264] Hier handelt es sich um systematische Auslegung. Um die mit der verfassungskonformen Auslegung verbundenen Einheitsfragen geht es, wenn das Bayerische Verfassungsgericht feststellt, "dass das Rechtssystem des Staates eine Einheit bildet, die von der Verfassung und den in ihr

speziell zum Problem Aufdecken oder Erfindung einer Ordnung: *ders.*, Ordnung im Zwielicht, Frankfurt am Main 1987, S. 137 ff. (167 ff.).

[260] BVerwG 17, 207 (209).

[261] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 11. Zahlreiche weitere Beispiele angeführt bei *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2., neu bearbeitete Auflage, Köln 2001, S. 429 ff.

[262] BVerfG 12, 45 (54).

[263] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 11.

[264] BVerfG 12, 45 (54).

enthaltenen Grundgedanken beherrscht wird. Mithin ist nur eine solche Auslegung gesetzlicher Bestimmungen zulässig, die mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist, nicht aber eine solche, die ihr widerspricht'."[265] Eine wichtige Rolle für den Rekurs der Gerichte auf eine "Einheit der Rechtsordnung" spielt immer wieder auch die Frage einer durchgängig konsistenten Behandlung von Regelwidrigkeiten über die Grenzen der unterschiedlichen Rechtsgebiete hinweg. Was im Strafrecht untersagt ist, solle keinesfalls im Zivilrecht geduldet werden können. Zudem solle, wenn irgend möglich, die Frage des Verschuldens möglichst überall mit gleicher Elle ermessen werden: "Ein wichtiger Punkt in der Diskussion um die Einheit der Rechtsordnung ist die Frage, ob die Rechtswidrigkeit einer Handlung für alle Rechtsgebiete einheitlich beurteilt werden müsse. Die Frage ist ohne Vorbehalt zu bejahen. Bei der Rechtswidrigkeit geht es darum, ob eine Handlung gegen eine Verhaltensnorm verstößt. Aus der Einheit der Rechtsordnung folgt, dass zwei einander widersprechende Verhaltensnormen nicht Bestand haben können. Daraus folgt weiter: Was in einem Rechtsgebiet verboten ist, ist schlechthin rechtlich verboten. Daraus folgt aber nicht, dass, was verboten ist, in jedem Rechtsgebiet sanktioniert werden müsste."[266] Hier geht es um das Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht. Die Gerichte versuchen eine "Verzahnung der Rechtsgebiete" als Gegenbewegung zu deren zunehmender Diversifizierung, bzw. auch gegenseitiger Usurpierung, die dann in einzelnen Rechtsfragen zu Unsicherheiten über die rechtsdogmatisch anzulegenden Maßstäbe führen kann.[267] Die Praxis verfolgt also das Ziel der Kohärenz: Die Gerichte wollen ihr Urteil ins Ganze der Rechtsordnung und die Kette bisheriger Entscheidungen harmonisch einfügen.[268] 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.

Mit dem Rekurs auf das Prinzip der "Einheit der Verfassung" nimmt die Vorstellung eines Ganzen des Rechts nicht nur insofern eine "realistischere" Form an, als das Problem nunmehr textorientiert gefasst wird.[269] Zugleich lässt sich genau deswegen aber auch der grundlegende Mangel jeder Einheitsvorstellung am deutlichsten herausstellen. In kritischem Anschluss an die Fortentwicklung der Smend'schen Theorie durch Konrad Hesse hat Friedrich Müller eine prinzipielle Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur vorgelegt. Denn "Totalität als

[265] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 13.

[266] *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2., neu bearbeitete Auflage, Köln etc. 2001, S. 432.

[267] Vgl. *Röhl*, ebd., S. 434.

[268] 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.

[269] Eingehend zur "Einheit der Verfassungsurkunde" *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 114 ff.

Quelle von Argumenten neigt zur Macht und ihrer ungestörten Handhabung. Dagegen stehen im Rechtsstaat die Gebote der Rechts- und Verfassungsbindung, der Tatbestandsbestimmtheit, Methodenklarheit und der zureichenden rationalen Begründung. Ein Schlussfolgern vom Ganzen und seiner Einheit her genügt nicht den Anforderungen an demokratisch gebundene, rechtsstaatlich geformte Methoden."[270] Das Bundesverfassungsgericht nahm zum Ende der 50er Jahre das Argument der Einheit der Verfassung in seine Rechtsprechung auf. Es handelt sich um einen langsamen Ausnüchterungsprozess des Wertedenkens. Das Gericht versucht, mit dieser Figur das Problem des Holismus textbezogener zu fassen. Damit soll Verfassungskonkretisierung auf den Gesamtzusammenhang entsprechender konstitutioneller Normierungen orientiert und in diesen eingeordnet werden. Die schon von dem Konzept der Einheit der Rechtsordnung bekannten Postulate und Anforderungen kehren hier wieder, so sehr man auch bemüht ist, die Spitze idealisierender Spekulation abzuschwächen: „'Einheit der Verfassung' im Sinn eines Leitbilds verfassungsrechtlicher Methodik soll dem Interpreten als Ausgangspunkt wie vor allem als Zielvorstellung das Ganze der Verfassung als ein zwar nicht spannungsloses und in sich ruhendes, wohl aber als ein sich sinnvoll zusammenschließendes Normengefüge vor Augen stellen."[271] Ebenso, wie der Bezug auf eine Einheit der Verfassung Widersprüchlichkeiten ausräumen soll, so soll er dort zu einer Rechtsfindung verhelfen, wo die Verfassung "schweigt".[272] Die einzige Veränderung gegenüber den herkömmlichen Vorstellungen besteht darin, dass diesem Bezug nunmehr ein konkret greifbarer Zielpunkt gegeben ist; nämlich die Verfassung als Text, als sichtbar vertextetes Recht. Genau deswegen aber wird die Aporie juristischen Einheits- und Ganzheitsdenkens umso greifbarer. Denn weder ist das Grundgesetz in sich geschlossen, noch ist es in sich widerspruchsfrei.[273] Damit zerlegt sich die Einheit der Verfassung in die sie vorgeblich realisierenden Normgefüge immer dann, wenn man sie verwerten will: "Die Verfassung ist kein erschöpfendes Grundbuch von Staat und Gesellschaft, ist nicht die Ordnung der Totalität des Lebens beider Bereiche."[274] Allenfalls mag man daher die Vertextung durch die Verfassungsurkunde formal als Einheit sehen, sofern sie sich durch eine Einheit der Rangstufe von Rechtsquellen und eine Einheit in der normativen Struktur auszeichnet. Dies aber bleibt gegenüber dem Problem äußerlich. Als Rechtstext verlangt auch das Grundgesetz immer wieder die Erzeugung von Recht nicht etwa aus, sondern vielmehr anhand seines Textes.

Wenn man mehr will, so muss man zu einer altbekannten Figur greifen: "Das Grundgesetz wird als Ganzes wenn schon nicht behandelt, so doch

[270] *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band I Grundlagen. Öffentliches Recht, Achte, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, Berlin 2002, Rdn. 384 f.
[271] *Müller/ Christensen*, ebd., Rdn. 383.
[272] Grundlegend dazu *Friedrich Müller*, Das Schweigen der Verfassung, in: *ders.*, Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, Berlin 1990, S. 172 ff.
[273] In aller gebotenen Ausführlichkeit dazu *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 92 ff.
[274] *Müller*, ebd., S. 100.

beansprucht."[275] Wenn sich nicht mehr vernünftig behaupten lässt, eine Einheit sei in der Verfassung vorgegeben, so soll sie doch immerhin von ihr aufgegeben sein. In der teleologischen Figur werden Einheit und Geschlossenheit zu einem durch den Sinn der Normierung vorgezeichneten Fluchtpunkt umgewidmet. Dafür nimmt man nichts Geringeres in Anspruch als den Status einer Kantschen "regulativen" Idee.[276] Die fehlende Einheit wird als "Postulat teleologischer Einheit und Ganzheit der Rechts- und Verfassungsordnung" restituiert. Insofern damit aber praktische Argumentation gefordert ist, macht sich das Postulat gleich wieder überflüssig. Denn "formuliere ich Einheit als eine zu leistende Aufgabe, so nehme ich in Anspruch, sie im Grundsatz einlösen zu können. Soweit das über die Mittel rechtsstaatlicher Methodik hinausgeht, stellen sich an eine angezielte Einheit dieselben Fragen wie an jene Einheit, aus der es sich gerade nicht deduzieren lässt. Nicht zufällig wurde daher das Argument auch in dieser Form zur verbalen Hülse; die höchstrichterliche Spruchpraxis zeigt das deutlich genug. Ist Einheit als Datum nicht einsichtig zu machen, so auch nicht als Vorhaben. Sie kann auch als Ziel nicht bieten, was real nicht möglich ist."[277] Die Praxis kann durch die Vernetzung als relative Kohärenz für sich selbst sorgen. Die teleologische Fortschreibung der alten Einheitsfigur fügt höchstens ein Ornament hinzu: "Methodisch tritt ‚Einheit der Verfassung' teils als unnötiger Name für allgemeine oder mit Verfassungsgrundsätzen verbundene systematische Argumente auf, teils benennt sie in Normenkonflikten das Ziel harmonisierender wechselseitiger Begrenzung. Nur hier scheint die Einheitsthese einen selbständigen Sinn zu haben, aber auch hier sagt sie nichts über das einzuschlagende Verfahren."[278]

Die Ersetzung der Referenz durch das Postulat kennzeichnet nur die Schwäche der herkömmlichen Textstrategie. Wann immer man sich anschickt, dem Argument von der Einheit der Rechtsordnung einen konturierten Gehalt zu geben, stellt sich dies als eine Reformulierung genau des Problems heraus, dessen Lösung das Konzept einer Einheit der Rechtsordnung sein sollte. Sei es, dass man es als eine "Voraussetzung des juristischen Systemdenkens" auffasst, für die sich natürlich die Frage stellt, wann und wie sie im Einzelnen erfüllt sein mag. Sei es, dass man es "im Sinne einer rechtspolitischen Gesetzgebungsmaxime" deutet, bei der sich die Frage stellt, inwiefern ihr Genüge getan ist, ebenso, wenn man in ihm einen "allgemeingültigen Grund für die Verwendung von Kollisionsregeln" sieht.[279] All das gilt auch für vorgebliche Präzisierungen, wie der "Forderung nach Widerspruchsfreiheit und Lückenlosigkeit", "das Gebot der Gleichbehandlung" und die "Deutung als rechtslogisches, axiologisches oder moralisches Postulat."[280] Immer wird als Lösung formuliert, was praktisch das Problem aus-

[275] *Müller*, ebd., S. 90.
[276] Zur Kritik *Müller*, ebd., S. 99 f.
[277] *Müller*, ebd., S. 231.
[278] *Müller*, ebd., S. 230.
[279] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 13 m. w. N.
[280] *Baldus*, ebd., S. 13 f. m. w. N.

macht, ohne dass dieses kriterial an seine Bearbeitung verwiesen wird. Genauso ist es, wenn die Einheit der Rechtsordnung als innere Verbindung der einzelnen Rechtssätze untereinander umschrieben wird, „die die Rechtsdogmatik ‚darlegen und, wo problematisch, bewerkstelligen muss."[281] Wenn nicht greifbar ist, was man zur Lösung des Entscheidungsproblems braucht, so muss man sich dies eben verschaffen. Wenn dies aber notwendig ist, warum dann überhaupt diesen Umweg gehen und nicht gleich die Erzeugung von Recht durch deren Kontextualisierung als im Bestand von dessen Text konsistent einwandfreie begründen?[282] Das Dilemma im Bemühen um ein tragfähiges Konzept der Einheit der Rechtsordnung ist kein kontingentes, sondern ein notwendiges.

All das zeigt die Virulenz des Systemdenkens auch in der Gegenwart. Das Postulat der Einheit ist keine Überwindung des Problems, es ist noch nicht einmal ein Update für die Problembearbeitung. Es ist nur eine Abschwächung von Formulierungen, die nicht mehr in den Zeitgeist passen. Dies zeigt schon ein Blick in die Rechtsprechung der Obergerichte. Charakteristisch ist dort, "dass die Formel von der Einheit der Rechtsordnung oft als begründungstragende Argumentationsfigur dient, dabei jedoch ebenso oft ungeklärt bleibt, welcher genaue Gehalt dieser Formel zukommt, worin sie selbst ihren Grund hat oder warum im konkreten Fall dieses oder jenes aus ihr zu folgern ist."[283] Und so "hofft man vergebens zu erfahren, was es mit diesem Begriff überhaupt auf sich hat. Manchmal fällt es nicht leicht, dem Eindruck zu entgehen, als würde der Begriff, zur feierlichen Verzierung dienend, geflissentlich eingestreut, um eine stimmungshebende und allem Zweifel enthobene Aussage über das Gesamt der Rechtsordnung zu treffen."[284] Auch das Postulat bleibt also rhetorische Fassade, welche die eigentliche Argumentation dem Blick entzieht und die Frage nach der wirklichen Rechtfertigung der Entscheidung erschwert.

Die Vergeblichkeit, zu der das Bemühen um das Konzept der "Einheit der Rechtsordnung" von vornherein verurteilt ist, spiegelt sich in der Heterogenität und Vielfalt der dafür entwickelten Vorstellungen.[285] Der hier wirksame Mechanismus kann auf den Punkt gebracht werden, dass in dem Moment, in dem diese Einheit als ein Bestimmendes veranschlagt werden soll, sie zu bestimmen ist und als ein Bestimmtes wiederum der Ableitung aus einem einheitlich Bestimmenden bedarf. Dies ist Auslöser der vielfachen Verschiebungen auf ein zentrales Moment, das die Geschichte des Konzepts kennzeichnet. Verzichtet werden kann

[281] *Baldus*, ebd., S. 13 f.

[282] In diesem Zusammenhang auch das Bemühen um eine "Kohärenz in der juristischen Interpretation". Siehe *Susanne Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, Baden-Baden 2000, S. 197 ff.

[283] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 19

[284] *Baldus*, ebd., S. 19. So auch dezidiert *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 231 f. für die Rede von der "Einheit der Verfassung".

[285] Für eine eingehende Kritik *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, S. 85 ff.

darauf nicht, solange man nicht offen legen will, dass sich die Einheit ins Beliebige verflüchtigt und bloße Begleitprosa darstellt.

Blickt man auf die Geschichte des Konzepts einer Einheit der Rechtsordnung zurück, so zeigt sich immer wieder der Preis, den die zu seiner Konstituierung notwendige Abstraktion und Idealisierung fordert. Je mehr diese in einem begrifflichen Systembau gelingt, desto mehr wird damit das gewonnene Ganze jenen Aufgaben entrückt, die es eigentlich erfüllen soll. Wenn man die gedachte Größe der letzten Einheit in einem wirklichen Fall anwenden will, wird das Konzept genau zu dem Problem, dessen Lösung zu sein es verspricht. "Wie sehr die Lösung des jeweiligen Problems von zusätzlichen Prämissen abhängt, die mit der schlichten Verweisung auf das Postulat der Einheit der Rechtsordnung längst noch nicht geklärt sind, wird besonders deutlich bei der Frage nach der Widerspruchsfreiheit und Lückenlosigkeit der Rechtsordnung. Die dem Staat zugedachte Funktion innerer Befriedung lässt deren Notwendigkeit zwar unmittelbar einleuchten, sie präjudiziert aber noch nicht die Regeln und Verfahren, mit denen Kollisionen aufzulösen und Lücken zu schließen sind. Vielmehr sind hierzu weitere dogmatisch-theoretische Annahmen erforderlich."[286]

Damit liegt der Gedanke nahe, die Probleme rechtlicher Konsistenz doch gleich ohne Umschweife über einen spekulativen Einheitsgedanken anzugehen. Diesen Weg gehen etwa das "Kohärenzmodell der Norminterpretation" bei Günther und Habermas[287] oder etwa der Rekurs auf "Kohärenz" als Kriterium der praktischen Rationalität bei Alexy und Peczenik.[288] Günther und Habermas bauen auf ihre Unterscheidung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs. Während für den ersteren "Gegenstand die Geltung von Normen ist", geht es im Anwendungsdiskurs "um ihre Angemessenheit". Genau dafür soll Kohärenz als Kriterium eintreten: "Die Kohärenz dient für sie als Kriterium für die Angemessenheit einer Norm in einer bestimmten Situation. Kommt es in einer Situation zu einem Konflikt zwischen zwei geltenden Normen, so kann die dritte Norm, die festsetzt, welche der beiden Normen in diesem Fall Vorrang vor der anderen hat, nicht mehr in einem Begründungsdiskurs, sondern nur noch – mit Hilfe des Kohärenzkriteriums – in einem Anwendungsdiskurs gerechtfertigt werden."[289] Die Merkmale, die dabei Kohärenz begrifflich auszeichnen, erinnern nicht von ungefähr an die überkommenen Bestimmungen der "Einheit der Rechtsordnung". Es sind dies die Konsistenz, die Umfassendheit und der positive Zusammenhang. Was soll also durch diese Refigurierung jenes alten Konzepts gewonnen sein? Wohl kaum mehr als eine zunächst auf den Stand analytischer

[286] *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutung einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995, S. 200.

[287] Siehe *Klaus Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der Juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20 (1989), S. 163 ff.; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, S. 265 ff.

[288] Siehe *Robert Alexy/Aleksander Peczenik*, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, in: Ratio Juris 3 (1990), S. 130 ff.

[289] *Susanne Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, Baden-Baden 2000, S. 102.

Philosophie[290] präzisierte Anweisung auf den Umgang mit normativen Kollisionen und Defiziten bei der Falllösung. Dies wird auch deutlich bei dem von Alexy und Peczenik vorgelegten Kohärenzmodell, das in eine "Vielzahl" von "Kohärenzkriterien" ausgefächert wird. Dabei fassen Alexy und Peczenik "die Kohärenz sowohl als eine Eigenschaft einer Menge von Aussagen als auch als eine Relation zwischen verschiedenen Aussagenmengen auf. So soll die Kohärenz einer Klasse von Aussagen einerseits von der Qualität ihrer Begründungsstruktur abhängen."[291] In der Antwort, die sie dann auf die Frage geben, woraus sich wiederum diese Qualität speist, begehen auch Alexy und Peczenik den Rückfall in die ebenso altbekannten Schwierigkeiten mit der Einheit der Rechtsordnung. Es sind dies Konsistenz und positiver Zusammenhang als konstitutive Merkmale von Kohärenz.[292] So gesehen hält sich in der Tat "die Brauchbarkeit des Kohärenzmodells der juristischen Interpretation [...] in engen Grenzen".[293] Das prinzipielle Dilemma eines Bezugs juristischen Entscheidens auf ein Ganzes von Recht wird damit jedenfalls nicht gelöst. Es wiederholt sich zunächst nur in analytischem Gewande, solange jedenfalls, wie die Einheit formal methodologisch statt praktisch konstruktivistisch begründet bleibt. Immerhin ist das Kohärenzmodell ein Schritt in die richtige Richtung einer holistischen Auffassung von Recht, indem es als "Anliegen der juristischen Interpretation" formuliert, "als ‚Recht' eine formal kohärente Menge von Sätzen auszuzeichnen, die gewissen Präferenzkriterien besser genügt als konkurrierende Satzmengen. Bei jeder Interpretation eines einzelnen Normsatzes steht – aufgrund des schwachen positiven Zusammenhangs der Sätze eines Rechtssystems – stets das gesamte System zur Debatte; Interpretation ist als ein 'holistisches' Unternehmen."[294]

Um diesen Hinweis praktisch nutzbar machen zu können, bedarf es allerdings weiterer Überlegungen, die nicht bei den klassischen Modellen der Rechtserkenntnis stehen bleiben dürfen, sondern ernst machen müssen mit dem Verständnis des Rechts als morphogenetischer, konfliktgetriebener, in bestimmte Verfahren kanalisierter Kommunikationsprozess.[295]

b. Vom Begriff zum Problem der Gerechtigkeit Der vertikale Holismus versteht die Gerechtigkeit als handhabbaren Maßstab. Die Begründung und ihre normative Anbindung lauten sowohl im Europarecht als auch im Verfassungsrecht ziemlich parallel. Ausgangspunkt ist das Verständnis der richterlichen Bindung als Herrschaft einer im Gesetz vorgegebenen Regel im Unter-

[290] Dazu die Darstellung bei *Bracker*, ebd., S. 16 ff.
[291] *Bracker*, ebd., S. 100.
[292] Auf die wissenschaftstheoretische Kritik von Raz "juristischen Kohärenzmodellen" sei hier nur verwiesen. Siehe *Joseph Raz*, The Relevance of Coherence, in: Boston University Law Review 72, 1992, S. 273 ff.; sowie zur Diskussion *Susanne Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, Baden-Baden 2000, S. 119 ff.
[293] *Bracker*, ebd., S. 244.
[294] *Bracker*, ebd., S. 244.
[295] Vgl. dazu *Niklas Luhmann*, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt am Main 1999, S. 92 ff.

schied zur Herrschaft von Menschen.[296] Die Gerechtigkeit als Begriff stellt die Herrschaft der Regel sicher.

aa. Der Begriff Recht als Gerechtigkeit Wann immer das Gesetz diese Regel nicht bereitstellen kann, soll "die Gerechtigkeit" eine objektive Grundlage richterlichen Sprechens sichern. Danach „haben Gesetzesbegriffe regelmäßig einen Bedeutungsspielraum. Diese Unschärfezone der Wortbedeutungen lässt sich zwar durch Auslegung methodisch einengen, ganz beseitigen lässt sie sich jedoch regelmäßig nicht. Auslegung ist (...) daher keine exakte Methode, sondern läuft häufig auf eine Entscheidung zwischen mehreren zur Diskussion stehenden Auslegungsgrundsätzen und Auslegungsmöglichkeiten hinaus. Diese Entscheidung ist legitimerweise davon bestimmt, welche der zur Wahl stehenden Auslegungsalternativen zu einer möglichst gerechten Lösung führt."[297] Die traditionelle Auffüllung des Rechtsbegriffs beginnt also mit einer scheinbaren Wendung gegen das Modell der Gegenstandserkenntnis, wonach „nicht ausschließlich 'positivistisch' gedeutet werden darf".[298] Es ist aus dieser Sicht „unrealistisch"[299], den Richter nur an das geschriebene Gesetz binden zu wollen: „Denn wie immer man sich zu diesem Begriff (des Rechts) stellen mag, so steht er doch in größerer Nähe zum Begriff der *Gerechtigkeit* als der Gesetzesbegriff. Gerechtigkeitsvorstellungen fließen aber naturgemäß mehr durch die *Rechtsprechung* als durch Verwaltung und Regierung in die Rechtswirklichkeit ein."[300] Zwischen den im Original hervorgehobenen Begriffen Gerechtigkeit und Rechtsprechung vermittelt hier nicht das Gesetz, sondern das Wort „naturgemäß", welches mit seinem unklaren Assoziationsfeld das Bild des salomonischen Richters gegen den gesetzesgebundenen Richter ausspielt.[301] Erneut wird hier mit dem Ablehnen des wirklich unrealistischen Erkenntnismodells in der Folge auch die Bindung an das geschriebene Gesetz verworfen. An dessen vakanter Stelle erscheint nun das Stichwort "Gerechtigkeit", das eine weitere, hinter dem Gesetz liegende Ordnung suggeriert und dem richterlichen Handeln die geforderten „neuen Halterungen"[302] geben soll: „Der Begriff 'Recht' in Art. 164 (neu Art. 220 EG) ist im umfassenden Sinne zu verstehen. Er kann

[296] Vgl. dazu *Paul Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Die Hochschullehre der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrg.), Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprechts-Carls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11 ff.

[297] *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997, S. 392 unter Bezug auf *Rainhold Zippelius,* Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., München 1994, S. 10.

[298] *Hans Holtkotten,* Art. 97 II 2 b, in: *Rudolf Dolzer u.a.,* (Hrg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 8, Art. 89-104, Stand März 2002.

[299] *Roman Herzog,* Art. 97, Rn. 5, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrg.), Grundgesetzkommentar, Bd. V, Art. 89-149, Stand Juli 2001.

[300] Ebd., vgl. allgemein zum Begriff der Gerechtigkeit *Gerhard Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1980.

[301] Vgl. dazu *Friedrich Müller,* 'Richterrecht', Berlin 1986, S. 122 f.

[302] *Rudolf Wassermann,* Art. 97, Rn. 50, in: *ders.* (Hrg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz. Band II: Art. 38-146, 2. Aufl., 1989.

nicht ausschließlich auf das Gemeinschaftsrecht bezogen werden. Vielmehr ist er Inbegriff der Gerechtigkeitsidee der abendländischen Verfassungskultur (...), die in den Gemeinschaftsverträgen wie in den staatlichen Verfassungen einen jeweils spezifischen Ausdruck gefunden hat, er greift über die geschriebenen Normen hinaus und verschmilzt die nationalen Rechtstraditionen."[303] Die in Art. 220 angesprochene Wahrung des Rechts wird damit zu einem Auftrag: „Dieser Auftrag ist denkbar weit angelegt und umfasst eben nicht nur die Auslegung des Rechts, sondern gleichermaßen auch die Wahrung des Rechts, die angesichts des unvollkommenen Regelungsbestandes im europäischen Gemeinschaftsrecht nur im Wege der Rechtsfortbildung sichergestellt werden kann. Anders als die historisch gewachsenen nationalen Rechtsordnungen, die über einen gesicherten Bestand gemeinsamer Rechtsüberzeugungen und Rechtsansichten verfügen, muss eine solche gefestigte Rechtsordnung auf Gemeinschaftsebene erst noch geschaffen werden. Die Gemeinschaftsverträge sind dynamisch, d. h. auf fortschreitende Entwicklung angelegt, so dass die Gemeinschaftsrechtsvorschriften notwendigerweise vielfach offen formuliert und auf spätere Entfaltung und Ergänzung angewiesen sind. Diese Aufgabe kommt zwar in erster Linie dem Gemeinschaftsgesetzgeber zu, sie wird aber vom EuGH wahrgenommen, sofern der Gesetzgeber diesem Auftrag nicht nachkommt. Der EuGH kann und darf sich dieser Aufgabe im Rahmen der bei ihm zur Entscheidung anstehenden Rechtsstreitigkeiten nicht entziehen, will er sich nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aussetzen und damit seinen Auftrag, die Wahrung des Rechts zu sichern, missachten."[304]

Methodisch und dogmatisch ist diese Interpretation des Art. 220 EG nicht überzeugend. Es kann schwerlich angenommen werden, dass hier dem Begriff des Rechts ein so weitreichender Inhalt unterstellt werden sollte. Denn ein solcher über die positiven Gesetze hinausgehender Begriff der Gerechtigkeit würde als holistisches Konzept die spezifisch europarechtliche Systematik der primärrechtlichen Bindungen richterlichen Handelns ganz auflösen. Weil die Gerechtigkeit gerade nicht als holistisches Konzept handhabbar ist, läuft sie in der Praxis auf eine Ermächtigung[305] der jeweils letzten Instanz der Handlungskette zu einer unvermeidlich subjektiv willkürlichen Definition der Gerechtigkeit hinaus. Die den Richter verpflichtende inhaltliche Größe wäre damit mit der letztendlichen Zuständigkeit zu ihrer Definition gleichgesetzt.

Die Aufforderung an die Gerichte, unter Zugriff auf die Gerechtigkeit zu judizieren, wird unter der Geltung des Grundgesetzes mit Art. 20 Abs. 3 GG und der darin enthaltenen Wendung "Gesetz und Recht" begründet.

[303] *Ingold Pernice,* Art. 164, Rn. 7., in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf* (Hrg.), Das Recht der Europäischen Union, Altband II, Art. 102a - 248 EGV (Maastricher Fassung), Stand Oktober 1999, 2000.

[304] *Klaus-Dieter Borchardt*, Art. 164, Rn. 21, in: *Hans von der Groeben/Jochen ThiersingIClaus-Dieter Ehlermann* (Hrg.), Kommentar zum EU-, EG-Vertrag, Bd. 4: Art. 137-209a EGV, 1997.

[305] Vgl. *Friedrich Müller*, 'Richterrecht', Berlin 1986, S. 118 f.

Tatsächlich ist diese Regelung, welche keinen eigentlichen Vorläufer kennt,[306] aus der Erfahrung des nationalsozialistischen Unrechts heraus zu verstehen.[307] Nachdem die Norm zunächst Ansatzpunkt für weitgehende naturrechtliche Spekulationen war,[308] wurde sie nach Konsolidierung der Bundesrepublik in ihrer Interpretation abgeschwächt. An die Stelle einer die Gesetzesbindung aushöhlenden naturrechtlichen Interpretation trat als Gegengift zunächst die Auslegung von Recht als Gewohnheitsrecht.[309] Die Systematik lässt ein solches Verständnis zu.[310] Es ist allerdings wenig wahrscheinlich, dass sich die Funktion dieser Wendung darin erschöpft. Denn die allgemein anerkannte Bindungswirkung des Gewohnheitsrechts bedarf keiner Hervorhebung an einer solch zentralen Stelle der Verfassung, wie sie Art. 20 darstellt.[311] Als weitere Funktion des Art. 20 Abs. 3 GG wird deswegen häufig die Anordnung einer Bindung an Präjudizien gesehen.[312] Gegen dieses Verständnis wird eingewandt, dass dem kontinental-europäischen Rechtskreis eine Bindung an richterliche Präjudizien fremd sei.[313] Tatsächlich muss bei der Bindung an Vorentscheidungen eine normtextähnliche Bindung von einer argumentativen Bindung unterschieden werden. Eine Bindung als Normtext kann durch bessere Argumente nicht überwunden werden, eine argumentative Bindung dagegen schon. Unter der Geltung des Grundgesetzes kommt natürlich nur eine argumentative Bindung von Präjudizien in Betracht. Daraus wird nun folgende Kritik abgeleitet: "Deutet man den Ausdruck Recht in Art. 20 Abs. 3 GG als Präjudiz, müsste man zudem im Grunde eine unbedingte Bindung annehmen, ansonsten ließe die Norm den Richter im Unklaren über den jeweiligen Bindungsumfang."[314] Diese Kritik überzeugt allerdings nicht. Art. 20 Abs. 3 unterscheidet gerade Gesetz und Recht. Wenn man Recht danach als konkretisiertes Gesetz versteht, bleibt für eine Unterscheidung im

[306] *Birgit Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003, S. 27 ff.

[307] *Hofmann*, ebd., S. 56 m. w. N. sowie *Klaus Kröger*, Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 21 (25).

[308] Vgl. dazu *Heinrich Lau*, Naturrecht und Restauration. Zur Kritik eines Legitimationsmusters in Justiz und Rechtstheorie der Nachkriegszeit, Egelsbach 1994.

[309] *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 195; *Detlef Merten*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: DVBL 1975, S. 678 ff. (680); weitere Nachweise bei *Birgit Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003, S. 136, Fn. 105.

[310] Allerdings ist es nicht zwingend, vgl. *Hauke Witthohn*, Gewohnheitsrecht als Eingriffsermächtigung, Baden-Baden 1997, S. 141 f. und 173 sowie *Birgit Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003, S. 120 ff.

[311] Vgl. *Birgit Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003, S. 138.

[312] *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts, Band 4, Tübingen 1977, S. 336 ff.; *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967, S. 243; *Bernd Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968, S. 427. Kritik bei *Rainer Riggert*, Die Selbstbindung der Rechtsprechung, Berlin 1993, S. 23 ff.; *Günther Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richtergesetz, 4. Auflage, § 25 DRiG, Rn. 13; *Michael Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, Tübingen 1997, S. 461 ff. u. 517 ff.

[313] *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 430; *Günther Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richtergesetz, 4. Auflage, § 25 DRiG, Rn. 13; *Eduard Picker*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 2, in: JZ 1988, S. 62 ff. (72 ff.).

[314] *Birgit Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003, S. 194.

Bindungsmaßstab durchaus Raum.

Die Schwierigkeiten der bisherigen Interpretation von Art. 20 Abs. 3 zeigen, dass es keinen Sinn macht, die Wendung "Recht" im Rahmen des herkömmlichen Modells eines vertikalen Holismus zu interpretieren. Das Recht ist ebenso wenig wie das Gesetz ein der Erkenntnis vorgegebenes Ding. Erst im Rahmen eines Modells richterlicher Rechtserzeugung kann die Unterscheidung von Gesetz und Recht als Hinweis auf die verschiedenen Konkretisierungsstufen innerhalb der rechtstaatlichen Textstruktur verstanden werden. Das Gesetz als Normtext muss vom Richter zur Rechtsnorm konkretisiert werden. Die Bewegung von der abstrakten Stufe des anordnenden Textes zur konkreten Stufe des anordnenden Textes wird erschwert durch die Notwendigkeit, beide Stufen durch einen rechtfertigenden Text zu verbinden: die richterliche Begründung. Innerhalb der Begründung kann sich dann die argumentative Bindung durch die Vorentscheidung als schon zu Recht konkretisiertes Gesetz vollziehen.

Dieser Sicht wird vorgeworfen, dem Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 wenig eigenständigen Sinngehalt beizumessen.[315] Sie laufe auf eine Gleichsetzung von Gesetz und Recht hinaus, welche den überschießenden Sinngehalt der Wendung Recht und seine gegen gesetzliches Unrecht gewendete appellative Funktion verkenne. Eine Gleichsetzung von Gesetz und Recht erfolgt aber gerade nicht, wen man beide als unterschiedliche Stufen in der rechtstaatlichen Textstruktur versteht. Wie steht es aber um die appellative Funktion?

bb. Gerechtigkeit und Legitimität Die Vertreter einer Gleichsetzung von Gesetz und Recht wenden sich gegen das naturrechtliche Verständnis des Rechts als höherem, dem Gesetz übergeordneten Erkenntnisgegenstand: "Die Tautologien machen geltend, dass Gesetz und Recht unter der Geltung des GG dasselbe bedeuten und miteinander versöhnt erscheinen, da die Verfassungsordnung selbst genügend Sicherungen für eine materiell verstandene Gerechtigkeit bietet. Für die Verwirklichung von Gerechtigkeit sorgen u. a. die Verankerung der Menschenwürde sowie das Bekenntnis zu den Menschenrechten in Art. 1 GG, der durch Art. 79 Abs. 3 GG besonderen Änderungsschutz besitzt, der Grundrechtskatalog einschließlich der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG und darüber hinaus unter prozeduralem Aspekt die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens und die Möglichkeit der Normenkontrolle. Mit Blick auf die genannten grundgesetzlichen Vorkehrungen wird vertreten, dass unter der Geltung des GG Legalität Legitimität indiziert."[316] Tatsächlich spricht gegen eine rein tautologische Interpretation der Gleichsetzung von Recht und Verfassung, dass Legitimität kein statischer Begriff ist. Sie ist nicht ein Zustand, den eine Rechtsordnung ein für alle Mal erreicht. Vielmehr ist Legitimität ein dynamischer Begriff, der anzeigt, dass es einer legalen (also tatsächlich funktionierenden) Rechtsordnung gelingt, das Problem der Gerechtigkeit diskursiv offen zu halten.

Der Unterschied zwischen natürlicher und künstlicher Intelligenz liegt darin,

[315] *Hofmann*, ebd., S. 193.
[316] *Hofmann*, ebd., S. 133.

dass diese diskrete Daten und damit eine Verfügbarkeit des neuesten Wissenshorizonts braucht. Natürliche Intelligenz kann dagegen auch unter der Vorgabe eines vagen und defizitären Horizonts im Sinn einer Fluchtlinie funktionieren. Wenn nun diese Fluchtlinie in einer endgültigen Definition formuliert ist, wird die Rechtsordnung totalitär geschlossen, ihre Legitimität ist verspielt. Man kann das Recht als entwicklungsoffenes Gebilde nicht auf ein einziges Sinnzentrum hin reduzieren, um es als Totalität handhabbar zu machen.

Den Gerichten ist dies vollkommen klar. Deswegen hat es der EuGH immer abgelehnt, Gerechtigkeit als vorhandenes Prinzip zu definieren. Das Gericht hat stets hervorgehoben, dass „das Gemeinschaftsrecht keine Rechtsgrundlage (...) aus Billigkeitsgründen enthält.“[317] Auch hat der EuGH immer wieder daran erinnert, dass er „das Bestehen eines allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes objektiver Unbilligkeit bereits verneint hat.“[318] Man muss mit dem EuGH davon ausgehen, dass „das Gemeinschaftsrecht keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz kennt, nach dem eine geltende Vorschrift des Gemeinschaftsrechts von einer innerstaatlichen Behörde nicht angewandt werden kann, wenn diese Vorschrift für den Betroffenen eine Härte darstellt, die der Verordnungsgeber der Gemeinschaft erkennbar zu vermeiden gesucht hätte, wenn er bei der Normsetzung an diesen Fall gedacht hätte.“[319]

Trotzdem taucht der Gerechtigkeits- oder Billigkeitstopos in der Rechtsprechung des EuGH auf. Allerdings nicht in verdinglichter Weise. Wenn der Gerichtshof ein mit Hilfe der Canones bereits begründetes Ergebnis an der Gerechtigkeit nur noch bestätigt, verfügt er nicht über den Begriff der Gerechtigkeit: „Zu den vorstehend dargelegten Gesichtspunkten tritt noch ein weiterer entscheidender Grund hinzu, nämlich der Umstand, dass die vollständige Befreiung von nationalen Steuern unerlässlich ist, um die Gleichheit der Gehälter im Verhältnis zwischen Beamten verschiedener Nationalität zu gewährleisten. Es wäre in höchstem Maße ungerecht, wenn zwei Beamte, für die das Gemeinschaftsorgan dasselbe Bruttogehalt festgesetzt hat, unterschiedliche Nettogehälter bezögen.“[320] Ansonsten ist das Gerechtigkeits- oder Billigkeitsargument[321] ein Anreiz für weitere Argumentation. Wenn der Aspekt der Gerechtigkeit das bisher erarbeitete Ergebnis nicht bestätigt, dann bedarf es eben zusätzlicher Argumente. ”Die Gerechtigkeit” wird aber nicht selbst zum entscheidenden Argument.

[317] EuGH Slg. 1977, 1177 ff. (1189), Balkan-Import-Export/Hauptzollamt Berlin-Packhof.
[318] EuGH Slg. 1990, I-2681, Hoche/BALM.
[319] EuGH Slg. 1985, 3663 ff. (3690), Neumann/Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung.
[320] EuGH Slg. 1960, 1163 ff. (1196 f.), Humblet/Belgien.
[321] Vgl. als weitere Nachweise dieses Arguments EuGH Slg. 1964, 937 ff. (986), Colotti; EuGH Slg. 1969, 1 ff. (15), Wilhelm/Bundeskartellamt; EuGH Slg. 1972, 1281 ff. (1290), Boehringer/Kommission; EuGH Slg. 1978, 169 ff. (179), Lührs/Hauptzollamt Hamburg-Jonas; EuGH Slg. 1976, 153 ff. (159), Süddeutsche Zucker/Hauptzollamt Mannheim; EuGH Slg. 1982, 749 ff. (763), Alpha Steel/Kommission.

cc. Gerechtigkeit als Problem des Rechts Ausgangspunkt des Rechts ist der Konflikt.[322] Dieser beginnt als Widerstreit, das heißt, als praktischer Konflikt ohne Erklärung außerhalb von Rechts- und Tauschverhältnissen: "Was diesen Zustand anzeigt, nennt man normalerweise Gefühl. ‚Man findet keine Worte' usw."[323] Streng genommen kann man ihn nur in der ersten Person formulieren, in der dritten wäre er schon objektiviert: "Der Widerstreit ist der instabile Zustand und der Moment der Sprache, in dem etwas, das in Sätze gebracht werden können muss, noch darauf wartet."[324]

Aus dieser Situation erwächst das Problem des Rechts: "Jedes Unrecht muss in Sätze gebracht werden. Eine neue Kompetenz (oder Klugheit) muss gefunden werden."[325] In die erste Person wird damit eine objektivierende Instanz eingeführt, welche zwischen den beiden Konfliktparteien vermitteln soll.

Wie man heute weiß, lässt sich die Grenze eines Systems innerhalb seiner selbst nicht formulieren, ohne als Grenze aufzuhören.[326] Dies macht den Auftrag des Rechts, das vom Kläger gefühlte Unrecht zu formulieren, so schwierig: "Syntax und Vokabular der Sprache des Rechts sind bekanntlich jeweils begrenzt, jedenfalls explizit und streng geregelt. Ich muss ein Unrecht, von dem ich meine, dass es mir widerfahren sei, rechtlich namhaft machen und als Normverletzung darstellen können, andernfalls ist es nicht justiziabel; d. h. es ist rechtlich nicht existent. Nun ist jede wirkliche Sprache des Rechts (Syntax und Vokabular, Verfahrensregeln und Tatbestandsmerkmale) 'gesetzt'. Gewöhnlich ist sie durch die Herrschenden gesetzt, oder sie haben sie sich jeweils durch Auslegung angeeignet. Zwangsläufig werden dabei aber denkbare Tatbestände ausgegrenzt, weil sie in der Sprache des geltenden Rechts (hier und heute) nicht darstellbar sind. Wenn nun ein Konflikt unter dem Gesetz zur Entscheidung ansteht, d. h. vor Gericht verhandelt wird, dann wird wohl nach den Regeln der geltenden Grammatik des Rechts argumentiert, und zwar über alles, was das Gesetz als mögliche Tatbestände zu erfassen erlaubt, nicht aber über das Gesetz selbst. So wird am Ende ein Konsens hergestellt, der dem Gesetz Genüge tut, unabhängig von der Frage, ob er dem Anliegen der Parteien 'gerecht' wird."[327] Das Unrecht bleibt also als Gegenüber des Gesetzes erhalten.

Es stellt sich die Frage, ob damit nicht die Möglichkeit einer begründeten Rechtsentscheidung verloren geht. Ohne den letzten Grund eines Gerechtigkeitsbegriffs, der das Unrecht endgültig fixiert, könnte das Recht zum amorphen Patchwork ohne totalisierende Effekte werden. Eine Gesellschaft, in der sich auf Grund der Abwesenheit von Fundamenten nichts regeln lässt, wäre eine

[322] *Niklas Luhmann*, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt am Main 1999, S. 92 ff. m. w. N.
[323] *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, Frankfurt am Main 1987, S. 33.
[324] *Lyotard*, ebd., S. 33.
[325] *Lyotard*, ebd., S. 33.
[326] Vgl. dazu *Ernesto Laclau*, Subjekt der Politik, Politik des Subjekts, in: *ders.*, Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 79 ff. (85 u. 87); *ders.*, Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?, in: *Laclau*, ebd., S. 65 ff. (66).
[327] *Tilmann Borsche*, Mit dem Widerstreit leben, in: Dialektik 2001, S. 19 ff. (25).

Gesellschaft ohne Recht. Aber auch umgekehrt wäre eine Gesellschaft, in der sich aus dem letzten Grund des Gerechtigkeitsbegriffs alles herleiten lässt, eine Gesellschaft, in der alles schon vorentschieden wäre. Darin zeigt sich, dass es gerade die Leerstelle[328] der Gerechtigkeit ist, welche die Begründung von Recht ermöglicht. Der Begriff rückt damit vom Grund in den Horizont. Erst das Fehlen des letzten Grundes ermöglicht die Begründung von Entscheidungen.

So wird das Recht zum Enthymem.[329] Der letzte Obersatz fehlt. Und doch müssen ständig unzulängliche Stellvertreter formuliert werden. Gerechtigkeit ist damit nicht mehr als die immer wieder eröffnete Möglichkeit, den Widerstreit auszutragen. Als Ziel sowohl unerreichbar, als auch unverzichtbar, ermöglicht sie den Weg des Rechts. Die über das Gesetz erfolgende Unterscheidung von Recht und Unrecht ist damit niemals endgültig. Dies ist die appellative Funktion der Wendung Recht in Art. 20 Abs. 3 GG. Sie ist der Stachel, welche die praktische Rechtsarbeit darauf aufmerksam macht, dass die Legitimität einer Rechtsordnung niemals ein endgültig erreichbarer Zustand ist.

Mit dem Übergang vom vertikalen und epistemischen Holismus zum horizontalen und praktischen Verständnis der Einheit der Rechtsordnung ergeben sich auch Konsequenzen für die Frage der Gerechtigkeit. Erst mit der Sicht der Rechtsordnung als praktisches Netzwerk wird die Komplexität der Gerechtigkeit wirklich sichtbar. Solange man glauben konnte, über das Zentrum des Rechts begrifflich zu verfügen, war eine Lösung des Problems der Gerechtigkeit als Algorithmus denkbar. Tatsächlich wäre eine solche Entscheidung aber das Gegenteil von gerecht: „Eine Entscheidung, die sich nicht der Prüfung des Unentscheidbaren unterziehen würde, wäre keine freie Entscheidung, sie wäre eine programmierbare Anwendung oder ein berechenbares Vorgehen. Sie wäre vielleicht rechtens, nicht aber gerecht. (…) Wie es scheint, kann man niemals sagen, dass eine Entscheidung jetzt, im gegenwärtigen Augenblick vollkommen gerecht ist: entweder hat man sich noch nicht entschieden und dabei eine Regel befolgt (nichts erlaubt uns in diesem Fall zu sagen, die Entscheidung sei gerecht) – oder man hat schon eine Regel befolgt – empfangen, bestätigt, erhalten, wieder erfunden –, die ihrerseits nicht absolut verbürgt werden kann; wäre diese Regel eine verbürgte Regel, wäre also die Entscheidung eine verbürgte Entscheidung, so hätte sie sich in ein Berechenbares verwandelt und man könnte wiederum nicht sagen, sie sei gerecht.“[330]

[328] Vgl. dazu *Ernesto Laclau*, Jenseits von Emanzipation, in: *ders.*, Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 23 ff. (40 ff.).

[329] Zur Funktion des Enthymems siehe *Thomas-Michael Seibert*, Gerichtsrede: Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs, Berlin 2004, S. 81 f.: "Das Gesetz ist niemals komplett, so sehr es in einer Begründung auch beschworen werden mag. Es steuert latent das Verständnis dessen, was sich ereignet hat. Dafür ist das Enthymem die passende Darstellungsform. Durch bloße Andeutung der Norm werden außerdem sowohl die Tautologie der gesetzlichen Namensgebung wie auch die Gewalt seiner Setzung verhüllt, verdrängt oder einfach nur weiterhin im Hintergrund belassen. Namensgebung, Ereignisbericht und enthymematischer Normverweis – diese drei rhetorischen Leistungen überzeugen, soweit sie auf die Frage nach dem Rechtszeichen antworten, und wer darauf antworten kann, hat Enthusiasmus."

[330] Vgl. dazu *Jacques Derrida,* Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, Frank-

Nachdem die klassische Auffassung überwunden ist, werden zwei Dinge sichtbar: Erstens, dass die Gerechtigkeit eben kein zuhandener Maßstab, sondern ein insistierendes Problem ist. Zweitens, dass die alltäglichste technische Regelung plötzlich auf ihrer Textoberfläche von der Frage der Gerechtigkeit durchschnitten werden kann. Das heißt, Gerechtigkeit wird von der vertikalen Deduktionsgrundlage zum praktischen Problem: „Wenn die positive Herstellung von Gerechtigkeit im Verhältnis von Kommunikation zu Menschen definitiv unmöglich ist, dann bleibt, wenn man sich nicht auf einen poststrukturalistischen Kquietismus einlassen will, nur ein second best. Man wird sich in der Rechtskommunikation damit zufrieden geben müssen, dass das System/Umwelt-Problem nur über die unzulänglichen Sensoren von Irritation, Rekonstruktion und re-entry erfahrbar ist. Die Tiefendimension von kommunikativ menschlichen Konflikten kann vom Recht allenfalls erahnt werden. Und als Richtungsangabe bleibt nur das juridische Verbot, mit dessen Hilfe eine Selbstbegrenzung der Kommunikation möglich erscheint. Aber auch dieses Verbot kann die Transzendenz des Anderen nur als Gleichnis beschreiben. Dies ist ein letztlich zum Scheitern verurteiltes Gerechtigkeitsprogramm, das sich gerade nicht mit Derrida damit trösten kann, dass es ‚im Kommen' ist, sondern wissen muss, dass es prinzipiell unmöglich ist. Die Gerechtigkeit der Menschenrechte kann dann allenfalls negativ formuliert werden. Sie ist auf Beseitigung ungerechter Zustände, nicht auf Perfektion gerechter Zustände, gerichtet."[331]

c. Von der Einheit zur Intertextualität Wenn jeder Versuch, die Einheit des Rechts als Text zu fixieren, bereits im Moment der Bezugnahme auf die "Einheit" desavouiert wird, und die Bedeutungsbestimmung in praktischen Kommunikationsprozessen situativ erfolgt, erhält die Frage der Rechtseinheit eine bislang in der Rechtstheorie nicht problematisierte Rahmung. Einheit kann man nicht im Wege der spekulativen Rechtserkenntnis auffinden, sondern man muss sie praktisch in der Argumentation herstellen. Dadurch kann das Problem der Einheit reformuliert werden als relative Kohärenz durch Vernetzung. Dieser Prozess einer Präzisierung der Problemstellung wird unterstützt und bestätigt durch die gegenwärtigen Veränderungen in der medialen Infrastruktur des Rechts. Denn die Bedingungen juristischen Arbeitens haben sich in den letzten zwei Jahrzehnten still aber grundlegend verändert. Waren Juristen jahrhundertelang ausschließlich über Büchern und Akten gebeugt und mit deren Auslegung beschäftigt, sitzen sie heute vor Computern und haben per Mouseklick Informationen zur Verfügung, für die sie früher lange Wege in der Bibliothek zurücklegen mussten. Lexisnexis[332], juris[333], elektronische Zeitschriftendatenbanken etc.: Mit dem Übergang von der Arbeit am Buch zur Arbeit am

furt am Main 1991, S. 49 f. Dazu auch *Stefan Zenklusen,* Adornos Nichtidentisches und Derridas différance, Berlin 2002, S. 106 ff.

[331] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E., bei Fn. 73 und 74.

[332] www.lexisnexis.de.

[333] www.juris.de.

"Hypertext" wird die Vorstellung des Rechts als geschlossene Sinneinheit unplausibel. Die Sinnmitte des Buches löst sich in eine Vielzahl von Verknüpfungen auf. Der Text wird vom Leser aktiv hergestellt, indem er den Verweisungen von Rechtstexten auf Rechtstexte nachgeht. Auch die Fiktion einer dem Recht vorgegebenen homogenen Wertordnung ist infolge der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung und des damit verbundenen Pluralismus unplausibel. Schließlich wird auch die herkömmliche Einheit der Rechtsordnung ganz praktisch in Frage gestellt durch Überlagerungen mit trans-, inter- und supranationalem Recht, so dass klare Grenzen im Prozess der Globalisierung nicht mehr gezogen werden können.

Insgesamt hat sich damit die beschützende Werkstatt aufgelöst, in der sich die Rechtserkenntnis bisher vollzogen hat. Die Stille der Kontemplation verschwindet im Lärm der Argumente. Für die Praxis ergeben sich daraus vollkommen neue Probleme und damit auch der Bedarf für Reflexion.

Es stellt sich hierbei die Frage, ob mit dem Umkippen des Ganzen in die Horizontale nicht jede Struktur verschwindet. Kann man das Ganze, wenn man es nicht mehr hierarchisch denkt, noch handhaben? Erste Voraussetzung für die Lösung dieser Problematik ist, dass man das Konzept der Einheit zum Konzept der Intertextualität präzisiert. Die herkömmliche Theorie setzt mit der Einheit ein statisches und inoperables Modell von Intertextualität voraus. Es ist das Modell eines durch Schienen geordneten Nahverkehrs zwischen Zentrum und Peripherie.

Der klassischen Lehre der Grundrechte und ihrer (mittelbaren) Drittwirkung liegt die Vorstellung eines linear geordneten Textes zugrunde, der klar definierte Einbruchsstellen bei den Generalklauseln hat, die sich dann für Texte einer höheren Hierarchie öffnen. Intertextualität und Interlegalität werden damit reduziert auf einen klar geordneten Grenzverkehr. Der eigentliche Bedeutungsträger ist das Ganze der Rechtsordnung. Von dort her wird über vorgeordnete Schienen dem Einzelnen seine Bedeutung zugewiesen. Die sich immer wiederholende Schwierigkeit liegt darin, dass man über das Ganze verfügen müsste. Sein Inhalt kann aber nur behauptet, nicht argumentiert werden, weil er sonst einfach zu einem der vielen Elemente des Ganzen wird. Das Konzept von Intertextualität der herrschenden Meinung ist statisch und nicht operational.

Das zeigt sich klar unter den Bedingungen hypertextueller Rechtsarbeit. Der Holismus wird jetzt durch praktische Verknüpfungsmöglichkeiten operational, aber er verliert die vorgeordnete Hierarchie und das sichere Zentrum. Der Hypertext besteht nicht aus einem einheitlichen, sukzessive zu rezipierenden, eben linearen Text: er ist ein Konglomerat bzw. ein Komplex von Texten, die durch Referenzverknüpfungen verbunden sind.[334] Es geht also um einen medial bed-

[334] *Sven F. Sager*, Intertextualität und die Interaktivität von Hypertexten, in: *Josef Klein/Ulla Fix* (Hrg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität, Tübingen 1997, S. 109 ff. (116).

ingten Umbruch der Intertextualität, der das kulturelle Prozessieren von Sinn betrifft.

Wenn man Recht heute als Hypertext begreift, verschiebt sich das Problem einer holistischen Semantik im Recht. Im Hypertext wird das Ganze zum Horizont, den man nur praktisch bearbeiten kann, ohne seinen Inhalt definieren zu können. Die von der Metaphysik des Buches vorausgesetzte objektive Textbedeutung als strukturierte Totalität verschwindet. Denn "Hypertext besteht nicht mehr aus einem einheitlichen sukzessive zu rezipierenden, eben linearen Text, sondern aus einem Konglomerat oder Komplex von Texten, zwischen denen sogenannte Referenzverknüpfungen (links) bestehen."[335] Dennoch markiert der Übergang zu der Realisierung von Text in hypertextuellen Verhältnissen vor allem des Internet und der elektronischen Medien keinen vollständigen Bruch. Vielmehr kehrt der Hypertext nach außen, was im Innern von Text eigentlich immer schon rumorte. Das ändert indes nichts daran, "dass wir an der Schwelle zu einer neuen medialen Kulturstufe stehen, mit der die Prinzipien und Verfahren einer medialen Erschließung von Wirklichkeit durch Konzepte von Hypertext und Intertextualität neu organisiert werden."[336] Das Verhältnis ist also eines des medial bedingten Umbruchs in jener Intertextualität, die das kulturelle Prozessieren von Sinn überhaupt ausmacht. Hypertext besteht aus einer vorab nicht absehbaren Fülle von in sich weitestgehend autonomen Einheiten, die nur ein loses Gespinst von Segmenten bilden. Damit ist Hypertext zugleich modular. Modular heißt, dass Hypertext ein Netzwerk darstellt, dessen Knoten multimediale Gehalte darstellen, und dessen Kanten, Fäden durch Verknüpfungen, Links realisiert sind. Diese Verknüpfungen existieren nur aktuell im Moment des Erscheinens von Hypertext. Sie sind nicht zwingend, sondern können jederzeit aufgelöst und neu gezogen werden. Damit fallen die Knoten in eine neue Konstellation zusammen. In diesem Sinne gibt es eigentlich auch nicht Hypertext. Es bietet sich vielmehr in jedem Moment lediglich als eine Hypertextbasis dar. Anhand dieser muss Hypertext immer wieder erst durch die kompositorisch semantisierenden Aktivitäten seines Betrachters, durch Transformieren und Kommentieren zu einem flüchtig momentanen Ganzen kompiliert werden. Die Knoten, die die einzelnen Gebilde durch Verknüpfungen zu einem Text verweben, müssen immer wieder neu geschnürt werden. Eine Strukturierung, gar eine Linearisierung verdankt sich nur dem Moment der Lektüre.[337] Die Links, die Hypertext zum flüchtigen Gespinst im Moment der ihn produzierenden Lektüre verweben, ergeben sich nicht aus ihm. Schon gar nicht sind sie von ihm vorbedeutet. Links müssen gesetzt werden. Sicher, derjenige, der die diversen Textualitäten, pages, darbietet, vermag damit Pfade vorzuzeichnen. Ob, von wem und vor allem wie diese beschritten werden, lässt aber auch der Link als bloße Wegmarke, als Potenzial dahingestellt. Der Hypertext macht damit sicht-

[335] *Sager*, ebd., S. 116.

[336] *Sager*, ebd., S. 109.

[337] Siehe auch *Ernest W. B. Hess-Lüttich*, Text, Intertext, Hypertext. Zur Texttheorie der Hypertextualität, in: *Jürgen Söring/Reto Sorg* (Hrg.), Androïden. Zur Poetologie der Automaten. 6. Internationales Neuenburger Kolloquium 1994, Frankfurta am Main 1997, S. 53 ff.

bar und explizit, was vorher implizit war, nämlich die Verweisungsstruktur des Sinnes als Potential einer Vielzahl von Verweisungen.

Es wandeln sich die "menschlichen Verfahren zur Konstitutierung von Umwelt und Wirklichkeit", die Kultur ausmachen.[338] Das besondere am Hypertext gegenüber den ihm vorangegangen Kulturzuständen ist nun, dass mit ihm als Medium ein kultureller Zustand erreicht wird, "bei dem sowohl die Textspeicherung wie die Intertextualität zu anderen Texten der Kultur externalisiert werden. So wie der Barde alle wichtigen Texte seiner Kultur mental, die Bibliothek textual bereit gehalten hatte", so hält der Hypertext sämtliche relevanten Texte samt ihren möglichen Relationsstrukturen parat und kann die Intertextualität konkret realisieren, indem er die verschiedenen verknüpften Texte gleichzeitig zur Verfügung stellt.[339] Das Ganze wird damit operational.

Genau dies war auch die Vision des Schöpfers des Ausdrucks Hypertext, Thomas H. Nelson. Sein Ziel war nichts Geringeres als "die Verwaltung des gesamten Weltwissens über ein riesiges, computerunterstütztes Begriffsnetz, das den Zugriff auf die entsprechenden informationellen Einheiten gestattet. Durch die Möglichkeit der simultanen und kollektiven Bearbeitung eines Dokuments soll der tendenzielle Gegensatz zwischen Autor und Leser aufgehoben werden."[340] Nelson definiert daher Hypertext als nicht-linearen Text.[341]

Wenn Recht als Hypertext charakterisiert werden kann, dann treibt das "Gesetzbuch" lediglich einen Etikettenschwindel. Wer "das" Gesetzbuch – im Singular – sucht, muss zum Berg Sinai reisen. Und selbst dort wird man ihn belehren, dass der heilige Text in der *halakhah* mittels Interpretationstechniken wie der *s'warah* ein zukunftsoffenes, änderbares positives Recht geworden ist, in dem Texte auf Texte verweisen. Gesetzbücher sind nicht mehr als Kollektionen stark modularisierter Segmente, Paragraphensammlungen eben. In den Normtexten sind die einzelnen Gliederungsteile bis auf die Satzebene herunter immer für sich allein verständlich, da keine Kohäsion zu benachbarten Abschnitten besteht.[342] Ihre Produktion unterliegt permanenten Verschiebungen, Novellierungen, Ergänzungen und Tilgungen, ohne dass dem Gesetz als einem solchen etwas Einschneidendes geschieht. Das erfährt man mit jeder neuen Ergänzungslieferung zur Loseblattsammlung.

Der kleine Grenzverkehr zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht, welche der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als Vorstellung zu-

[338] Vgl. *Sven F. Sager*, Intertextualität und die Interaktivität von Hypertexten, in: *Josef Klein / Ulla Fix* (Hrg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität, Tübingen 1997, S 109 ff. (110).

[339] Vgl. *Sager*, ebd., S. 121.

[340] *Rainer Kuhlen*, Hypertext – Ein nichtlineares Medium zwischen Buch und Wissensbank, Berlin 1991, S. 219.

[341] *Thomas Holms Nelson*, Getting it out of our System, in: *George Schecter* (Hrg.), Information retrieval: a critical view. Washington 1967, S. 191 ff. (195).

[342] *Frank Krüger*, Nicht-lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche, Abschn. 511a Modularisierung, http://www.jura.uni-sb.de/dissertationen/krueger/diss-511a.html.

grunde liegt, wird für die Arbeit unter den heutigen medialen Bedingungen viel zu eng. Das Verknüpfen von Texten kehrt den Grundzug der Intertextualität[343] und der Interlegalität hervor, der im Hypertext besonders offensichtlich wird.

In seiner Bedeutung ist ein Text nicht mehr als der momentan durch die Lektüre festgeschriebene, semantische Schnittpunkt einer Fülle von Texten, die gewissermaßen in ihm als Brennpunkt kumulieren. Der Text versammelt in sich ein "Konglomerat von Wissenssystemen und kulturellem Code",[344] welche die Lektüre aufzunehmen hat. Text ist also lediglich eine Momentaufnahme im Fluss der jeweiligen Kultur. Dies gilt nicht nur für Literatur, vielmehr ist dies ein Grundzug von Textualität überhaupt. Texte sind Knoten, momentan geknüpft in das Gewebe der Produktion und Emergenz von Sinn. "The text is not an autonomous or unified object, but a set of relations with other texts."[345]

Mit dem elektronischen Zeitalter und den neuen Medien hat ein Wechsel vom Buch zum Bildschirm stattgefunden. Durch den allem Sinn gegenüber gleichgültigen binären Code hat auch das Alphabetische und Ikonische als Leitmedium ausgedient. Text ist alles, was aufleuchtet und im nächsten Frequenzmoment des Bildaufbaus schon wieder verflimmert ist zu neuerlicher Anzeige. Die dauernde Bewegung des Textes wird damit augenfällig.

Schreiben und Lesen werden deshalb nicht verschwinden. Ganz im Gegenteil: es wird mehr geschrieben, gedruckt, verteilt und gelesen denn je. Dies ist auch ein Effekt des Computers, der die entsprechenden Produktions- und Distributionsketten in einer Weise privatisiert und verbilligt, dass die herkömmlichen Instanzen und Agenturen des Buches nur unter größten Anstrengungen mithalten können. Was sich dramatisch wandelt, ist der Akt des Schreibens und Lesens selbst von einem privilegierten Verfassen und Anordnen zu einem beständig in sich oszillierenden Informationsdesign: "Die neuen Texte befreien sich vom Korsett der Buchform und der Autorität des Autors; sie verzweigen und vernetzen sich unbegrenzt, um endlich zu werden, was das lateinische Wort ‚textum' meint: ein Gewebe. Diese sogenannten Hypertexte brauchen keinen Autor, sondern einen Software-Designer."[346] Dabei kehrt gerade die Kontinuität des Schreibens und Lesens bei gleichzeitigem Wandel der medialen Präsentation den Text als Performanz hervor.

Damit muss man auch im Recht die traditionelle Vorstellung einer der Erkenntnis objektiv vorgegebenen Einheit des Textes aufgeben. Das alles Recht in sich beschließende Gesetzbuch sollte der sichere Garant einer die widerspruchsvollen Strebungen vereinheitlichenden Totalität des gesellschaftlichen Handelns sein. Von dieser Idee gilt es sich zu verabschieden. Der radikale Holismus, wonach

[343] Zum Überblick *Wolfgang Heinemann*, Zur Eingrenzung des Intertextualitätsbegriffs aus textlinguistischer Sicht, in: *Josef Klein/Ulla Fix* (Hrg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität. Tübingen 1997, S. 21 ff.

[344] *Heinemann*, ebd., 23.

[345] *Vincent B. Leitch*, Deconstructive Criticism: an advanced introduction, New York 1983.

[346] *Norbert Bolz*, Das kontrollierte Chaos. Vom Humanismus zur Medienwirklichkeit, Düsseldorf 1994, S. 239.

Bedeutung nur dem Zentrum zukam, funktioniert im Hypertext nicht mehr. Die Herstellung der Einheit wird jetzt operationalisiert als horizontaler und praktischer Holismus.

II. Vom epistemischen zum praktischen Holismus

Die Einheit der Rechtsordnung ist ein ganzheitliches Konzept. Der Bezug auf das Ganze ist im Recht unvermeidbar. Denn Recht ist an Sprache gebunden und damit an Bedeutung. Bedeutung ist aber keine intrinsische Eigenschaft von bedeutungstragenden Einheiten, sondern eine relationale Eigenschaft. Deswegen sind atomistische Konzepte nicht möglich und werden im Recht auch gar nicht vertreten. Umso dringlicher ist aber die Frage, wie man mit dem Bezug zum Ganzen umgehen kann. Diese Frage stellt sich natürlich in allen Wissenschaften. „Holismus“ ist darum Gegenstand einer grundlegenden Diskussion. Dabei stehen sich zwei gegensätzliche Sichtweisen auf das Ganze gegenüber: Die klassische Sicht will mit der Unterscheidung Teil und Ganzes arbeiten, die neuere Sicht verwendet dagegen die Unterscheidung Gestalt und Horizont in einer hermeneutischen Tradition bzw. System und Umwelt in systemtheoretischer Formulierung. Die Unterscheidungen sind ineinander überführbar. Der Systembegriff der Systemtheorie ist ein "horizontalen Holismus", der das System als Kette vernetzter Unterscheidungen aus einem Potential von Vernetzungen bestimmt. Zusätzlich bringt die Unterscheidung System/Umwelt mit der Figur des Re-entry noch eine Form für die Operationalisierung des Horizontbezuges vor. Wenn man die Differenz Ganzes und Teil für fundamental hält, ist das Ganze epistemisch zugänglich und man kann von dort aus argumentieren. Wenn man die Differenz von Gestalt und Horizont nzw. System und Umwelt für fundamental hält, kann man nicht über das Ganze verfügen, sondern nur den Rahmen bzw. Horizont/Umwelt einer laufenden Diskussion im Wege einer praktischen Intervention öffnen bzw. erweitern.

Der Begriff Holismus beginnt seine Karriere in den Einzelwissenschaften. Zu nennen ist hier vor allem die ökologisch orientierte Biologie.[347] Hier hat holistisches Denken einen seiner Ursprünge. Der Terminus wird aus griechisch *holon* für "das Ganze" abgeleitet.[348] Geprägt hat ihn 1926 Jan Christian Smuts, der mit seiner Ganzheitslehre auf eine eigenständige ontologische Existenz von Organismen hinweist.[349] Die Arbeiten Smuts verweisen bereits auf eine unliebsame politische Konsequenz holistischen Denkens. Er verwendet die Metapher Organismus für das Ganze und dehnt sie auf die gesellschaftlichen Zusammenhänge aus. Das kann zu Weltanschauungen führen, in denen sich die Vernunft

[347] Siehe etwa *Adolf Meyer-Abich* Geistesgeschichtliche Grundlagen der Biologie, Stuttgart 1963. Ansonsten *Klaus Michael Meyer-Abich*, Der Holismus im 20. Jahrhundert, in: *Gernot Böhme* (Hrg.), Klassiker der Naturphilosophie. Von den Vorsokratikern bis zur Kopenhagener Schule. München 1989, S. 313 ff.

[348] Dazu *Gustavo Bueno*, Holismus, in: *Hans Jörg Sandkühler* (Hrg.), Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg 1990, S. 552 ff.

[349] Siehe dafür *Jan Christian Smuts*, Holism and Evolution, London 1926; *ders*, Die holistische Welt, Berlin 1938.

einer "ganzheitlichen Betrachtungsweise" in den Irrationalismus totalitärer Ideologien verkehrt. Staat und Gemeinschaft werden zu einem den Einzelnen dominant absorbierenden Organismus überhöht.[350] Dies ist zwar eine latente Gefahr holistischen Denkens aber keine notwendige Konsequenz. Smuts selbst hatte in dieser Weise als südafrikanischer General und Politiker seine biologischen Thesen zur Rechtfertigung der Rassentrennung herangezogen. Zwingend ist diese Folgerung aus einem holistischen Ansatz natürlich nicht.[351] Und sie hat denn auch in der philosophisch wissenschaftstheoretischen Diskussion keine Rolle gespielt. Neben der Biologie ist der Holismus kennzeichnend für bestimmte Ansätze in der Philosophie des Geistes, der Gesellschaft oder der Bedeutung. Vor allem die Gestaltpsychologie,[352] hat über Wittgenstein auch die Entwicklung eines semantischen Holismus beeinflusst.[353]

Im Recht stellt sich die Frage nach dem Ganzen praktisch. Allerdings haben die Juristen zur Lösung ihrer Probleme durchaus Konzepte aus der Philosophie importiert. Dabei hat die Orientierung an hermeneutischen Konzepten im Recht eher zu vertikalen Auffassungen des Holismus geführt, während die (eher seltene) Orientierung an analytischen Konzepten zu einer grundsätzlichen Ablehnung des Holismus als Problemstellung führt. Die neue Wendung der analytischen Diskussion in die Richtung eines horizontalen und praktischen Holismus ist im Recht noch nicht verarbeitet.

Als eine Betrachtungsweise meint Holismus im Kern zunächst den alten Aristotelischen "Gemeinplatz"[354], dass das Ganze mehr ist als seine Teile. Daraus wird abgeleitet, dass sich in einem solchen Ganzen kein Teil isoliert bestimmen lässt. Dies ist dem Holismus zufolge nur durch die Bestimmung seiner Stellung im Ganzen möglich. Und das Ganze lässt sich daher nie restlos in eine bloße Ansammlung seiner Teile zerlegen oder darauf reduzieren. Zunächst ist also der Holismus ein methodisches Prinzip, welches Eigenschaften relational und nicht intrinsisch begreift. Aber dieses methodische Prinzip lässt sich natürlich mit Werten aufladen. Das Ganze scheint dann wertmäßigen Vorrang vor dem Einzelnen zu gewinnen. Diese Prävalenz des Ganzen vor dem Einzelnen war der entscheidende Anstoß für die neuere Holismusdiskussion.

[350] In Bezug auf das Recht kritisieren etwa *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band I Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Berlin 2004, Rnn. 384 f. im Hinblick auf Carl Schmidt einen solchen "irrationalen Holismus" bezüglich der Vorstellungen von einer Einheit der Rechtsordnung.

[351] Vgl. *Gustavo Bueno*, Holismus, in: *Hans Jörg Sandkühler* (Hrg.), Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften. Bd. II, Hamburg 1990, S. 552 ff.

[352] Dazu hier *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 49 ff.

[353] Dazu *Hilary Putnam*, Meaning Holism, in: *ders.*, Realism with a Human Face, Cambridge, Mass. 1990, S. 278 ff.; sowie detailliert *Michael Esfeld*, Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 41 ff.

[354] Vgl. *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 18 f. Weiter auch *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 11 ff.

Die entscheidenden Impulse zur philosophischen Holismusdiskussion gingen dabei von der analytischen Philosophie aus. Für diese Richtung war das Ganze zunächst als Problem definiert und der Holismus eine abzuwehrende Argumentationsstrategie. Für neuhegelianische oder lebensphilosophisch-hermeneutische Ansätze war das Ganze dagegen eine selbstverständliche Größe. Doch die fruchtbaren Fragen stellten die Gegner des Holismus, die sich bei ihren Kritiken jedoch selbst in eine holistische Problematik verstrickten: Der "Zug zum Ganzen"[355] zeichnet vor allem Quines Position aus, die er analytisch selbstkritisch aus seiner Kritik der "Dogmen des Empirismus" folgert[356] und die zur "Gründungsurkunde"[357] einer postanalytischen Philosophie wird. Damit wird der Holismus zu einem zentralen Problem der Philosophie.[358] Die Auseinandersetzung darum konzentriert sich, insbesondere initiiert von Davidson[359], auf die Frage nach der Möglichkeit eines semantischen Holismus[360] als der angemessenen Antwort auf die Herausforderungen des Problems sprachlicher Bedeutung und Verständigung.[361]

1. Die Holismusdiskussion in der analytischen Philosophie

Der Bezug zum Ganzen ist ein Problem, das die Philosophie von ihrem Beginn an begleitet hat. Die Festlegung der Beziehung von Einzelnem und Ganzem hat dabei immer wieder Streit ausgelöst. Denn aus der Relation zum Ganzen

[355]Hier wären etwa Ansätze wie die Hermeneutik oder der Dekonstruktivismus Derridas zu nennen. Dazu *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (8).

[356]Siehe *Willard Van Orman Quine*, Zwei Dogmen des Empirismus, in: *ders.*, Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, Frankfurt/M./Berlin/Wien 1979, S. 27 ff. (47 ff.). Quine selbst spricht allerdings nicht ausdrücklich von "Holismus". Dies in Auseinandersetzung mit ihm bei Albert Hofstadter, The Myth of the Whole. An Examination of Quine's View of Knowledge, in: Journal of Philosophy 15 (1954), S. 397 ff. Dazu *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (15).

[357]Vgl. *Georg W. Bertram*, Holismus und Praxis. Der Zusammenhang von Elementen, Beziehungen und Praktiken, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 59 ff. (60).

[358]Einflussreich etwa die Kritik am Holismus bei *Jerry Fodor/Ernest Lepore*, Holism: A Shopper's Guide, Oxford 1992. Ansonsten hier nur die Beiträge in *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002.

[359]Siehe *Donald Davidson*, Wahrheit und Bedeutung, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 40 ff.; sowie *ders.*, Radikale Interpretation, in: ebd., S. 183 ff. Ausführlich dazu *Karsten Stüber*, Donald Davidsons Theorie sprachliche Verstehens, Frankfurt am Main 1993, S. 144 ff.

[360]Vgl. programmatisch *Richard Rorty*, Introduction: Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy, in: *ders.* (Hrg.), The Linguistic Turn Essays in Philosophical Method. With Two Retrospective Essays, Chicago 1992, S. 1 ff.

[361]Dazu hier vor allem *Michael Esfeld*, Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: *Georg W. Bertram / Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 41 ff.

wurde häufig die Befugnis abgeleitet, für dieses zu sprechen. Eine solche Redeweise haben in der Antike schon die Atomisten bestritten,[362] und in der europäischen Aufklärung die Empiristen. Die Ansprüche ganzheitlichen Denkens werden auch in der Philosophie von Hegel erhoben[363] und waren um die Wende zum 20. Jahrhundert Abstoßungspunkt für den Beginn der analytischen Philosophie.[364] Dem Idealismus Bradleys stellte Russel einen logischen Atomismus entgegen, der das Einzelne endgültig aus der Herrschaft des Ganzen befreien sollte. Die analytische Philosophie startete somit ihre Entwicklung als Gegenentwurf zum Holismus.

Der Weg, der die analytische Philosophie in ihrem selbstkritischen Übergang zur postanalytischen führte, entbehrt nicht einer gewissen Ironie. An seinem Ende feiert mit Hegel ausgerechnet jener Philosoph seine Wiederkehr, mit dessen Kritik alles begann.[365] Das "Verdikt über Hegel" war geradezu "Gründungsakt" der analytischen Philosophie.[366] Die im antimetaphysischen Gestus vorgetragene Kritik galt vor allem dessen ganzheitlichen Auffassungen. Den englischen Neohegelianismus Bradleys[367] kritisierte Moore ausgehend vom common sense und dem Normalsprachgebrauch. Gleichzeitig entwickelte Russel eine idealsprachliche Grundlage[368] für den logischen Atomismus. An dessen Aporien wiederum arbeitet sich die analytische Philosophie mit zunehmend holistischer Tendenz ab. Gegenwärtiger Höhepunkt dieser Bewegung ist die normativ pragmatisch fundierte Inferenzsemantik Brandoms,[369] der sich als Vertreter der "Pittsburgher Schule des Neuhegelianismus" ausdrücklich auf einen pragmatis-

[362]Vgl. *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (10). Zum Gegensatz in den Wissenschaften *Michael Esfeld*, Holismus und Atomismus in den Geistes- und Naturwissenschaften. Eine Skizze, in: *Alexander Bergs/Soelve I. Curdts* (Hrg.), Holismus und Individualismus in den Wissenschaften, Frankfurt am Main 2003, S. 7 ff. Ausführlich auch *Michael Esfeld*, Holismus in der Philosophie des Geistes und in der Philosophie der Physik, Frankfurt am Main 2002.

[363]Dazu *Wolfgang Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, in: Kritisches Jahrbuch der Philosophie, 8 (2003), S. 11 ff.

[364]Natürlich war der Holismus auch ein Sachproblem anderer philosophischer Richtungen. Dazu *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (11 ff.); sowie *Georg W. Bertram*, Holismus und Praxis, in: *ders./Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, 59 ff. (63 ff.).

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

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

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

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

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

tisch gewendeten Hegel beruft.[370]

Russell hat seine Holismuskritik an der idealistischen Systemphilosophie seiner hegelianischen Lehrer entwickelt.[371] Er will zeigen, dass die Begründung begrifflicher Vernunft über die Figur der Totalität scheitern muss. Eine interne Vermittlung sprachlicher Vernunft zu einem Ganzen genügt nicht den Vorgaben formaler Logik und Mathematik, die für das anbrechende 20. Jahrhundert zum Leitbild von Rationalität geworden waren. Deswegen bedarf es jetzt einer externen Relationierung der jeweiligen Elemente in einem System von Aussagen zu dem von ihnen Bedeuteten. Nur so ist es möglich, zu den elementaren Gegebenheiten zu kommen, die als letzte Prüfsteine des Aussagensystems fungieren sollen. Die elementaren Gegebenheiten sollen dafür unmittelbar wahrheitsfähige und damit auch unabhängige Garanten von Gewissheit sein. Komplexere Aussagen können dann in einer strukturierten Weise durch Ableitung und Schlüsse aus ihnen konstruiert und allein aufgrund ihrer geregelten Beziehungen auf ihre Wahrheit hin überprüft werden. Das erlaubt, dass die Analyse von komplexen Ensembles restlos auf die elementaren Wahrheiten zurückgeführt werden kann. Damit war die Auffassung des logischen Atomismus geboren, "dass alles, was über einen Komplex ausgesagt werden kann, sich durch Aussagen über die Bestandteile des Komplexes und ihre wechselseitigen Beziehungen so zum Ausdruck bringen lässt, dass der Komplex als Ganzes überhaupt nicht mehr erwähnt zu werden braucht."[372] Übrig bleibt als Grundlage allein ein widerspruchsfreies Set von Axiomen. Daraus kann man Erkenntnisse ableiten, deren Struktur der Welt entspricht. Diese Idee der Strukturisomorphie kennzeichnet auch Wittgensteins Traktat[373], der zunächst die Elementarsätze als Bausteine eines logisch disziplinierten Zugangs zur Welt postuliert[374] und sich dafür neben den "großartigen Werken Freges" ausdrücklich auf die "Arbeiten meines Freundes Herrn Bertrand Russell" beruft.[375]

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

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

[372] *Russell*, ebd., S. 161.

[373] Dazu *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Bedeutung und Weltbezug. Inferentielle Semantik bei Wittgenstein, Davidson und Brandom, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 94 ff. (96 f.).

[374] Dazu *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Brandoms pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: *André Fuhrmann/Erik J. Olsson* (Hrg.), Pragmatisch denken, Frankfurt / Lancaster 2004, S. 35 ff. (39 ff.); sowie *ders.*, Bedeutung und Weltbezug. Inferentielle Semantik bei Wittgenstein, Davidson und Brandom, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 94 ff. (96 ff.).

[375] *Ludwig Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, Vorwort.

Die Grundidee des Atomismus steht im Gegensatz zum ganzheitlichen Denken. Der Holismus geht davon aus, dass das Ganze bestimmend für die Teile ist. Dagegen sieht der Atomismus dieses Ganze lediglich als eine Kompilation von Teilen, die ihre Eigenheiten unabhängig voneinander aufweisen. Sie werden erst sekundär durch bestimmte Kompositions- bzw. Ableitungsprozeduren und formale Schlüsse in Beziehung zueinander gesetzt.[376] Das Interesse Russells an einem solchen Atomismus ist ein epistemologisches. Und genau in der Frage nach dessen Einlösbarkeit liegt dann aber auch schon der Kern seines Scheiterns. Russell glaubte naiv realistisch an die Möglichkeit eines unmittelbaren Zugangs zu den elementaren Tatsachen, bzw. Einzeldingen als Sinnesdaten, denen sich auf der Seite der Sprache entsprechend elementare Ausdrücke zuordnen ließen. Dies sollte dann die Eindeutigkeit der Zuordnung garantieren und so auch eine idealsprachlich einwandfreie Abbildung ihrer Struktur ermöglichen.

Die Idee eines solch elementaren Zugangs ist aber eine Illusion. Ein unmittelbarer Bezug auf die Sinnesdaten ist nicht möglich. Dieser setzt die Möglichkeit einer Isolierung der atomaren Tatsachen aus dem Kontinuum der Ereignisse und damit auch deren Identifizierung als bestimmte Einzelheiten voraus. Das wiederum kann nur auf der Grundlage von Begriffen geleistet werden. Begriffe setzen aber Begriffe voraus, so dass der Atomismus in eine infinite Zirkularität eintritt. Außerdem genügt die Bekanntschaft mit den Sinneseindrücken, die "knowledge by aquaintance", wie Russell selbst sagt[377], nicht für ein gesichertes Wissen.[378] Es bleibt die Möglichkeit der Sinnestäuschung dabei noch offen. Schon nach der analytischen Standardanalyse bedarf es daher zumindest einer Rechtfertigung des entsprechenden Glaubens an die Tatsachen, die daher auch die Wahrheit des entsprechenden Urteils, bzw. Glaubenssatzes, voraussetzt.[379] Die vermeintlich unmittelbar unabhängig gegebenen elementaren Tatsachen, auf die der Atomismus bauen will, verdanken sich darum bei näherem Hinsehen selbst schon wieder einem ganzen Geflecht von logisch epistemologischen Voraussetzungen.

Wittgenstein hat denn auch selbstkritisch für seinen Traktat die entsprechende Idee der Elementarsätze als "Dogmatismus" bezeichnet und fallen lassen.[380] Der Wiener Kreis, der sich mit Wittgensteins Frühwerk auseinandersetzt, versucht allerdings den Atomismus der Elementarsätze zu reformulieren. Dabei wirkt das

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

[377] Vgl. *Bertrand Russell*, Knowledge by Aquaintance and Knowledge by Description in: Proceedings Aristotelian Society XI (1910), S. 108 ff.

[378] http://www.thur.de/philo/hegel/hegel16.htm. Zu Russells eigenen Revisionsversuchen *Bertrand Russell*, Unser Wissen von der Außenwelt, Leipzig 1926.

[379] Dazu *Roderick M. Chisholm*, Theory of Knowledge, Englewood Cliffs, NJ 1966. In kritischer Auseinandersetzung *Edmund L. Gettier*, Ist gerechtfertigte, wahre Meinung Wissen?, in: *Peter Bieri* (Hrg.), Analytische Philosophie der Erkenntnis, Frankfurt am Main 1987, S. 91 ff. Ansonsten ausführlich *Edward Craig*, Was wir wissen können. Pragmatische Untersuchungen zum Wissensbegriff, Frankfurt am Main 1993.

[380] Vgl. *Ludwig Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt am Main 1984, S. 182 ff.

Motiv einer Kritik des ganzheitlichen Denkens, welche sich als "wissenschaftliche Weltanschauung" gegen jegliche Formen des Totalitarismus wendet.[381] Von dieser Diskussion gingen die entscheidenden Impulse der gegenwärtigen "Holismusforschung" aus.[382] Für seine Idee eines logischen Aufbaus der Welt geht Carnap[383] allerdings schon ein gutes Stück über den Atomismus hinaus.[384] Er konzediert die Unmöglichkeit, die zentrale Voraussetzung des unmittelbaren Zugangs zur Welt einzulösen. Nur wenn diese Unmittelbarkeit gegeben wäre, könnte, wie es der Atomismus fordert, das jeweils Einzelne autark bestimmt werden; und es ließe sich der Bezug zum Ganzen vermeiden.[385] Carnap geht bei seiner Bestimmung der Rolle der Sprache über die engen Voraussetzungen des Atomismus hinaus. Bedeutung lasse sich nicht isoliert bestimmen. Sie ergebe sich vielmehr durch ihre Stellung im Ganzen der Struktur einer logisch bereinigten Sprache. Nach dieser Bereinigung soll Sprache sich für das Abbild der Welt eignen. Carnap illustriert dies mit seinem berühmten Bild des Streckennetzes einer Eisenbahn. Dieses zeigt, wie die miteinander verflochtenen Gegebenheiten auf einen formalen Strukturplan von Knoten und Verbindungen übertragbar sind. Er verfolgte damit "die Idee einer Strukturbeschreibung, die davon ausgeht, dass zur Identifikation von Teilen eines Ganzen die Angabe ihrer Orte in einer Struktur ausreichend sein muss."[386] Geliefert wird so ein "Konstitutionssystem" für die Bildung von Aussagen über die Welt. Ihre Bedeutung als solche soll ihnen dann durch die Methode ihrer jeweiligen Verifikation zukommen. Durch diese werden die im System gültigen Aussagen für ihre Wahrheitsfähigkeit mit einem entsprechenden empirischen Gehalt verknüpft.

Mit der Verifikation wird indes die holistische Tendenz des Carnapschen Systems wieder zurückgenommen. Denn die in diesem System der Sprache formal korrekt ableitbaren Aussagen werden isoliert mit der Welt konfrontiert, um ihre Wahrheitsfähigkeit festzustellen.[387] Deutlich wird dies mit der Antwort, die Carnap auf die Frage gibt, worauf dann überhaupt gesichertes theoretisches Wissen und worin die Struktur des sprachlichen Aussagesystems begründet werden kann. Dafür sollen "Protokollsätze" einstehen, die als Basissätze "unmittelbar beobachtbare Sachverhalte" bedeuten. Sie benötigen daher keine Überprüfung. Vielmehr dienen sie selbst als Kriterium für die Haltbarkeit theoretischer Aus-

[381] Siehe *Moritz Schlick*, Wissenschaftliche Weltanschauung - Der Wiener Kreis, Wien 1929.

[382] Im Überblick zu dieser *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 14 ff. Ansonsten für den semantischen Holismus im engeren *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 67 ff.

[383] Siehe *Rudolf Carnap*, Der logische Aufbau der Welt, Frankfurt am Main 1974.

[384] Zu dieser Entwicklung hier speziell auf den semantischen Holismus hin gesehen *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 81 ff.

[385] Entsprechend die Stoßrichtung etwa von Sellars' Kritik des "Mythos des Gegebenen". Siehe *Wilfrid Sellars*, Der Empirismus und die Philosophie des Geistes, Paderborn 1999.

[386] *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 21.

[387] Siehe auch *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Brandoms pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: *André Fuhrmann/Erik J. Olsson* (Hrg.), Pragmatisch denken, Frankfurt/Lancaster 2004, S. 35 ff. (37 ff.).

sagen.[388] Die atomistische Illusion einer unvermittelten Bestimmbarkeit von Teilen eines Systems wiederholt sich damit, wie Neurath gegen Carnap einwendet.[389] Eine reine Beobachtungssprache ist nicht möglich, da diese immer schon mit begrifflichen Zutaten einer Orientierung auf die Welt kontaminiert ist. Ebensowenig kann man Sätze unmittelbar auf die Welt beziehen, da dieser Bezug notwendig wieder sprachlich bestimmt werden muss. Sätze sind immer nur wieder auf Sätze beziehbar: "Die Protokollsätze bieten daher keine Wirklichkeitsgarantie, sie stellen keine an der Wirklichkeit verankerten Basissätze dar, sondern haben in erster Linie, wie alle anderen Sätze der Wissenschaft auch, Forderungen der Kohärenz zu genügen."[390] Folglich kann auch der Status von Basissätzen immer wieder in Frage gestellt werden. Sie können nur vorläufig als solche fungieren. Das heißt, "nicht eine vermeintliche Eichung an der Wirklichkeit, sondern die Widerspruchsfreiheit des Gesamtsystems der Sätze bildet das Wahrheitskriterium der Wissenschaft. Und dabei ist im Prinzip jeder Satz, auch jeder Basissatz, revidierbar."[391] Alles in allem "erleiden" also "atomistische Singularisierungsversuche und empiristische Elementarisierungsversuche [...] gleichermaßen Schiffbruch am Vermittlungscharakter dessen, was sie als unmittelbar oder elementar wähnen."[392]

An diesem Punkt setzt Quine mit dem Paukenschlag seiner Fundamentalkritik der "Dogmen des Empirismus" an.[393] Und er zieht daraus die Konsequenz eines radikalen Holismus[394], der eine neue Phase postanalytischer Philosophie einläutet. Für Quine gibt es keine Möglichkeit, eine Theorie zu verifizieren oder durch ein experimentum crucis zu widerlegen. Die Wissenschaft ist aus seiner Sicht ein Netz oder Kraftfeld, das nur an den Rändern und daher als Ganzes von der Erfahrung berührt wird. Wenn es hier zu Widersprüchen kommt, ist es immer möglich, im Inneren des Netzes Abhilfe zu schaffen. So zeigt etwa die Diskussion um die Quantenmechanik, dass auch ganz elementare Sätze wie etwa der Satz vom ausgeschlossenen Dritten zur Disposition der Wissenschaft gestellt werden, wenn eine Erklärung dies erfordert.[395] Deswegen geht Quine

[388] Vgl. *Wolfgang Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, unter: http://www.information-philosophie.de philosophie/WelschHegel.html.

[389] Vgl. *Otto Neurath*, Protokollsätze, in: Erkenntnis 3 (1932/1933), S. 204 ff.

[390] *Wolfgang Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, unter: http://www.information-philosophie.de/philosophie/WelschHegel.html.

[391] Ebd.

[392] Ebd.

[393] Siehe vor allem *Willard Van Orman Quine*, Zwei Dogmen des Empirismus, in: *ders.*, Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, Frankfurt/M./Berlin/Wien 1979, S. 27 ff. (47 ff.). Dazu als "Gründungsurkunde der gegenwärtigen philosophischen Diskussion über den Holismus" *Georg W. Bertram*, Holismus und Praxis. Der Zusammenhang von Elementen, Beziehungen und Praktiken, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 59 ff. (60).

[394] Quine selbst spricht allerdings nicht ausdrücklich von "Holismus". Dies in Auseinandersetzung mit ihm bei *Albert Hofstadter*, The Myth of the Whole. An Examination of Quine's View of Knowledge, in: Journal of Philosophy 15 (1954), S. 397 ff. Dazu *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (15).

[395] Zur sogenannten Quine-Duhem-These *Jules Vuillemin*, On Duhem's and Quine's Thesis,

einen weiteren Schritt über den Empirismus hinaus. Während der klassische englische Empirismus das Wort einer bestimmten Erfahrung zuordnen wollte, hat schon Frege die Bedeutung eines Wortes im Satz bestimmt. Dieses so genannte Fregesche Kontextprinzip wird von Quine erweitert. Dabei geht er nicht einfach vom Satz zur Theorie, oder von der Theorie zum Erkenntnisprogramm bzw. dem Ganzen der wissenschaftlichen Disziplin. Sein Schritt über den Satz hinaus führt vielmehr zur Wissenschaft als Ganzes. In Quines Aufsatz findet man allerdings zwei Auffassungen des Holismus. Zunächst einmal ein Bild des Holismus, gefasst in die Metapher vom Netz bzw. Kraftfeld. Die Elemente einer Theorie werden dabei als Punkte im Netz beschrieben und gewinnen erst dadurch ihre Bestimmtheit. Eine zweite Auffassung des Ganzen der Wissenschaft liegt dem gegenüber näher an der Vorstellung der klassischen Hermeneutik, die davon ausgeht, dass das Ganze immer mehr ist, als die Summe seiner Teile. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Bedeutung eigentlich nur dem Ganzen der Wissenschaft zukommt, weil nur diese sich verifizieren lässt. Dieses zweite Bild geht deutlich in die Richtung des ganzheitlichen Holismus bzw. Kollektivismus.[396] Quine überwindet mit der Radikalität seines Holismus einer Bestimmung aller Teile ausschließlich im Ganzen zwar jeglichen Reduktionismus. Problematisch bleibt aber, dass er für dieses integrierte Bestimmen dennoch einer Verifikationstheorie der Bedeutung verhaftet bleibt.[397] Er belässt es somit beim externalisierten Bezug der Sprache zur Welt. Daraus ergibt sich für ihn die unvermeidliche Unterbestimmtheit von Sprache durch die Welt.[398]

Wittgenstein war mit seiner Spätschrift "Über Gewissheit" in seiner Kritik an Moore[399] schon zu einem konsequent praktischen Holismus gekommen.[400] Auch für ihn können sich Wahrheit und Gewissheiten nur im Ganzen des Verhältnisses zur Welt bestimmen. Dementsprechend sind sie ohne Ausnahme Revisionen ausgesetzt, wenn sich dieses Verhältnis verschieben sollte. Gegen Moores Postulierung unerschütterlicher Gewissheiten des Common Sense wendet Wittgenstein ein, dass diese nicht einer isolierten Anschauung entspringen. Vielmehr verdanken sie sich, ganz so wie bei Quine theoretische Aussagen, allein dem System unserer Überzeugungen, dem entsprechenden "Weltbild".[401] Die Bes-

in: Erkenntnis 9 (1979), S. 69 ff.

[396]Dazu *Georg W. Bertram*, Holismus und Praxis, in: *ders./Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, 59 ff. (61); sowie *Michael Esfeld*, Holismus in der Philosophie des Geistes und der Philosophie der Physik, Frankfurt am Main 2002, Kap. 1.

[397]Eingehender zu den offenen Problemen von Quines Holismus *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 152 ff.

[398]Siehe dann vor allem *Willard Van Orman Quine*, Wort und Gegenstand (Word and Object), Stuttgart 1980, S. 59 ff.

[399]Siehe *Ludwig Wittgenstein*, Über Gewissheit. Werkausgabe Bd. 8, Frankfurt am Main 1984.

[400]Dazu im einzelnen *Oliver Robert Scholz*, Sinn durch Einbettung. Von Frege zu Wittgenstein, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 168 ff. (172 ff.); sowie *ders.*, Wittgensteins Holismen: Sätze, Sprachspiele, Lebensformen, in: Philosophiegeschichte und logische Analyse 4 (2001), S. 173 ff.

[401]Vgl. etwa *Ludwig Wittgenstein*, Über Gewissheit. Werkausgabe Bd. 8, Frankfurt am Main

timmung von Einzelnem ist selbst schon von begrifflicher Natur und erfordert begriffliche Prozesse. Daher ist Moores Verteidigung der sinnlichen Gewissheit ein Irrtum. Sie ignoriert die begriffliche Vermitteltheit eines jeden Zugriffs auf Einzelnes. Unmittelbarkeit ist in Wahrheit nur ein Vordergrundseffekt vor dem Hintergrund allgemeiner, begrifflicher Strukturen. Dieser wiederum verdankt sich nicht irgendwelchen Erkenntnissen: "Mein Weltbild habe ich nicht, weil ich mich von seiner Richtigkeit überzeugt habe; auch nicht, weil ich von seiner Richtigkeit überzeugt bin. Sondern es ist der überkommene Hintergrund, auf welchem ich zwischen wahr und falsch unterscheide."[402] Von einer Verifikation – und sei es des Überzeugungssystem im Ganzen – kann also keine Rede mehr sein. Das ganze Verhältnis zur Welt ist allein intern bestimmt. Das Überzeugungssystem ist praktisch eingespielt und damit zugleich ganz und gar eine Angelegenheit der Sprache. Denn "wenn wir anfangen etwas zu glauben, so nicht einen einzelnen Satz, sondern ein ganzes System von Sätzen. (Das Licht geht nach und nach über das Ganze auf)."[403]

Bei Wittgenstein deutet sich damit die Wende zu einem semantischen Holismus an, durch den Davidson die Unzulänglichkeiten des Quineschen Ansatzes überwindet.[404] Zwar beruft sich Davidson nicht ausdrücklich auf Wittgenstein, sondern legt Tarskis semantische Wahrheitstheorie zugrunde.[405] Aber genau wie Wittgenstein nimmt er als Ausgangspunkt das auf "das Ganze der Sprache" ausgedehnte Fregesche Kontextprinzip:[406] "Das Zeichen (der Satz) erhält seine Bedeutung von dem System der Zeichen, von der Sprache, zu dem es gehört. Kurz: Einen Satz verstehen, heißt, eine Sprache verstehen."[407] Beide stimmen also in der Konsequenz eines Bedeutungsholismus überein. Davidson formuliert seine "holistische Auffassung der Bedeutung" folgendermaßen: "Frege hat einmal gesagt, nur im Zusammenhang des Satzes habe ein Wort Bedeutung; in der gleichen Einstellung hätte er hinzufügen können, nur im Zusammenhang der Sprache habe ein Satz (und daher ein Wort) Bedeutung."[408] Hier hätte er Wittgenstein zitieren können. Und für die Übereinstimmung Davidsons mit ihm ist weiterhin bemerkenswert, dass auch Davidson dann die Frage nach der

1984, § 142.

[402] *Wittgenstein*, ebd., § 94.

[403] *Wittgenstein*, ebd., § 141.

[404] Siehe *Donald Davidson*, Wahrheit und Bedeutung, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 40 ff.; sowie *ders.*, Radikale Interpretation, in: ebd., S. 183 ff. Ausführlich dazu hier im besonderen *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 159 ff.; sowie *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 183 ff.

[405] Siehe *Alfred Tarski*, Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik, in: *Johannes Sinnreich* (Hrg.), Zur Philosophie der idealen Sprache: Texte von Quine, Tarski, Martin, Hempel und Carnap, München 1972, S. 53 ff.

[406] Vgl. *Gottlieb Frege*, Grundlagen der Arithmetik, Breslau 1884, § 106.

[407] *Ludwig Wittgenstein*, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5, Frankfurt am Main 1984, S. 21.

[408] *Donald Davidson*, Wahrheit und Bedeutung, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 40 ff. (47). Dazu auch *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 182.

Bedeutung nicht als einer der Eigenschaft von Ausdrücken, sondern als eine nach deren Verstehen oder Interpretation stellt.[409] Damit vermeidet er die Unzulänglichkeiten des Quineschen Holismus. Er trennt sich vom Verifikationismus und konzipiert den Holismus so, dass nicht die Sprache als Ganzes zum Bedeutungsträger wird. Wenn das Ganze der Bedeutungsträger wäre, könnte man nicht mehr erklären, wie wir einzelne Äußerungen verstehen. Stattdessen schlägt Davidson ein Lernmodell vor, das Bedeutung nicht voraussetzt, sondern ihre Erzeugung eben als Interpretation vor dem offenen Horizont eines Ganzen untersucht.[410]

Davidson argumentiert im Rahmen des Quineschen Gedankenexperiments der radikalen Übersetzung.[411] Danach wird in der Interpretation die fremde Sprache in die eigene transponiert. Entsprechend der Quineschen Einsicht, dass sich Sprach- und Weltwissen nie voneinander trennen und gegeneinander ausspielen lassen, besteht eine solche eigene Sprache in einem Ganzen von verständlichen Bedeutungen und akzeptierten, bzw. für wahr gehaltenen Überzeugungen. Beide Momente stehen in einem gegenseitigen Erläuterungsverhältnis.[412] Vor diesem Hintergrund wird in einem geradezu hermeneutischen Prozess[413] ein Verständnis der Äußerungen des anderen bis hin zu dem einer "gänzlich fremden Sprache" gewonnen.[414] Das macht die Radikalität des Davidsonschen Interpretationsmodells aus. Der Kontext der "Sätze, Sprachen, Theorien, Vokabulare, Überzeugungssysteme oder Äußerungszusammenhänge"[415] bietet alles, was dafür nötig ist, um sprachlichen Ausdrücken ihre Bedeutung zu geben. Um den Bedeutungen der Worte in den Äußerungen auf die Spur kommen, muss sich der Interpret daher auf die Meinungen und Überzeugungen beziehen, denen sie Ausdruck verleihen. Als Ansatzpunkt für ein Verständnis von Äußerungen ist dabei nicht mehr nötig als dem anderen zu unterstellen, dass er sehr wohl weiß, wovon er redet und was er tut. Und dafür wiederum ist nicht mehr nötig, als dass der Interpret unterstellt, dass sich der andere im großen und nicht anders durch die Welt bewegt als er selbst und so auch im großen und ganzen seine Meinungen und Überzeugungen auf den gleichen Wegen bildet wie er selbst auch. Dieses "Prinzip der Nachsicht"[416]

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

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

[411] Vgl. *Willard Van Orman Quine*, Wort und Gegenstand (Word and Object), Stuttgart 1980, S. 59 ff.

[412] Vgl. *Donald Davidson*, Der Begriff des Glaubens und die Grundlage der Bedeutung, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 204 ff.; sowie *Kathrin Glüer*, Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung, Berlin 1999, S. 28.

[413] *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 176 bezeichnet denn auch "Davidson als Hermeneuten der alltäglichen Rede".

[414] Die praktisch gewendete Andeutung eines solchen Modells bei *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 206.

[415] *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 35.

[416] Zu diesem Prinzip in Hinblick auf die "Bedingungen des Verstehens" hier nur *Kathrin Stüber*, Donald Davidsons Theorie sprachliche Verstehens, Frankfurt am Main 1993, S. 144 ff.

hält den Interpreten an, möglichst nach einem Verständnis von Äußerungen zu suchen, demzufolge die "Sprecher Recht haben, wenn es plausiblerweise möglich ist, je nachdem freilich, was wir nach unserer eigenen Auffassung für das Richtige halten. Was dieses Vorgehen rechtfertigt, ist die Tatsache, dass Meinungsverschiedenheit ebenso wie Meinungsgleichheit nur vor einem Hintergrund massiver Übereinstimmung verständlich sind"[417] Das "Prinzip der Nachsicht" als Grundlage aller Interpretation besagt nicht, dass Verstehen zu völliger Konformität zwingen würde. Es bietet ganz im Gegenteil erst die Grundlage, einen Anhaltspunkt dafür, Differenzen festzustellen und ihnen im Hinblick auf die Bedeutung, in der der andere die Wörter verwendet, Rechnung zu tragen. Interpretation wird also zur Bewegung innerhalb eines Systems von zwei sich gegenseitig erläuternden Zusammenhängen: einmal dem System von Überzeugungen darüber wie die Welt beschaffen ist und zum anderen dem System sprachlicher Bedeutungen.[418]

Davidsons Ansatz eines semantischen Holismus besteht in der Auffassung, "dass die Bedeutung eines Zeichens oder eines sprachlichen Ausdrucks oder auch der Gehalt einer Überzeugung oder einer mentalen Repräsentation [...] eine Funktion seines bzw. ihres Zusammenhangs mit anderen Zeichen oder Ausdrücken, Überzeugungen oder Repräsentationen [ist]. Das in Frage stehende Ganze ist dann entsprechend ein Zeichensystem, das Vokabular einer Theorie, eine Sprache oder ein System von Überzeugungen oder Repräsentationen."[419] Bedeutung im engeren Sinn als sprachlich vermittelte, sowie der Gehalt von Überzeugungen können weder isoliert signifikanten Ereignissen zugeschrieben werden, noch lassen sich Bedeutung und Gehalt auf ein unmittelbares Verhältnis zu einem von ihnen Repräsentierten reduzieren.[420] Signifikante Ereignisse präsentieren ihren Sinn immer durch den Zusammenhang, den sie untereinander bilden und sind so auch für ihr Verständnis essentiell auf diesen angewiesen. Sie drücken also streng genommen einen Sinn gar nicht aus, sondern bieten ihn aufgrund ihrer Stellung im Flusse solcher Ereignisse dar.

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

---

[417] *Donald Davidson,* Radikale Interpretation, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 183 ff. (199).

[418] Entsprechend siehe auch weiter *Donald Davidson*, Eine Kohärenztheorie der Wahrheit und der Erkenntnis, in: *Peter Bieri* (Hrg.), Analytische Philosophie der Erkenntnis, Frankfurt am Main 1987, S. 271 ff.

[419] *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (10).

[420] Dazu auch *Hilary Putnam*, Repräsentation und Realität. Frankfurt am Main 1991, S. 33 ff.

Mit dieser Präzisierung stellt sich aber ein neues Problem: Wie kann man aber im Rahmen eines solchen semantischen Holismus noch zwischen richtig und falsch unterscheiden? Diese Frage beantwortet Brandoms Ansatz einer in praktischer Normativität wurzelnden inferentialistischen Semantik.[421] Eine solche Semantik, die Bedeutung aus den Folgerungs- und Ableitungsbeziehungen bestimmt, in denen ein Ausdruck steht, ist von Haus aus schon holistisch.[422] Brandom zeichnet seinen Ansatz denn auch ausdrücklich so aus.[423] Er entwickelt ihn in Auseinandersetzung mit Davidson[424] und Sellars, dessen Kritik des "Mythos des Gegebenen"[425] eine weitere große Linie der Selbstkritik analytischer Philosophie mit dem Ergebnis ihres Übergangs in eine postanalytische darstellt. Sellars entzieht in seiner Kritik des Empirismus allen atomistischen Vorstellungen die Basis. Der Zugriff auf Sinnesdaten im Dienste einer empiristischen Garantie elementarer Wahrheiten setzt deren begriffsfreie Gegebenheit voraus. Dies aber ist nicht möglich, weil das Ergebnis des Wahrnehmungsvorgangs zu dessen Voraussetzung verkehrt wird. Es bedarf immer eines begrifflichen Rasters, um Beobachtungen bis hin zu den angeblich simpelsten Sinnesdaten auszumachen und zu identifizieren. Wo aber Begriffliches ins Spiel kommt, hat der Holismus bereits Eingang gefunden, da dieses nie sich selbst genügen sondern sich nur relational bestimmen lässt. Das wiederum heißt nichts anderes, als dass man bereits eine ganze Menge wissen muss, um zu einem Beobachtungswissen zu kommen. "Einzelwissen setzt [...] Allgemeinwissen bereits voraus. Damit bricht die empiristische Begründungsidee und jeder Versuch einer Begründung auf vorgebliche Unmittelbarkeit zusammen."[426] Einzelwissen muss man sich ableiten. Dies ist der Grundstein zu Sellars' Inferentialismus als Konsequenz aus seiner Kritik an sämtlichen Sinnesdatentheorien. Was denen als Ausgangspunkt dienen soll, als unvermittelt unmittelbarer Anfang für den Aufstieg zum Komplexen ist bereits semantisch vermittelt. Es ist das Ergebnis von Schlüssen darauf.

Damit stellt sich die Frage, wie Schlüsse überhaupt noch als berechtigt und gültig ausgewiesen werden können. Diese Frage ist restlos an die Sprache, bzw. diskursive Praxis zurückzugeben. Sie entscheidet sich nach Sellars in einem Spiel des Lieferns und Forderns von Gründen, dessen Gelingen oder Scheitern ausschlaggebend für die Berechtigung oder Zurückweisung entsprechender Be-

[421] Siehe *Robert B. Brandom*, Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, Frankfurt am Main 2000; sowie *ders.*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001. Dazu *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Brandoms pragmatische Theorie der Bedeutung, in: *A. Fuhrmann/E. J. Olsson* (Hrg.), Pragmatisch denken, Frankfurt/Lancaster 2004, S. 35 f.

[422] Zum Überblick *Jasper Liptow*, Holismus und inferenzialistische Semantik, unter: http://www.uni-giessen.de/ ~gm1020/ texte/ Holismus.pdf.

[423] Siehe *Robert B. Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, S. 27 f.

[424] Kritisch zum Verhältnis beider *Udo Tietz*, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte, in: *ders.*, Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, Berlin 2004, S. 325 ff.

[425] Siehe *Wilfrid Sellars*, Der Empirismus und die Philosophie des Geistes, Paderborn 1999.

[426] *Wolfgang Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, unter: http://www.information-philosophie.de/ philosophie/ WelschHegel.html.

hauptungen ist. Und das wiederum macht sie tauglich oder untauglich, ihrerseits als Gründe zu fungieren.

Auf diese Idee greift Brandom zurück, um seine inferentielle Semantik zugleich normativ pragmatisch zu fundieren. Das sozial praktische Pendant semantischer Beziehungen und Folgerungen ist also das Begründen und Rechtfertigen von Festlegungen auf einen bestimmten begrifflichen Gehalt. Bei Luhmann heißt dies, dass die Sachdimension des Sinnes ohne die Sozialdimension und die Dimension der Zeit nicht gedacht werden kann. Diese sozialtheoretishe Einsicht formuliert Brandon semantisch. Diese Festlegungen werden mit dem Gebrauch sprachlicher Ausdrücke durch den Sprecher vollzogen. Für Brandom ist dabei der Akt des Behauptens grundlegend. Rechtfertigen heißt dann, sich auf andere Behauptungen zu berufen, die ihrerseits gerechtfertigt sind und so als Grund fungieren können. Sozial ist diese Praxis dadurch, dass man sich für die Berechtigung der begründenden Behauptung auf die Autorität derjenigen berufen kann, die diese vorbringen. Diese Autorität ihrerseits ergibt sich aus dem Erfolg der betreffenden Sprecher beim Rechtfertigen ihrer Behauptungen. In diesem Sinne "vererbt" sich die Berechtigung der Festlegung auf einen propositionalen Gehalt von Behauptung zu Behauptung. Die damit erreichte Pragmatisierung der Semantik durch Integration in die Praktiken des Normativen ist die Gelenkstelle für die darauf beruhende inferentielle Semantik. Beim Begründen kann es sich nie um etwas anders handeln als die Rückführung von Fraglichem auf Fragloses.[427] Umgekehrt bedeutet das, dass sich der Gehalt über eine als Berechtigung zu seiner Behauptung zu verstehenden Korrektheit ergibt. Das lässt sich für alle möglichen Ausdrucksformen durchdeklinieren. Durchschlagend ist auch hier immer "Freges grundlegendes pragmatisches Prinzip"[428] wirksam, nach dem sich die Bedeutung eines Ausdrucks allein der Rolle verdankt, die er im jeweiligen Kontext spielt. Und diese Rolle lässt sich durch die inferentiellen Zusammenhänge als materiale Folgerungen explizieren, die ihm begründet zugeschrieben und auf die sich die Sprecher somit gerechtfertigt festlegen können. Will man also wissen, was ein Ausdruck bedeutet, so muss man sich darum kümmern, in welcher Beziehung er zu seinem Kontext steht und welche Rolle er darin spielt. Der Begriff der Inferenz bzw. der Folgerung wird damit zum Grundbegriff für Brandoms Bedeutungstheorie. Die Bedeutung sprachlicher Ausdrücke lässt sich als inferentieller Zusammenhang beschreiben. Dieser Kontextualismus bestimmt Bedeutung vom "Scheitel" der Praktiken der Sprecher bis zur "Sohle" logischer Partikel. Die Feststellung, dass ein Ausdruck von Bedeutung ist, wird in die Frage danach überschrieben, was der Sprecher mit ihm gerechtfertigt zu verstehen gibt. Zugleich wird der Sprecher sprachlich anhand eines entsprechenden Pools von akzeptiert und fraglos in der jeweiligen Sprachgemeinschaft umlaufenden Festlegungen auf die jeweiligen Inferenzen in diese eingemeindet und hat sich daran als vernünftiger Sprecher zu bewähren.

[427] Siehe linguistisch dazu auch *Wolfgang Klein*, Argumentation und Argument, in: LiLi. Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 38/39 (1980), S. 9 ff.

[428] *Robert B. Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, S. 23.

2. Die Unvermeidbarkeit des Holismus

Diese praktisch interne Abhängigkeit der Bedeutung vom Ganzen der sich in der Gemeinschaft immer wieder erneut einspielenden Begründbarkeiten macht die "Resolutheit" aus, die Brandom einem Holismus abverlangt.[429] Zugleich ist es aber auch diese Konsequenz, die den Holismus erst einmal zum Problem werden lässt und die Frage aufwirft, ob ein solcher Ansatz überhaupt sinnvoll möglich ist. "Die philosophische Debatte" darum "trägt viele Züge einer klassischen philosophischen Auseinandersetzung. Sowohl die Verteidiger als auch die Gegner scheinen grundlegende Intuitionen für sich nutzen zu können, von denen aus sich der Holismus einmal fast schon als eine Selbstverständlichkeit, ein andermal als eine geradezu ‚verrückte' Position darstellt. Auf den ersten Blick können beide Seiten Argumente für sich verbuchen, die kaum widerlegbar scheinen, so dass die argumentative Situation beinahe aporetische Züge trägt. Auf den zweiten und dritten Blick jedoch zerfasern diese Argumente angesichts einer Vielzahl von Voraussetzungen und Hilfsprämissen, deren Beurteilung nur noch intimen Kennern des jeweiligen Gegenstands möglich ist und die sich keinesfalls mehr auf starke vortheoretische Intuitionen stützen können."[430] Von daher ist es angebracht, sich in Grundzügen der Möglichkeit einer holistischen Betrachtungsweise zu vergewissern, ohne sich von den Feinheiten der "analytischen Scholastik"[431] dieser Debatte irritieren zu lassen.

In seiner Konsequenz zeitigt der Holismus nach Meinung seiner schärfsten Kritiker Fodor und Lepore absurde Konsequenzen, die ihn als Position unhaltbar machten.[432] Diese ergeben sich aus einer Verschärfung der holistischen Grundthese, "dass etwas [...] Eigenschaften nur dann haben kann, wenn es anderes gibt, mit dem es in einer solchen Weise arrangiert ist, dass ein Ganzes der betreffenden Art vorliegt."[433] Dabei kann das Ganze umgekehrt seine Eigenschaften nur insofern haben, sofern seine Teile diese aufweisen. Prägend ist hier ein Quinescher "exzessiver" Holismus, der lediglich jenen "Zug zum Ganzen" auf die Spitze treibt, der "jedem Holismus, der diesen Namen verdient, eignet". Zugrundegelegt wird das "Bild eines ‚totalen Zusammenhangs', in dem jede Modi-

[429] Vgl. *Robert Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, S. 27 f. Dazu hier *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (34 f.).

[430] *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (23 f.).

[431] Vgl. *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 10.

[432] Siehe *Jerry Fodor/Ernest Lepore*, Holism: A Shopper's Guide, Oxford 1992. Zur Debatte darum die Beiträge in *Jerry Fodor/Ernest Lepore* (Hrg.), Holism: A Consumer Update, Amsterdam 1993; sowie hier im besonderen *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff.

[433] *Michael Esfeld*, Holismus und Atomismus in den Geistes- und Naturwissenschaften. Eine Skizze, http://www2.unil.ch/philo/Pages/epistemologie/bio_cv_esfeld/pdf/2003_pdf/Bergs_Curdts03.pdf.

fikation eines Elements eine Modifikation aller Elemente mit sich bringt".[434] Die Radikalität des Holismus liegt darin, dass nichts voneinander unverschont bleibt. Das ergibt sich daraus, dass holistische Eigenschaften in der Regel immer relationale Eigenschaften sind.[435] Im Unterschied zu intrinsischen Eigenschaften, die ein Element unabhängig von denen aller anderen hat, sind relationale Eigenschaften abhängig von dessen Beziehungen zu anderen Elementen. Sie bestehen geradezu in diesen Beziehungen. Insofern ist ein Element abhängig von anderen Elementen, in Bezug auf die es seine Eigenschaften aufweist. Holismus heißt dann, dass die Elemente in ihren besonderen Eigenschaften vollkommen von ihrer Beziehung zu den anderen Elementen eines Ganzen abhängig sind. Das gilt insbesondere für die Eigenschaft, eine Bedeutung zu haben, die immer nur eine unterscheidbar bestimmte Bedeutung sein kann. Und das wiederum führt dazu, dass "jede Änderung der Bedeutung eines Teils die Änderung des Ganzen nach sich zieht."[436] Das heißt zugleich dass sich umgekehrt mit dieser Änderung des Ganzen die Bedeutung des betroffenen Teils ändert, da er diese nach dem holistischen Prinzip nicht anders gewinnen kann als durch seine Stellung im Ganzen.[437]

Genau daran setzen Fodor und Lepore mit ihrem Angriff auf den Holismus an. Sie betrachten den Holismus als eine "Doktrin", nach der allein ganze Theorien, Überzeugungssysteme oder Sprachen eine Bedeutung haben, aus der sich die ihrer Teile lediglich ableitet.[438] Für sie ist somit eine Eigenschaft genau dann holistisch bestimmt, wenn etwas diese nur dann aufweisen kann, wenn vieles andere sie gleichfalls aufweist.[439] Die Folge davon ist, dass damit das Ganze und die Teile beständig im Fluss sind. Dies wiederum hat zur Konsequenz, dass nichts jeweils für sich bestimmt sein kann. Das scheint zunächst harmlos. Vorderhand ist dies lediglich die Pointe, die der Holismus gegen die Vergeblichkeit eines jeden Reduktionismus vorbringt. Für Fodor und Lepore jedoch liegt darin eine Absurdität, die es angeraten sein lässt, den Holismus aufzugeben. Um die Fehlannahme zu entlarven, genügt es sich vorzustellen, jemand ändert eine seiner Überzeugungen oder gebraucht einen Ausdruck in einer neuen, überraschenden Weise. Diese Änderung muss nach der Doktrin des radikalen Holismus unmittelbar auf das Ganze des Systems durchschlagen.

[434] *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (8).

[435] Dazu *Michael Esfeld*, Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: *Georg W. Bertram/ders.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 41 ff. (42 ff.).

[436] *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 119.

[437] Vgl. *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (32).

[438] Vgl. *Jerry Fodor/Ernest Lepore*, Holism: A Shopper's Guide, Oxford 1992, S. X.

[439] Vgl. *Jerry Fodor/Ernest Lepore*, Holism: A Shopper's Guide, Oxford 1992, S. 2. Näher dazu *Kathrin Glüer*, Alter Hut kleidet gut. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 114 ff. (117 ff.).

Da sich aber damit zugleich die Stellung der fraglichen Behauptung, bzw. des fraglichen Ausdrucks ebenso unmittelbar ändert, haben diese nicht den Gehalt, bzw. die Bedeutung, die sie haben, eben weil dies die Änderung des Systems bewirkt. Das Paradoxe daran springt ins Auge. Teile eines Systems können so niemals mit sich identisch, oder überhaupt bestimmt sein.[440] Allein der Vergleich mit sich selbst schiebt sie aus der ihnen eigenen Bedeutung heraus, da sie dafür zweimal, und das heißt in zwei verschiedenen Stellungen ins Spiel gebracht werden. Und "wenn dies der Fall ist, dann wäre Identität von Sprachen notwendige Voraussetzung für die Möglichkeit von Übersetzung und Kommunikation – vorausgesetzt das ‚semantische Ganze' wird im umfassendsten Sinne als Sprache oder Überzeugungssystem verstanden."[441]

Der Holismus verfällt also dem Dilemma eines endlosen Aufschubs der Bestimmung, dem das bestimmende Ganze gerade aufgrund seines Bestimmens zum Opfer fällt. Genau dadurch, dass Sinn nur holistisch möglich ist, kann keinerlei Sinn ausgemacht werden. Daraus ergibt sich ein weiteres Problem. Wenn Überzeugungen und Bedeutungen sich nie in irgendeinem tragfähigen Sinne gleichen können, dann ist es nicht nur unmöglich, dass jemals zwei Menschen gleicher Überzeugung sein können. Es ist ebenso unmöglich, dass ein und dieselbe Person jemals in ihren Überzeugungen mit sich übereinstimmen kann. Das bedeutet weiter, dass weder Überzeugungen, noch Bedeutungen jemals lern- oder lehrbar wären. Denn dazu bedarf es einer Konstanz des zu Lehrenden, bzw. zu Lernenden als Maßstab für das Gelingen und die Korrektheit von Versuchen zu seiner Aneignung.[442] Das heißt, "wenn ich immer schon alles verstanden haben muss, um überhaupt etwas verstehen zu können, wird jede Veränderung meines sprachlichen oder sonstigen Wissens zu einem mysteriösen Vorgang: zu einem Sprung in einen anderen Zustand, der mir per definitionem nicht begreiflich werden kann."[443] Alles in allem "wäre ein radikaler Holismus eine Theorie der Unmöglichkeit des verständlichen Denkens und Sprechens und somit eine Theorie der Unmöglichkeit seiner selbst."[444]

In der Diskussion um den Holismus ist diese Kritik als Slippery-Slope-Argument einschlägig geworden:[445] "Ist die Bedeutung eines Ausdrucks primär Eigenschaft eines ganzen Satzsystems, das noch dazu eine ganze Sprache umfassen soll, dann müsste jede Änderung eines Teils dieses Systems auch zu einer Be-

[440] Vgl. *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (24).

[441] *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff. (78).

[442] Vgl. Martin Seel, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: Georg W. Bertram / Jasper Liptow (Hg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (33).

[443] *Seel*, ebd., S. 33.

[444] *Seel*, ebd., S. 32.

[445] Ausführlich dazu *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff.

deutungsänderung des Ausdrucks führen. Identitätskriterium für Bedeutungen wäre die Identität der jeweiligen Sprachen. Verständigung auch nur eines einzelnen Sprechers mit sich selbst wäre unmöglich, sobald auch nur eine einzige Überzeugung modifiziert würde."[446] Betritt man in der Verständigung den "Abhang" der Sprache durch die Interpretation einer Äußerung, so gerät dieser als Ganzes ins Rutschen. Das widerspricht aber jeglicher Erfahrung. Es lässt sich sehr wohl beurteilen, ob zwei Äußerungen von gleicher Bedeutung sind oder nicht. Ebenso wissen wir sehr wohl, ob wir es mit den gleichen Überzeugungen zu tun haben oder nicht, oder wir zu unseren Überzeugungen stehen oder diese gewechselt haben. All das können wir beurteilen, weil wir entsprechendes gelernt haben und das Gelernte anzuwenden vermögen. Das heißt, "da wir [...] partielle Bedeutungsverschiebungen ohne Auftreten größerer Übersetzungs- und Verständigungsprobleme tolerieren, gilt diese Konsequenz des semantischen Holismus als absurd."[447]

In der Fundamentalkritik des Holismus stecken allerdings selbst einige Annahmen, die nicht so ohne weiteres hinzunehmen sind. Das betrifft vor allem das von Fodor und Lepore aufgeworfene "Problem der Identität begrifflichen Gehalts".[448] Dem zufolge führt der radikale Holismus in die folgende Situation: "Wenn ich zum Beispiel eine meiner Überzeugungen verwerfe, dann verändere ich damit mein Überzeugungssystem und nicht zuletzt auch die Stellung dieser Überzeugung in dem System – dann aber, so scheint der Holismus zu implizieren, müsste ich damit zugleich den Gehalt dieser Überzeugung geändert haben. Das ist jedoch widersinnig, denn in diesem Fall hätte ich ja gar nicht sie verworfen."[449] Dabei stellt sich dieses "Problem der Identität" "nicht nur hinsichtlich der intrasubjektiven Identität verschiedener Überzeugungen oder Begriffe, sondern betrifft ebenso intersubjektive Zusammenhänge."[450] Immer dann, wenn es um die Frage geht, ob zwei Personen gleicher Überzeugung sind oder nicht oder ob es sich jeweils um den gleichen oder verschiedene Begriffe handelt.

Diese Probleme entstehen aber nur, wenn man, wie Fodor und Lepore für die für ein entsprechendes Ähnlichkeits- oder Verschiedenheitsurteil nötige Bestimmung der jeweiligen Überzeugungen oder Bedeutungen strikt als eine Identität mit sich selbst versteht.[451] Somit "wäre Identität von Sprachen notwendige Voraussetzung für die Möglichkeit von Übersetzung und Kommunikation - vorausgesetzt das ‚semantische' Ganze wird im umfassenden Sinne als Sprache

[446] *Mayer*, ebd., S. 81.
[447] *Mayer*, ebd., S. 78.
[448] Vgl. *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (24).
[449] *Bertram/Liptow*, ebd., S. 24.
[450] Vgl. *Bertram/Liptow*, ebd., S. 24; weiter auch *Kathrin Glüer*, Alter Hut kleidet gut. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 114 ff. (116).
[451] Diese Vorstellung kritisiert auch schon *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 216.

oder Überzeugungssystem verstanden."[452] Wobei man dies auch hier wieder im Davidsonschen Sinne ganz allgemein auf Interpretation beziehen mag.

Die Notwendigkeit, Identität unterstellen zu müssen,[453] ist aber keineswegs selbst eine solche. Denn vorderhand ist davon auszugehen, "dass die umgangssprachliche Rede von ‚derselben' Überzeugung oder ‚derselben' Bedeutung zweier sprachlicher Ausdrücke eine grobe Redeweise ist."[454] Sie lässt vielerlei Spezifizierungen zu. Für die benötigte Ausdifferenzierung einzelner Gehalte an Überzeugungen oder Bedeutungen mag es durchaus hinreichen, wenn die Bedeutungen oder Überzeugungen "irgendwie" auf ihren Einklang oder ihre Verschiedenheit hin vergleichbar gemacht und aufeinander bezogen werden. Dieses "irgendwie" lässt sich durchaus holistisch, vor allem etwa inferenzsemantisch präzisieren. Ausgangspunkt bleibt, um nicht gleich auch den Holismus mit über Bord zu werfen, dass das durch Bedeutungen und "Überzeugungen gebildete System [...] einen Gedanken fest[legt], indem es ihm im logischen und epistemischen Raum seine Stelle zuweist."[455] Die Frage nach der Ausdifferenzierung von Bedeutungen und Überzeugungen im Einzelnen wird damit schon einmal weit weniger strikt zu einer des Wie ihrer Verortung. Es muss nicht etwas in seinem Gehalt Abhängiges in irgendeine Beziehung gebracht werden. Vielmehr fragt sich, wie man zu einer Vergleichbarkeit kommen kann. Dafür ist die inferentielle Rolle ausschlaggebend. "Bedeutung wird mit Hilfe der inferentiellen Rolle konstituiert bzw. individuiert. Die fragliche Bestimmungsrelation ist damit eine der Äquivalenz: inferentielle Rolle bestimmt Bedeutung, und Bedeutung bestimmt inferentielle Rolle. Jede Änderung in der inferentiellen Rolle ist zugleich eine in der Bedeutung und umgekehrt."[456] Dies ist zwar im Vorderteil richtig. Im Nachsatz aber, der den Status der inferentiellen Rolle festlegt, ist auch das noch zu strikt. Das Problem der Identität wäre so noch nicht gelöst, sondern erst einmal nur reformuliert.

Dennoch bleibt ein Vorteil: die Frage nach dem Was der Identität wird aufgelöst in die Frage des Wie einer Vergleichbarkeit. In einem weiteren Schritt kann man den Begriff der Bestimmung, die Überzeugungen bzw. Bedeutungen erfahren sollen, weiter auflockern. Bestimmung braucht nicht mehr unbedingt als Identität, nicht einmal mehr als Individuation aufgefasst werden. Es reicht allein das Festlegen auf eine inferentielle Rolle zur Verortung aus. Und das kann in viel-

[452] *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff. (78).

[453] So ausdrücklich bei *Jerry Fodor/Ernest Lepore*, Why Meaning (Probably) Isn't Conceptual Role, in: Mind and Language 6, 1991, S. 328 ff. (331).

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

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

[456] *Glüer*, ebd., S. 121. Siehe dafür auch *Paul Boghossian*, Does an Inferential Role Semantics Rest upon a Mistake?, in: Mind and Language 8 (1993), S. 27 ff.

erlei Weise geschehen. Statt sich also auf "Eins-zu-eins-Relationen wie der der Identität oder Konstitution" festlegen zu müssen, reicht es aus "Viele-zu-eins-Relationen" als Verortung ins Spiel zu bringen.[457] Wenn man den Strukturbegriff der Systemtheorie verwendet kann man das Problem präzisieren. Strukturen sind danach nie mit sich identisch. Es gibt nur eine Kondensierung und Konfirmierung des Sinns, als ob die Struktur identisch bliebe. Urteile über Identität sind alles nachträgliche Operationen, die Identität und Nichtidentität konstruieren, aber nicht abspiegeln oder feststellen. Gewonnen ist damit, den unmittelbaren Durchschlag von Veränderungen im Ganzen auf eine Veränderung des Einzelnen in einem Netz von inferentiellen Verweisen aufgefangen zu haben. In Gestalt einer Verortung als Zusammenhang vermag dieses Einzelne unbeschadet genug zu bleiben, um den von Fodor und Lepore behaupteten verheerenden Konsequenzen zu entgehen. Ohne dass die bestimmenden Momente sich unbedingt gleich sein müssten, bleibt immer noch genug übrig, um sich ein Bild davon zu machen, ob man es noch mit demselben Gehalt oder derselben Überzeugung zu tun hat. Das heißt also, "dass die gesamte inferentielle Rolle eines Ausdrucks verschieden sein, er aber trotzdem dieselbe Bedeutung haben kann. Das heißt weiterhin, dass Überzeugungen geändert bzw. Inferenzen aufgegeben oder neue akzeptiert werden können, ohne dass sich notwendigerweise Bedeutung oder Inhalt ändern. Und es heißt schließlich, dass diejenigen inferentiellen Rollen, die dieselbe Bedeutung bestimmen, keinen gemeinsamen Kern bedeutungskonstitutiver Inferenzen enthalten."[458]

Dieser Weg, sich angesichts einer ganzen Umgebung in Anbetracht der eigenen Überzeugungen über Ähnlichkeit oder Verschiedenheit im Klaren zu werden, erinnert an das Davidsonsche Nachsichtsprinzip. Was zur Auflösung des Problems der Identität gesagt wurde, kann aufgrund von deren grundlegender Richtigstellung des holistischen Standpunkts dann auch sinngemäß auf das Problem der Lernbarkeit angewendet werden. Die Anmutung eines Durchwurstelns, das heißt, der Verzicht auf strikte Relationierungen, ist lediglich der Preis, den die Überwindung jeglicher externalistisch reduktionistischer Betrachtungsweisen durch eine holistische fordert. Und das wiederum heißt lediglich, sich illusionärer Überforderungen der Frage nach Bedeutung und Gehalt zu entschlagen. Die Frage allerdings bleibt, ob man sich damit nicht auch gleich noch um die Herausforderung durch die Fundamentalkritik am Holismus herumgemogelt hat. So weit "erweisen sich Fälle scheinbarer Identität des Gehalts tatsächlich als Fälle, in denen ähnliche Überzeugungen oder Ausdrücke ähnlicher Bedeutung vorliegen". Die Frage ist aber, ob die daraus entspringende Notwendigkeit "einen tragfähigen Begriff der Ähnlichkeit begrifflichen Gehalts vorzulegen, der ohne jeden Bezug auf den Begriff der Gehaltsidentität auskommt",[459] dann nicht doch wieder in das alte Problem des Holismus zurückführt. Die Entlastung könnte

[457] Vgl. *Glüer*, ebd., S. 121.

[458] *Glüer*, ebd., S. 122.

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

sich als eine lediglich temporäre erweisen. Um dies zu ermessen, bedarf es der Suche nach einer Form des Holismus, die die Fundamentalkritik daran nicht trifft.

3. Die Umwendung des Holismus in die Horizontale

Für Fodor und Lepore besagt der Holismus, "dass jeder neue Gedanke und jede neue Äußerung – oder stärker noch: überhaupt jeder Akt des Denkens und Sprechens – dieses Ganze derart modifiziert, dass auch alle seine Teile eine Modifikation erfahren."[460] Dieses Bild des Holismus ist überzeichnet und wird so von niemandem ernsthaft vertreten.[461] Dennoch bleibt zunächst der Stachel der Herausforderung durch die Kritik von Fodor und Lepore, sofern diese in der Tat genau an der für den Holismus grundlegenden These von einem intern wechselseitigen Bestimmungsverhältnis von Teil, bzw. Einzelnem, und Ganzen, bzw. Gesamt, angreift;[462] jedenfalls so lange, bis gezeigt werden kann, dass diese These nicht zwangsläufig der von Fodor und Lepore ad absurdum geführten Radikalität verfällt. Die Frage ist also, ob ein *moderaterer* Holismus möglich ist?[463] Wenn ja, in welcher Form einer Einschränkung, das heißt Bändigung der "verrückten" Konsequenzen des radikalen Holismus?[464] Und präziser gefasst: Wie gelingt es, den "semantische[n] Holismus [zu] retten, ohne dass die Differenz zu atomistischen Theorien verwischt wird."[465] Das Problem der Identität konnte durch begriffliche Abrüstung gelöst werden. Bei zu strengen Anforderungen wäre man beim unhaltbaren Atomismus gelandet. Dieser Erfolg legt es nahe, auch den Begriff Holismus zu deeskalieren. In Frage kommen damit erst einmal zwei Vorgehensweisen.[466] Man könnte versuchen, dem Holismus die Intensität

[460] *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (32).

[461] Vgl. *Seel*, ebd., S. 32.

[462] Zur differenzierenden Explizierung *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (18 ff.).

[463] Dazu *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (34 f.).

[464] Zum Holismus als "crazy doctrine" *Jerry Fodor*, Psychosemantics, Cambridge, Mass. 1987, S. 60. Vgl. auch *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (23 f.).

[465] *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff. (81).

[466] Zum dritten schließlich könnte man zwar eingestehen, dass für sich genommen die internen Bestimmungsverhältnisse nicht abschließbar sind. Man könnte aber dennoch nach einer Instanz suchen, die diese dann wenigstens für den jeweiligen Sprecher, bzw. für die konkrete Interpretation einschränken. Dies versuchen kollektivistische Varianten des Holismus. Dazu *Jasper Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 81 ff. u. S. 157 ff.; sowie *ders.*, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist

zu nehmen, indem man ein abgemildertes Konzept der Beziehungen zum Ganzen zugrunde legt. Dies würde zu einem *partiellen* Holismus führen.[467] Man könnte aber auch den Holismus überhaupt in seiner Reichweite abrüsten, indem man den Begriff eines Gesamts einschränkt, um dieses kontrollierbar zu machen. Dies würde zu einem Molekularismus[468] führen.

Ein partieller Holismus besteht nicht mehr darauf, "dass ich alles verstehen muss, um überhaupt etwas verstehen zu können."[469] Vielmehr reicht es vollkommen aus, einiges zu verstehen. Für Brandom setzt das Verständnis eines begrifflichen Gehalts voraus, dass man über etliche weitere Begriffe verfügt.[470] Anders kann es auch gar nicht sein, da sie dieser Gehalt ja aus der inferentiellen Rolle bestimmen soll, die der entsprechende Ausdruck spielt und eine Folgerung sich immer von einem zu einem weiteren bewegen muss. Für die Bestimmung begrifflichen Gehalts mag es so nötig sein, über eine ganze Menge weiterer Begriffe zu verfügen. Es ist aber nie notwendig dazu immer auf das Ganze des entsprechenden Begriffssystems zugreifen zu müssen. Dieses zeigt sich vielmehr in der Art der Folgerungen, die zur Bestimmung gezogen werden und der Art und Weise, wie damit die Bedeutung von Ausdrücken als deren Rolle in diesem System explizit gemacht wird.[471] Der Gewinn daraus liegt erst einmal auf der Hand. Der Holismus wird regionalisiert und damit überschau- und kontrollierbar. "Die Reichweite dessen, wovon der Sprecher einer Sprache oder das Subjekt eines Denkens Kenntnis haben muss, um eigenen oder fremden Äußerungen und Gedanken Bedeutung beimessen zu können", ist begrenzt. "Begriffe erhalten demnach ihren Stellenwert aus ihrer Beziehung zu einer Menge anderer Begriffe, die sich in ihrem Begriffsumfang gegenseitig konturieren. Diese Menge aber ist eine begrenzte Menge, so dass nicht länger das gesamte Feld der Sprache überblickt werden muss, um eine Äußerung zu verstehen. Entsprechendes gilt für Überzeugungen. Eine bestimmte Überzeugung ist demnach in ihrem Gehalt nicht länger an ein Gesamtsystem von Überzeugungen gebunden, sondern lediglich in einer Region von Meinungen inferentiell verankert."[472] So ist

2002, S. 129 ff. (133 ff.). Die Probleme eines kollektivistischen Ansatzes wurden weiter oben im Text als vertikaler Holismus schon diskutiert. Sie liegen darin, dass das Ganze, sobald es bestimmt wird, die Struktur nicht mehr beherrschen kann.

[467] Dazu *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (34 f.).

[468] Siehe *Michael Dummett*, What is a Theory of Meaning, in: *ders.*, The Seas of Language, Oxford 1993, S. 1 ff. Dazu *Jane Heal*, Semantic Holism: Still a Good Buy, in: Proceedings of the Aristotelian Society 94 (1994), S. 325 ff.; *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (8 f.).

[469] Dazu *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (34).

[470] Ausführlich dazu *Robert B. Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, v.a. S. 67 ff.

[471] Zum "Explizitmachen des Impliziten" hier: *Brandom*, ebd., S. 18 f.

[472] *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weiler-

auch Luhmanns Sinnbegriff gebaut, als Äußerung im Feld einiger Verweisungen.

Die Frage ist nur, ob damit das Slippery-Slope-Problem wirklich gelöst ist oder ob es nicht vielmehr doch seine Wiederkehr feiert. Denn es könnte ja sein, dass sich im Mikrokosmos der jeweiligen Begriffsregion genau wieder die den jeweiligen Gehalt aus seiner Stellung schiebende Verlagerung des Ganzen wiederholt, womit jener Gehalt nicht die Bedeutung hätte, durch die er genau dazu führt. Genau das ist bei näherem Hinsehen der Fall. Denn das Problem ist nicht von der Größe des Gesamts abhängig. Es ist eine Angelegenheit des Verhältnisses von Teil und Ganzen in einem solchen Gesamt. Es entsteht so oder so, solange auch innerhalb begrifflicher Regionen konsequent holistisch weiter gelten muss, dass "wenn ich eines verstehen will, [...] ich alles verstehen [muss]; wenn ich eines verändere, [...] alles verändert ist; wenn ich eines kommuniziere, [...] ich alles kommunizieren [muss]." Das heißt, "innerhalb der für Überzeugungen oder Bedeutungen konstitutiven ‚Bereiche' bleibt alles beim Alten."[473] Zudem ist gar nicht ausgemacht, wie sich diese Bereiche als relevante Ausschnitte eines Begriffs- bzw. Überzeugungssystems überhaupt unbeschadet eines Rückfalls in einen radikalen Holismus begrenzen und spezifizieren lassen. Denn es kann sich sehr schnell herausstellen, dass nunmehr für einen solchen Bereich als einer Sinneinheit wiederum seine Stellung in einem weiteren Gesamt bestimmt werden muss und man so unversehens doch wieder beim ganz großen Ganzen landet: "Jede vermeintliche Grenze, jedes vermeintliche Ende ihrer Verknüpfung kann jederzeit überschritten werden. Die Folgerungen, durch die Begriffe und Überzeugungen miteinander verbunden sind oder verbunden sein können, kennen weder ein Ende noch eine Grenze."[474]

Genau dieses Problem will der Molekularismus lösen.[475] Er zieht dem holistischen Ausgriff systematisch eine Grenze ein. Damit soll das jeweilige Flottieren des Verhältnisses von Teil und Ganzem ruhig gestellt werden. Indem der Molekularismus wenigstens im Prinzip "anatomisch"[476] ist, steht er im Gegensatz zum Atomismus. Anatomisch soll dabei heißen, dass die jeweiligen Elemente nur aus einem Zusammenhang untereinander heraus bestimmbar sind. Im Unterschied zu einem dezidiert holistischen Ansatz hat diese gegenseitige Bestimmung aber jeweils einen Schlusspunkt, der sie fundiert und der dadurch als Bremse gegen eine weitere fortgesetzte Kontextualisierung wirkt. Der Molekularismus will sich im Unterschied zu resoluten holistischen Positionen, die den Blick auf das

swist 2002, S. 30 ff. (34).

[473] *Seel*, ebd., S. 35.

[474] *Seel*, ebd., S. 35.

[475] Einen solchen vertritt etwa *Michael Dummett*, What is a Theory of Meaning?, in: *ders.*, The Seas of Language, Oxford 1993, S. 1 ff. Dazu gleichfalls am Junggesellenbeispiel *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (8 f.); sowie *H. Watzka*, Logik, Sprache, Verstehen. Vorlesung im Sommersemester 2004. Kapitel III: Sinn und Gehalt, unter: http://home.arcor.de/heinrich.watzka/parole.skript.3a.pdf, S. 9 ff.

[476] Dieser Begriff nach *Jerry Fodor/Ernest Lepore*, Holism: A Shopper's Guide, Oxford 1992, S. 1.

Ganze richten, auf einen jeweils systematisch überschaubaren Zusammenhang beschränken.[477] Die Idee ist, die Totalität des Ganzen durch eine jeweilige Regionalisierung und Ausgrenzung eines bestimmenden Zusammenhangs beherrschbar zu machen. Ein solcher Teilbereich bliebe als bestimmendes Moment ungetastet von den "Possen" der Verständigung und "der Gegenstände",[478] da sich alle Irritationen, Abweichungen und Modifikationen ausschließlich in ihm abspielen können. Die Hoffnung wäre also, dass das Gleiten des Sinns dadurch aufgefangen werden kann. Man hätte einen unabhängigen Haltepunkt, der als ein partielles sinngenerierendes System fungieren könnte, da "die Menge der jeweils bestimmenden Elemente eine überschaubare und auf prinzipielle Weise abgrenzbare Menge darstellt."[479] Man könnte sich weiter vorstellen, die Gesamtheit der Bedeutungen und Überzeugungen bestehe aus derartigen semantischen "Molekülen". "Die Menge der bestimmenden Elemente ist in diesem Fall zweifellos überschaubar, und als Prinzip der Abgrenzung drängt sich die Unterscheidung zwischen jenen Begriffen auf, die mit einem jeweiligen Begriff analytisch verbunden sind, und Begriffen, für die dies nicht gilt."[480] Im Ganzen gesehen verhielte es sich dann so, dass sich im Gesamt eines Begriffs- oder Überzeugungssystem eine Vielfalt solcher Moleküle versammelt. Man mag sich durchaus von einem zum anderen bewegen. Sie mögen sich durchaus in einer gewissen Ordnung zu einem Ganzen fügen. Was sie aber nicht tun, ist, sich konstitutiv unvermittelt in ihrer Bestimmung zu tangieren. Im Unterschied zum partiellen Holismus ist also jeweilige Einheit als solche unabhängig bestimmt und verankert, so dass bei einer Bewegung der ihr internen Verhältnisse hier nichts "ins Rutschen" kommen kann. Dabei wird allerdings nur ein Problem, das des Holismus für ein anderes eingetauscht, nämlich das der "der prinzipiengeleiteten Abgrenzbarkeit der Menge bestimmender Elemente".[481]

Vor Quines Kritik hätte man zur Seite der Sprache hin für die Bedeutungen auf die Unterscheidung zwischen analytischen und synthetischen Urteilen zurückgreifen können, um in ersteren die jeweils für einen Zusammenhang unabhängig fundierenden Festlegungen zu sehen. Zur Seite der Welt hin hätte man für die Überzeugungen auf die unabhängig grundlegenden Wahrheiten der Protokollsätze bauen können. Die vernichtende Kritik dieser beiden "Dogmen des Em-

[477] Dazu *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (9 f.).

[478] Analog zur Rede von den "Possen" der Gegenstände bei *Donald Davidson*, Was ist eigentlich ein Begriffsschema?, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 261 ff. (283).

[479] *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (8).

[480] *Bertram/Liptow*, ebd., S. 8.

[481] Vgl. *Bertram/Liptow*, ebd., S. 8. Womöglich steckt hier eines der treibenden Motive von Systembildung, Grenzziehung, Ausdifferenzierung: Herstellung eines "stabilen", überschaubaren Kontextes für anspruchsvolle Sinnbildung und Kommuniation. Besonders die reduktionistischen Formalisierungen (Mathematik, Logik) sind hier sehr "sinnvoll", da sie einen genau begrenzten und einfach strukturierten Kontext "erfinden".

pirismus" zeigt jedoch, dass diese Unterscheidungen selbst nicht unabhängig getroffen werden können.[482] Ob eine Aussage analytisch oder nicht ist, hängt vom Begriffssystem als ganzem ab und kann sich mit dessen Verschiebungen ändern. Sofern dieses prinzipiell unterbestimmt ist, beruht die Unterscheidung eben doch wieder auf einem internen Abhängigkeitsverhältnis. Die anscheinend in sich ruhende Bedeutung bleibt nur so lange stabil, so lange nicht die einzelnen Verschiebungen im Gebrauch zu einer Umwälzung des gesamten betroffenen Überzeugungssystem führen, etwa derart, dass Unterschiede verschwinden und daher bestimmte Aussagen, die einst als unumstößliche Wahrheiten galten, obsolet oder gar falsch werden. Nicht anders verhält es sich mit den empirischen Grundwahrheiten. Diese verdanken sich als solche allein ihrer Stellung im Netz des Ganzen eines Theorien- oder Überzeugungssystems mit der entsprechenden Anfälligkeit gegen dessen Verschiebungen. Es kann kein unabhängiges Kriterium für analytische Wahrheiten gegeben werden, das nicht tautologisch nichtssagend und damit zur Ableitung der Berechtigung von Überzeugungen untauglich oder zirkulär wäre. Es führt kein Weg darum herum, sich dafür immer in einem Ganzen von Überzeugungen umzuschauen. Damit steht der Molekularismus in der zweiten Reihe der Stufe einer Ausgrenzung fundierender Zusammenhänge vor dem alten Dilemma: Entweder er fällt zurück in irgendeine Form des Atomismus, indem er behauptet, es gäbe doch so etwas wie extern singulär bestimmbare Elemente, die sich zu Molekülen verketten ließen oder er stellt nur eine Variante des partiellen Holismus dar. Es hat also "wenig Sinn, wenn man versuchte, die systemische Forderung auf kleinere Ausschnitte aus dem Holon der Sprache (des Überzeugungssystems, der Theorie) zu beschränken. Ein solches ‚molekularistisches' Vorgehen löst die Slippery-slope-Probleme nicht prinzipiell sondern macht ihr Auftreten höchstens unwahrscheinlicher. Ist die Bedeutung des Ausdrucks A durch ein molekulares System S bestimmt dann gilt dennoch, dass die Änderung eines Teils dieses Systems (so dass sich S' ergibt) die Bedeutung von A ändert und As (A innerhalb des Systems S) nicht mit As identisch oder nicht in As' übersetzbar ist. Fordert man schließlich, dass A durch andere Ausdrücke explizit definierbar ist, die fundamentaler als A sind, dann gibt man den Holismus preis."[483]

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es keine natürliche Grenze für die Herstellung von Relationen gibt. Sprache und Überzeugungen geben offenbar selbst nichts her, um zu einer beherrschbaren Form des Holismus zu kommen. Von daher liegt es nahe, das Problem dem Bereich zu überantworten, in dem es sich stellt: dem Bereich der Praxis. Lippery slope ist demnach nur ein anderer Ausdruck für die *differance* bei Derrida als unaufhebbare Bedeutungsverschiebung. Dennoch ist Kommunikation, Entscheidung, Begründung möglich. Stelle treten Entparadoxierungen in ihr Recht: Abbruch, Transzendentalisierung, Temporalisierung.

[482] *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 129 ff.

[483] *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff. (82).

Ein horizontal und praktisch orientierter Holismus führt in die richtige Richtung, weil er das Problem des Verhältnisses von individuellen Bedeutungen und Überzeugungen am richtigen Ort stellt. Nämlich dort, wo es allein in Hinblick auf Verständnis und Interpretation ausgetragen sein kann. Der Grundzug von Ansätzen zu einem horizontalen und praktischen Holismus, etwa desjenigen Wittgensteins, ist es, "dass sie nicht den Gegenstand spezifizieren, der holistisch bestimmt wird. Sie bezeichnen vielmehr einen Kontext, innerhalb dessen die holistischen Zusammenhänge auftreten und an den sie gebunden sind. Der jeweilige Gegenstandsbereich (zum Beispiel Sprache) muss dann auf diesen Kontext (zum Beispiel intersubjektive Praktiken) bezogen werden, um in zutreffender Weise holistisch rekonstruiert zu werden."[484] An erster Stelle wäre hierfür Brandoms normativer Pragmatismus und seine darin begründete inferentielle Semantik zu nennen. Damit ist eine Perspektive gewiesen, um zu einem nun angemessenen Holismuskonzept zu kommen. Das drängendste Problem dabei ist und bleibt aber die Frage nach Verwendung des Ganzen als sinnstiftendem Moment. Nur wenn es gelingt, Ähnlichkeiten von Urteilen pragmatisch zu fassen, kann der Holismus operieren. Dieses Problem wird im Recht praktisch.

Als Ergebnis der Diskussion des Holismusproblems in der Philosophie ist festzuhalten, dass ein vertikaler Holismus als konsistente Position nicht vertreten werden kann. Andererseits kann aber der Holimus als Problem auch nicht abgeleugnet werden. Deswegen stellt sich die Frage, wie man mit der holistischen Dimension des Rechts umgehen soll. Vorschläge sind daran zu messen, ob ihnen eine Lösung des Zentralproblems der Moderation des Holismus gelingt.

III. Von der semantischen zur pragmatischen Moderation des Holismus

Die Rechtspraxis kommt ohne den Bezug zum Ganzen nicht aus. Das ergibt sich notwendig schon aus der Verwendung von Sprache. Die Frage nach dem Ganzen bleibt. Zwar wird das Gespenst spektral, aber es kehrt zurück. Recht lässt sich nur im Kontext bestimmen. Das ist die unverlierbare Einsicht der Diskussion um die Einheit der Rechtsordnung. Gescheitert ist sie an der praktischen Uneinlösbarkeit der Idee eines Ganzen als formulierbare Totalität. Das wiederum zeigt, dass es für eine angemessene Vorstellung juristischen Entscheidens Überlegungen bedarf, die weit über das hinausgehen, was die bisherige Hermeneutik und auch viele Ansätze holistischer Philosophie geleistet haben. Die Frage ist, wie dieser holistische Bezug zu denken ist. Die Forderung nach einem Holismus ohne Ganzes[485] liefert uns dafür die Form der Paradoxie. Wir unterstellen die Einheit der Rechtsordnung als Form und streiten in der Praxis

[484] *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 7 ff. (12).

[485] Siehe dazu *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow*, Holismus in der Philosophie, Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff.

über ihren Inhalt. Dabei gibt es keine objektive Wir-Perspektive, sondern nur eine Vielzahl von Sichtweisen, die sich im praktischen Verfahren durch eine Vernetzung mit anderen Entscheidungen aneinander abarbeiten müssen. Dabei gilt es, sich der Herausforderung zu stellen, dass kollidierende Systemlogiken in die *quaestio juris* übersetzt werden, um sie im Rechtssystem rechtlich bearbeiten zu können.

1. Die holistische Struktur der Sprache

Bisher wurde festgestellt, dass der Holismus unvermeidbar ist, aber moderiert werden muss. Durchführen lässt sich das nur praktisch im Verfahren. Es bleibt die Frage zu klären, welche Rolle das Gesetz dabei spielt. Verliert das Gesetz seine steuernde Rolle für die Entscheidung, wenn man die herkömmliche Voraussetzung einer Hierarchie von Rechtsquellen mit vorgegebenem Inhalt fallen lässt? Oder kann man die traditionelle Hierarchie ersetzen durch die Vorstellung eines Netzwerks von Rechtfertigung?

Das Problem der Rechtstheorie liegt darin, dass man für die Rechtsanwendung von der holistischen Dimension nicht absehen kann, aber über keine klare Strategie für die Handhabung dieser Dimension verfügt. Solange die Frage der Handhabung des Ganzen nicht überzeugend gelöst ist, wird sich der Holismus immer wieder zu propagandistischer Virtualität verflüchtigen. Der Versuch zur Strukturierung dieser Dimension muss auf der Ebene der Sprache des Gesetzes ansetzen. Nur pragmatisch lässt sich der Holismus moderieren. Wie also soll sich die Frage nach der Bedeutung des Gesetzes noch sinnvoll stellen lassen, wenn man von der holistischen Dimension nicht absehen kann?

a. Bedeutung liegt nicht bei den sprachlichen Einzelelementen Die Wissenschaft, die von Haus aus für die Frage nach sprachlicher Bedeutung zuständig ist, die Linguistik,[486] hat mit ihren Ansätzen zu deren Beantwortung einen ähnlichen Weg genommen wie die analytische Philosophie. Am Anfang steht der Versuch, Bedeutung auf diejenige elementarer semantischer Einheiten zurückzuführen, auf Worte.[487] Die Aporien, die sich die Linguistik mit einem solchen semantischen Atomismus einhandelt, führen auch sie zunächst in Erinnerung an das Fregesche Kontextprinzip zu einer Satzsemantik.[488] Der damit schon tendenziell eingeschlagene Weg eines Holismus lässt auch die Linguistik

[486] Siehe etwa *John Lyons*, Semantik. Bd. 1, München 1980.

[487] Dazu *Herbert E. Brekle*, Brekle, Semantik: Eine Einführung in die sprachwissenschaftliche Bedeutungslehre. 3. Aufl., München 1982; sowie *Peter Lutzeier*, Linguistische Semantik, Stuttgart 1985, S. 88 ff.

[488] Siehe *Peter von Polenz*, Deutsche Satzsemantik. Grundbegriffe des Zwischen-den-Zeilen-Lesens, Berlin/ New York 1985.

nicht zur Ruhe kommen.[489] Über die Text-[490] und Diskurssemantik[491] muss sie sich dem Bestimmungsverhältnis von Teilen und Ganzem stellen.[492] Schließlich stößt der Hypertext mit seinem Risiko des unbeherrschbaren Gleitens von Sinn die Linguistik auf das Problem einer Moderation des Holismus.[493]

Am Anfang der linguistischen Semantik stand das Wort. Natürlich war den Linguisten klar, dass sich sprachliche Verständigung in der Äußerung von Sätzen vollzieht und die wiederum im Zusammenhang ganzer Verständigungsgeschichten und Texte stehen. Die entscheidende Frage aber war, worin deren Bedeutung besteht. Die Linguistik stellt zunächst die Frage, woraus sich dieser Bedeutung zusammensetzt. Die Antwort der Wortsemantik ist, aus den Bedeutungen der in den Sätzen und Äußerungen vorkommenden Worte. Die lassen sich je nach ihren Eigenschaften zu solchen komplexen Ausdrücken zusammensetzen. Es schien möglich, deren Bedeutungen systematisch „von unten“ auf der Basis derjenigen elementarer bedeutungstragender Einheiten aufzubauen[494], die diesen unabhängig von ihrer weiteren Einbettung in umfassender sprachliche Zusammenhänge zukommt. Dabei scheint sich die Wortsemantik vordergründig auf ein intuitives Sprachverständnis berufen zu können. Fragen der Bedeutung werden gewöhnlich mit Worterklärungen beantwortet. Und Worte sind es, die man vom Spracherwerb und der Verwendung von Wörterbüchern her gewöhnlich als die entscheidenden sprachlichen Einheiten betrachtet. Der „Bedeutungsbegriff“ der Wortsemantik scheint so erst einmal ganz zurecht mit dem Wort als der „kleinsten, selbstständigen Einheit“ verknüpft zu werden, die überhaupt „bedeutungstragend“ sein kann.[495] Das Problem beginnt mit der Frage, worin diese Bedeutung besteht und wie sie ihrerseits unabhängig bestimmt werden

[489] Ausführlich zu dieser Entwicklung *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 25 ff.

[490] Siehe *Siegfried J. Schmidt*, Text und Bedeutung, in: *ders.* (Hrg.), Text, Bedeutung, Ästhetik, München 1970, S. 43 ff.; *ders.*, Texttheorie. Zur Fundierung einer sprachphilosophischen Semantik, München 1976; sowie *Klaus Brinker*, Linguistische Textanalyse. Eine Einführung in Grundbegriffe und Methoden, Berlin 1985.

[491] Siehe *Dieter Wunderlich*, Entwicklungen der Diskursanalyse, in: *ders.*, Studien zur Sprechakttheorie, Frankfurt am Main 1976, S. 293 ff.; *Jürgen Link/Ursula Link-Heer*, Diskurs/Interdiskurs und Literaturanalyse, in: LiLi, Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 77 (1990), S. 88 ff.; *Claudia Fraas*, Begriffe – Konzepte – kulturelles Gedächtnis. Ansätze zur Beschreibung kollektiver Wissenssysteme, in: *Hans Dieter Schlosser* (Hrg.), Sprache und Kultur, Frankfurt am Main 2000, S. 31 ff.

[492] Dazu *Sven Sager*, Intertextualität und die Interaktivität von Hypertexten, in: *Josef Klein/Ulla Fix* (Hrg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität, Tübingen 1997, S. 109 ff.

[493] Grundlegend dazu *Jacques. Derrida*, Zeichen, Ereignis, Kontext, in: *ders.*, Limited Inc., Wien 1988, S. 15 ff. Weiter im Besonderen auch *Uwe Wirth*, Performative Rahmung, parergonale Indexikalität - Verknüpfendes Schreiben zwischen Herausgeberschaft und Hypertextualität, in: *ders.*, Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2002, S. 403 ff.

[494] Grundsätzlich zur Abgrenzung eines „Bottom-up-“ gegen ein „Top-down-Vorgehen“ *Robert B. Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, S. 24 ff.

[495] Vgl. *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 25.

kann. Der traditionelle Verweis auf den Begriff thematisiert eher das Problem, als dass er eine Antwort geben würde.[496] Das Problem verlagert sich auf die Frage nach einem Begriff von „Begriff“.[497] Psychologistische Theorien verweisen auf die Vorstellungen, die man mit dem Wort verbindet.[498] An der Logik orientierte Positionen verwenden den Weltbezug als Bezeichnungsfunktion oder Extension eines Wortes als Bedeutung im engeren Sinne oder Intension eines Wortes.[499] Immer soll das Wort als Zeichen für einen Begriff stehen und daraus seine Bedeutung gewinnen. Entscheidend ist über alle Unterschiede hinweg hier der Status, dem man einer solchen Bestimmung von Bedeutung zumisst. Dazu braucht man zwei Prämissen: Es ist dies zum einen die Annahme, „dass das, worauf man sich mit dem Wort ‚Bedeutung' bezieht, überhaupt in irgendeiner Form existiert.“ Diese „Existenzprämisse“ ist entscheidend dafür, dass das Wort überhaupt als elementare Einheit auftreten kann. Und es ist zum zweiten die Annahme, „dass alles, was als ‚Bedeutung' bezeichnet wird, seiner Natur nach ähnlich oder gar identisch ist.“ Ohne diese „Homogenitätsprämisse“ könnte das Wort als bedeutungstragende Einheit nicht unabhängig auftreten.[500] Es wäre andernfalls, ganz so wie der semantische Holismus behauptet, abhängig relational bestimmt.

In Abgrenzung zum Holismus wird die Bedeutung zunächst verwendet, um das Wort zu identifizieren und seine Existenz nachzuweisen. Ausgehend von der klassisch aristotelischen Begriffslehre mit ihrer Differenzierung von Genus proximum und Differentia specifica wird die Bedeutung durch Bündel von Merkmalen angegeben. Diese sollen den besonderen Gehalt garantieren. Zur Seite der Sprache hin sollen sie konstitutiv die besondere Spezifizierung des Wortes gewähren. In dieser Weise versucht die Merkmal-, bzw. Komponentialsemantik ihren begriffslogischen Ansatz vor allem strukturell zu konkretisieren. „'Bedeutung' ist in dieser Auffassung ‚ein Komplex semantischer Merkmale'.“[501] Wesentlich ist hier, dass damit die Bedeutung eines Wortes zur Einlösung der Homogenitätsprämisse in sich geschlossen sein soll. Ein Wort ist existent, wenn es einen solchen Merkmalskomplex als seine semantische Eigenschaft aufweist. Damit wird es zu jener unabhängigen Grundeinheit, aus denen sich komplexere Ausdrücke nach syntaktischen Konstruktionsprinzipien entsprechend den Verträglichkeiten der Merkmalskomplexe untereinander zusammensetzen. Damit taucht natürlich schon das Problem auf, woraus sich diese Kombinierbarkeit ergeben soll, wenn die Worte aufgrund ihrer semantischen Merkmale

[496] Vgl. *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 27. Ausführlich dazu *Siegfried J. Schmidt*, Bedeutung und Begriff. Zur Fundierung einer sprachphilosophischen Semantik, Braunschweig 1969.

[497] Zur Übersicht *Rudolf Haller*, Begriff, in: *Joachim Ritter* (Hrg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 1, Darmstadt 1971, S. 780 ff.

[498] Prägend dafür *John Locke,* An Essay concerning Human Understanding, Oxford 1975.

[499] Prägend dafür *Rudolf Carnap*, Meaning and Necessity: A Study in Semantics and Modal Logic, Chicago 1947.

[500] Beide Prämissen nach *John Lyons*, Die Sprache, München 1983, S. 128.

[501] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 29 nach *Thea Schippan*, Einführung in die Semasiologie, Leipzig 1972, S. 29.

autark sein sollen. Der atomistische Ansatz der Semantik bekommt hier bereits Risse.[502]

Ähnlich wie der logische Atomismus reagiert die Wortsemantik auf die Frage, welche semantischen Merkmale für die Bedeutung eines Wortes konstitutiv und welche lediglich kontingentes Beiwerk sind, zunächst naiv realistisch. Dies soll sich nach den Eigenschaften des jeweils vom Wort Bedeuteten richten, der von ihm bezeichneten Gegebenheiten in der Welt: „Meist wird die Idee, dass Wortbedeutungen in universelle semantische Merkmale zerlegbar seien, an Lexemen eingeführt, die materielle Gegenstände bezeichnen (...); damit ist dann die erkenntnistheoretische Hypothese verbunden, dass die behaupteten universellen Merkmale zugleich abstrakte Dingeigenschaften seien, die, da sie ja in der Perzeption den ‚Dingen' der Welt direkt ‚abgenommen' seien, auch außersprachlich, und mithin universale Konstanten der menschlichen Wahrnehmungsfähigkeit seien."[503] Ebenso, wie beim logischen Atomismus, aber scheitert diese Annahme an der Voraussetzungshaltigkeit des Bezugs. Die Eigenschaften der Dinge lassen sich nicht an diesen ablesen, sondern verdanken sich einem komplexen Überzeugungssystem. Aus diesen ergibt sich, was unmittelbar relevant ist und was nicht. Auch hier „lehrt schon der Versuch der Übersetzung einfachster Texte aus einer Sprache in eine andere, dass von einer durch einfache Perzeption herstellbaren eins-zu-eins-Beziehung von Dingeigenschaften und semantischen Merkmalen keine Rede sein kann."[504] Die Frage der auszeichnenden Merkmale kann also nicht an die Welt weitergegeben werden, sondern verbleibt in der Sprache: „Der Aufweis einer notwendigen und hinreichenden Menge von Merkmalen zur Abgrenzung vieler lexikalischer Einheiten (...) dürfte ohne eine konventionelle Festlegung, d.h. einer Entscheidung zugunsten eines und damit unter Ausschluss eines anderen Sprachgebrauchs, nicht willkürfrei möglich sein."[505]

Das ist der Ansatz von Putnams Bedeutungskonzept des Stereotyps[506] gegen eine begriffslogisch orientierte Merkmalsemantik Carnapscher Provenienz.[507] Die Bedeutungsbestimmung für das einzelne Wort ist nicht unabhängig. Sie kann nur in Hinblick auf dessen Rolle in der sprachlichen Verständigung gestellt und beantwortet werden. Konkret beruht sie auf sozialen Normalitätsurteilen, in denen ganz auch im Sinne Davidsons Bedeutung und Überzeugung kontaminieren. Als Normalitätsurteile sind Bedeutungen keinerlei Notwendigkeiten

[502] Zu dem "vielen Merkmalsdefinitionen inhärente(n) Atomismus" *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 32.
[503] *Busse*, ebd., S. 32.
[504] *Busse*, ebd., S. 32.
[505] *Werner Wolski*, Schlechtbestimmtheit und Vagheit. Tendenzen und Perspektiven. Methodologische Untersuchungen zur Semantik, Tübingen 1980, S. 45.
[506] *Hilary Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung". 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990, S. 62 ff. Linguistisch dazu *Gisela Harras*, Zugänge zu Wortbedeutungen, in: *dies./Ulrike Haß/Gerhard Strauß*, Wortbedeutungen und ihre Darstellung im Wörterbuch, Berlin 1991, S. 3 ff. (18 ff.).
[507] Siehe *Hilary Putnam*, Is Semantics Possible?, in: *ders.*, Mind, Language, Reality. Philosophical Papers Vol. II, Cambridge/New York 1975, S. 139 ff.; sowie *ders.*, Die Bedeutung von „Bedeutung", 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990, S. 23 ff.

verpflichtet. Sie beruhen auf einer, durch normativen Druck aufrecht erhaltenen Konformität. Das heißt, Bedeutung bemisst sich an der Sprechergemeinschaft mit ihren als verbindlich postulierten Überzeugungen. Die Bedeutung eines Ausdrucks kennen, heißt, die richtigen Dinge dazu sagen zu können. Und die „richtigen“ Dinge sagen heißt, sich dem zu fügen, was in der jeweiligen Sprachgemeinschaft „stereotyp“ anerkannt wird, indem man in der Lage ist, auf Nachfrage entsprechende Antworten zu geben.[508] Dieser Nachweis sprachlicher Kompetenz gegenüber anderen Sprechern bedeutet nun nicht, dass die fraglichen Bedeutungsmerkmale begriffsnotwendig seien oder, was auf dasselbe hinausläuft, unbedingt tatsächliche Eigenschaften betreffen müssten. Die in einem Stereotyp als Normalfall versammelten Faktoren kommen den entsprechenden Gegebenheiten nicht zwangsläufig zu. Sie sind nur das, was die jeweilige Gemeinschaft sprachlich aus ihrer Welt macht. Sie sind jeweils ”eine konventional verwurzelte (...) möglicherweise völlig aus der Luft gegriffene (...) Meinung darüber, wie ein X aussehe oder was es tue oder sei”.[509] So ist die Theorie des Stereotyps auch in der Linguistik aufgenommen worden: „Da sie Meinungen darstellen, die in einer Sprach- oder besser: Kulturgemeinschaft bei ihren Mitgliedern vorherrschend sind, beziehen sich die Informationen, die in den Merkmalen wiedergegeben werden, in erster Linie auf Sichtweisen, die die Menschen von den Dingen haben und die in ihrer Sprache konventionalisiert sind und nicht auf Eigenschaften, die als gegeben angenommen und in Bedeutungsbeschreibungen sozusagen nur abgebildet werden.“[510] Insofern lassen sich Stereotype auch komplexeren Sach- und Sozialverhalten zuschreiben.[511]

Erkennbar steht damit die Bedeutung eines Ausdrucks in einem Ableitungszusammenhang, der sie tendenziell holistisch werden lässt. Dies erkennt auch die Linguistik an, wenn sie, immer noch auf das Wort orientiert, zugesteht, dass die Festlegung auf lexikalische Bedeutungen „zu den zentralen ‚Arbeiten’ innerhalb der Sprachgemeinschaft (zählt); eine Arbeit, die nie zu Ende geht, da es sich um einen dynamischen Prozess handelt.“[512] Die Unvermeidbarkeit des Holismus in der Bedeutungsfrage führt dazu, dass die Linguistik sich von der Vorstellung vom Wort als elementarer sprachlicher Einheit verabschiedet. Auslöser ist die pragmatisch und vor allem gebrauchstheoretisch gewonnenen Einsicht[513], „dass Sprache als Phänomen der Lebenswelt nicht in der ontologischen Geschiedenheit einzelner Wort-Einheiten vorkommt, sondern stets nur in gebundener ‚Rede’, in situations- und kontextgebundenen Äußerungen, die in sich komplex und

[508] *Hilary Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung“. 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990, S. 66 f.; *Gisela Harras*, Zugänge zu Wortbedeutungen, in: *dies./Ulrike Haß/Gerhard Strauß*, Wortbedeutungen und ihre Darstellung im Wörterbuch, Berlin 1991, S. 3 ff. (27).

[509] *Hilary Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung“. 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990, S. 68.

[510] *Gisela Harras*, Zugänge zu Wortbedeutungen, in: *dies./Ulrike Haß/Gerhard Strauß*, Wortbedeutungen und ihre Darstellung im Wörterbuch, Berlin 1991, S. 3 ff. (28 f.).

[511] Siehe *Harras*, ebd., S. 37 ff.

[512] *Peter Lutzeier*, Linguistische Semantik, Stuttgart 1985, S. 128.

[513] Zu der so konsequent an Wittgenstein orientierten „praktischen Semantik“ *Hans Jürgen Heringer/ Günther Öhlschläger/Bruno Strecker/Rainer Wimmer*, Einführung in die praktische Semantik, Heidelberg 1977.

strukturiert sind“.[514] Dem beugt sich auch eine formeller, strukturalistischer ausgerichtete Linguistik, indem sie getreu des Fregeschen Kontextprinzip zumindest vom Satz als für die Bedeutungsfrage relevanter Einheit ausgeht. Die Satzbedeutung wird nun nicht mehr nach dem Kompositionalitätsprinzip nur als eine Zusammenstellung von Wortbedeutungen betrachtet. Vielmehr geht man davon aus, dass „das Verstehen der Satzbedeutung etwas anderes ist als das Verstehen aller Bedeutungen der einzelnen im Satz enthaltenen Wörter“.[515] Mit dieser Einsicht ist zugleich ein gewichtiger Umbruch in der Betrachtungsweise verbunden. Es wird nun nicht mehr „aszendent“ von den einzelnen Wortbedeutungen auf die des sie enthaltenden Satzes geschlossen wird, sondern es wird umgekehrt „deszendent“ oder „top down“[516] vom Satz her gearbeitet. Damit ist zwar eine tendenziell auch inferenzialistisch ausgerichtete holistische Perspektive eingeschlagen.[517] Die Orientierung auf den Satz reicht aber für die Konsequenzen nicht aus. Dies zeigt insbesondere die Satzsemantik von Peter von Polenz, die die kommunikativen Realitäten komplexerer textueller Zusammenhänge in den Blick nimmt.[518] Dabei stellt sich heraus, dass die Bedeutungen von Sätzen und erst recht von einzelnen Ausdrücken nur aus einem ganzen Geflecht von Anspielungen und Implikationen durch den konkreten Textzusammenhang erschließen lassen. Der wiederum wird nur fassbar, wenn man weiter den sozial kulturellen Hintergrund berücksichtigt, vor dem dieser Textzusammenhang wiederum seine besondere Prägung erfährt. „Damit muss auch „der traditionelle Weg der Satzanalyse von den einzelnen Einheiten zur Erschließung der Gesamtstruktur umgekehrt werden und vom Gesamtinhalt des Satzes zur Analyse der Ausdrucksstruktur gegangen werden, ‚und zwar nicht nur von den abstrakt entwickelten Satzinhalts-Komponenten her, sondern von den kognitiven und kulturellen Voraussetzungen, die jedem kommunikativen Handeln vorausliegen. Wir gehen von außersprachlichen Wissensbeständen aus und fragen dann danach, in welchen verschiedenen Stufen Teile eines Wissensbestandes in konkreten sprachlichen Äußerungen überhaupt realisiert werden.’ “[519]

b. Bedeutung liegt nicht beim Ganzen des Sprachsystems Damit hat die Linguistik in der Frage nach sprachlicher Bedeutung ausdrücklich eine ”holis-

[514] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 62.

[515] *Hans Hörmann*, Meinen und Verstehen. Grundzüge einer psychologischen Semantik, Frankfurt am Main 1976, S. 185.

[516] Allgemein dazu *Robert B. Brandom*, *Robert B. Brandom,* Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, S. 24 ff. Des näheren hier *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 167 f.

[517] Vgl. *Busse*, ebd., S. 94.

[518] Siehe *Peter von Polenz*, Deutsche Satzsemantik. Grundbegriffe des Zwischen-den-Zeilen-Lesens, Berlin/ New York 1985.

[519] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 78 und *Peter von Polenz*, Deutsche Satzsemantik. Grundbegriffe des Zwischen-den-Zeilen-Lesens, Berlin/ New York 1985, S. 131.

tische" Betrachtungsweise erreicht.[520] Der Schritt auch über den Satz hinaus zum Text erscheint dann geradezu schon selbstverständlich. Er ist es wenigstens dann, wenn man nicht auf der Ebene des Satzes den grundlegenden Fehler der Wortsemantik wiederholen will, ihn als eine isolierte Ausdruckseinheit zu sehen, die entsprechend ihre Bedeutung aus sich selbst heraus zu schöpfen vermag. Davidson hat unmissverständlich klargestellt, "dass ‚Sätze' ebenso wenig wie Wörter als isolierte Einheiten in der sprachlichen Realität vorkommen sondern immer nur eingebettet in Verständigungssituationen und Wissenskontexte."[521] Sprachlich manifest wird dies vorrangig als Text. Der verweist sowohl in seiner spezifischen Prägung als ein solcher als auch in sich als ein komplex geordnetes Ganzes von Gehalt darauf. Der Linguistik stellt sich die Frage nach der sprachlichen Bedeutung mit der "Wende hin zur Analyse größerer, satzübergreifender Spracheinheiten" in doppelter Weise.[522] Zum einen fragt sie, wie die einzelnen Bestandteile von Texten aus dessen Zusammenhang heraus ihre Bedeutung gewinnen. "Sprachzeichen können nur textuell gebunden vorkommen, können so auch nur als gebundene Sinn und Erfolg haben", womit dessen Bedeutung allein "nach seiner Teilhabe an der Gesamtwirkung des Textes" bestimmt werden kann.[523] Und zum zweiten fragt die nunmehr in eine Textlinguistik gewendete Sprachwissenschaft, wie ein bestimmter Typ von Text zu einer solchen Bedeutung kommt.[524] Die Art und Weise, wie die Linguistik dabei vorgeht zeugt unübersehbar von einer holistisch semantischen Methode. Beispielhaft hierfür ist der textlinguistische Ansatz von Siegfried J. Schmidt, mit dem er ausdrücklich auch an Wittgensteins Sprachspielsemantik anknüpft[525] Für ihn ergibt sich die Bedeutung von Ausdrücken aus ihren "Anschließbarkeiten" in Texten und Kontexten. Bedeutung, sei es von Worten oder sei es von Syntagmen, sind damit prozedural bestimmt. In Umkehr heißt das, dass sich Bedeutungen allein im Schluss aus diesen Kontexten ergeben. Auf den Ausdruck zurück gesehen, besteht seine besondere Bedeutung in den "Einbettungsmöglichkeiten" in entsprechende "Integrationsumgebungen" und ist daher auch aus diesen zu erschließen: "Ein Wort muss in eine konkrete textuelle Umgebung integriert werden, um aus der Fülle seiner Verwendungsmöglichkeiten überhaupt eine Bedeutung herausgrenzen zu können; andererseits ist eine Satz- (oder Text-) Bedeutung selbst integrativ aufzufassen als Ergebnis einer Komplexion von Aus-

[520] So bei *Peter Lutzeier*, Linguistische Semantik, Stuttgart 1985, S. 162.

[521] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 62.

[522] Dazu vor allem *Peter Hartmann*, Textlinguistik als linguistische Aufgabe, in: *Wolfgang Dressler* (Hrg.), Textlinguistik, Darmstadt 1978, S. 93 ff.; sowie *ders.*, Problem der semantischen Textanalyse, in: *Siegfried J. Schmidt* (Hrg.), text, bedeutung, ästhetik, München 1970, S. 15 ff.

[523] *Peter Hartmann*, Zum Begriff des sprachlichen Zeichens, in: Zeitschrift für Phonetik, Sprachwissenschaft und Kommunikationsforschung 21 (1968), S. 205 ff. Vgl. zugleich *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 64.

[524] Zum Überblick im einzelnen *Klaus Brinker*, Linguistische Textanalyse. Eine Einführung in Grundbegriffe und Methoden, Berlin 1985.

[525] Siehe *Siegfried J. Schmidt*, Texttheorie. Probleme einer Linguistik der sprachlichen Kommunikation, München 1976.

drucksmitteln, die nur durch die wechselseitige Verschränkung der Elemente eine Bedeutung erhält, welche aus den Elementen allein nicht erklärt werden kann."[526] Das heißt, "dass die Anschlüsse, welche für ein Wort in Texten möglich sind, d.h. die möglichen Umgebungen, dasjenige determinieren, was wir die ‚Wortbedeutung' (seine ‚Gebrauchsweise', seine ‚Verwendungsregel') nennen."[527] Bedeutung ist damit nichts anderes als "textgebundene Leistungsbedeutung". Ist das eigentlich schon Holismus pur, so verstärkt sich dieser Eindruck noch, wenn für Schmidt Bedeutungen sozial eingespielte "Verwendungsgeschichten" ergeben. Überhaupt wird Text für Schmidt in "kommunikativen Handlungsspielen" vollzogen. Ganz wie beim Sprachspielbegriff, auf den Schmidt sich damit bezieht, machen diese sowohl in ihrer Sprachlichkeit ganze "Textwelten" aus, deren Gehalt wiederum in Hinblick auf die Welt integrativ komplexe "Wirklichkeitsmodelle" schafft und vermittelt.

Hier wird endgültig der "Zug zum Ganzen" eines radikal semantischen Holismus sichtbar. Bestärkt wird dies, wenn die Linguistik dann konsequenterweise auch Textverstehen auf inferentielle Prozeduren zurückführt, auf Schlussprozeduren aus dem ganzen Text auf die Bedeutung von Ausdrücken.[528] Unübersehbar wird die Radikalität der holistischen Betrachtungsweise, wenn man von den semantischen Verhältnissen im Inneren von Text zu der Frage nach besonderen Ausprägungen von Texten als solches kommt. Texte stehen nicht isoliert. Zusammen und gegenseitig am Leben gehalten werden sie durch ein vielschichtiges Geflecht von Anspielungen, Verweisen, Bezügen und Traditionen. Kurzum, im "Raum eines Textes überlagern sich mehrere Aussagen, die aus anderen Texten stammen und interferieren".[529] Text verdankt sich daher immer wieder selbst der Intertextualität. [530] Dabei macht der Text diese Bezüge nicht immer sichtbar. Die Lektüre muss sie erst herstellen.[531] Weder Textbedeutung noch Intertextualität sind dem Text inhärent: "Die Instanz zur Herstellung" all jener "Bezüge", die ihn intertextuell in die unabsehbare Masse von Text eintauchen lassen, ist "der Leser".[532] "Folglich ist der Text eine Produktivität". "Er ist eine Textverarbeitung", "eine Intertextualität".[533] Das heißt aber, dass dem

[526] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 6.

[527] Dietrich Busse, ebd., S. 64.

[528] Ausdrücklich in diesem Zusammenhang zum "Begriff der ‚Inferenz' *Bernd Ulrich Biere*, Verständlich-Machen. Hermeneutische Tradition - Historische Praxis - Sprachtheoretische Begründung, Tübingen 1989, S. 92 ff.

[529] *Julia Kristeva*, Probleme der Textstrukturation, Köln 1972, S. 245.

[530] Zum Überblick *Wolfgang Heinemann*, Zur Eingrenzung des Intertextualitätsbegriffs aus textlinguistischer Sicht, in: *Josef Klein/Ulla Fix* (Hrg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität, Tübingen 1997, S. 21 ff.

[531] Siehe hierzu vor allem *Wolfgang Iser*, Der implizite Leser, München 1972; sowie *ders.*, Der Akt des Lesens, München 1976. Des näheren auch Ulrike Bergermann, "Verkörpert" Hypertext Theorien vom Schreiben? in: ZMM news. Zeitschrift des Zentrums für Medien und Medienkultur der Universität Hamburg 1997/98, S. 24 ff.

[532] Vgl. *Ernest W. B. Hess-Lüttich*, Text, Intertext, Hypertext. Zur Texttheorie der Hypertextualität, in: *Jürgen Söring/Reto Sorg* (Hrg.), Androïden. Zur Poetologie der Automaten. 6. Internationales Neuenburger Kolloquium 1994, Frankfurt am Main 1997, S. 53 ff. (59).

[533] *Julia Kristeva*, Zu einer Semiologie der Paragramme, in: *Helga Gallas* (Hrg.), Struktural-

Text keinerlei Konstanz in der Bedeutung zukommen kann. Mit jeder seiner Verortungen in einem Gesamt von Text und damit umgekehrt mit jeder seiner Semantisierungen in Folgerung daraus wandelt er sich. Er stellt keine "einmalige, abgeschlossene und unveränderliche Sinngröße in Kommunikationsakten dar."[534] In seiner Bedeutung ist ein Text nicht mehr als der momentan durch die Lektüre festgeschriebene, semantische Schnittpunkt eine Fülle von Texten, die gewissermaßen in ihm als Brennpunkt kumulieren. Der Text versammelt so in sich ein "Konglomerat von Wissenssystemen und kulturellem Code"[535], welche die Lektüre aufzunehmen hat. Die Lektüre vollzieht sich, indem sie die Bezüge, denen sich Text verdankt, vollzieht. Dabei repliziert sie, da sie sich nicht frei im kulturellen Ensemble bewegt, sondern den Text ernst nimmt. Zugleich aber stellt sie so Text erst wieder her, der ohne Lektüre buchstäblich keinen Sinn machte. Die Lektüre schreitet gewissermaßen die als Text bezeichneten "Interaktionskontexte" ab. "Dem Inferieren und Konstruieren des Textrezipienten sind also durch den Text selbst -und andere soziale Verbindlichkeiten - Grenzen gesetzt. Daher kann die Textstruktur als eine Art Rahmen oder Spielraum begriffen werden, innerhalb dessen sich adäquates Textverstehen und Sinnkonstituieren vollziehen kann."[536]

Fragt man von hier aus noch einmal zurück nach sprachlicher Bedeutung, so lässt sich dafür keinerlei Ausgangs- oder Endpunkt in einem substantiell bestimmten Ganzen mehr annehmen. Der Abschied vom "Mythos des Gegebenen", den der Holismus nimmt, macht weder vor Bedeutung, noch vor Text, noch überhaupt vor Sprache halt. Gibt man an diese die Konsequenzen zurück, die sich aus der semantischen Grundfrage nach Bedeutung ergeben, so erweist sie sich lediglich als einer der "Prozesse im Raum zwischen den Subjekten".[537] Die "Vorstellung, die Worte der Sprache seien etwas 'Volles' und ruhten gesättigt – gesättigt am Diskurs, wenn auch nicht mehr mit 'Bedeutung' unmittelbar – in sich selbst"[538], ist eine Illusion. Vielmehr ist unabweisbar, "dass die Sprache mehr ist als nur ein passives Medium für den Transport von Bedeutungen. Sie ist nur scheinbar transparent und beliebig; je genauer man sie betrachtet, desto deutlicher wird, dass ihre jeweilige Organisationsform - ihre diskursive Struktur - nicht unwesentlich an den 'Bedeutungen' beteiligt ist".[539] Diese können nicht mehr sein als "eine Art Niederschlag, den die konkreten Verwendungen im Diskurs an den Wörtern hinterlassen haben. Jede einzelne Verwendung appliziert etwas von der komplexen kontextuellen Bedeutung der Sequenz, in der das Wort steht,

ismus als interpretatives Verfahren, Darmstadt/Neuwied 1972, S. 163 ff. (170 f.).

[534] *Wolfgang Heinemann*, Zur Eingrenzung des Intertextualitätsbegriffs aus textlinguistischer Sicht, in: *Josef Klein/Ulla Fix* (Hrg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität, Tübingen 1997, S 21 ff. (27).

[535] *Heinemann*, ebd., S. 23.

[536] *Heinemann*, ebd., S. 30.

[537] *Hartmut Winkler*, Docuverse. Zur Medientheorie der Computer, München 1997, S. 53.

[538] So *Hartmut Winkler*, Metapher, Kontext, Diskurs, System, in: Kodikas/Code. Ars Semiotika, 12 (1989), S. 21 ff.; hier zit. nach: www.uni-paderborn.de /~winkler/metapher.html.

[539] *Peter Schöttler*, Sozialgeschichtliches Paradigma und historische Diskursanalyse, in: *Jürgen Fohrmann/Harro Müller* (Hrg.). Diskurstheorien und Literaturwissenschaft, Frankfurt am Main 1988. S. 159 ff. (179 f.).

auf das einzelne Wort, jede einzelne Verwendung hinterlässt eine Spur; diese Spur allerdings wird nur dann Bestand haben, wenn nachfolgende Diskurse sie aufgreifen und bestätigen; in allen anderen Fällen wird sie im Rauschen der Diskurse untergehen."[540] Wenn man noch von einer "Bedeutung" sprechen will, die den sprachlichen Ausdrücken zukommt, kann man daher von nichts anderem sprechen, als über "ein Wiederholungsphänomen, ein(en) statistische(n) Effekt über der unübersehbaren Menge parallellaufender Diskurse. Und umgekehrt sind es die konkreten Kontexte, die die Worte 'informieren'; die Diskurse 'arbeiten am System', bauen Bedeutungen auf und tragen Bedeutungen ab".[541]

Für die Linguistik heißt das konkret, nicht in die tradierte semantische Illusion zurückzufallen, Bedeutungen stünden als substantielle Instanz zur Verfügung. Denn "jedes Wort und jeder komplexe Ausdruck [kann] auf neue und unerwartete Weise verwendet werden."[542] Man hat es bei Bedeutungen nicht mit einer intrinsischen Eigenschaft von Sprache zu tun. So gesehen, ist Bedeutung nicht mehr als "eine praktische Interpretationskrücke, und in der Praxis können wir es uns nicht leisten, ohne diese Krücke auszukommen – aber es ist eine Krücke, die wir unter optimalen Kommunikationsbedingungen zu guter Letzt fortwerfen und in der Theorie von vornherein hätten entbehren können."[543] Ohne ausdrücklich auf Davidson zu rekurrieren ziehen auch heutige Ansätze der Linguistik diesen Schluss: "Was uns im Wege steht, wenn wir uns mit den Mechanismen des Redeverstehens befassen wollen, das sind zuerst unsere Vor-Urteile über das, was beim Reden und Verstehen passiert."[544] Für Verständigung und Spracherwerb ergibt sich daraus ein Bild, das sich nicht den Annahmen einer gemeinsamen Sprache als deren angeblich unabdingbarer Voraussetzung fügt und daher eben auch nicht der von einer "übereinstimmende(n) Bedeutung als Voraussetzung des Verstehens". Stattdessen muss man davon ausgehen, dass übereinstimmende Bedeutungen erst das Ergebnis des Verstehens sind.[545] "Gemeinsame Sprache (was auch immer das heißt!)" kann sich nur "als eine Folge der erfolgreichen Kommunikation" einstellen.[546] Und das heißt semantisch, dass "man [...] durchaus nicht die lexikalische Bedeutung von Wörtern kennen (muss), um mit ihnen erfolgreich in der Kommunikation operieren zu können."[547] Daraus ergibt sich zwangsläufig der Holismus: "Sinn und Wert eines Ausdrucks, einer Redewendung [...], sind nichts Inhärentes, keine festen lexikalischen Systemeigenschaften, sie sind zunächst Beziehbarkeiten, die sich aus dem

[540] *Hartmut Winkler*, Metapher, Kontext, Diskurs, System, in: Kodikas/Code. Ars Semiotika, 12 (1989), S. 21 ff.; hier zit. nach: www.uni-paderborn.de /~winkler/metapher.html.
[541] *Winkler*, ebd.
[542] *Eva Picardi*, Einleitung. Zu Davidsons Philosophie der Sprache, in: *dies./JoachimSchulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 7 ff. (45).
[543] *Donald Davidson*, Kommunikation und Konvention, in: *ders.* Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 372 ff. (391 f.).
[544] Siehe *Clemens Knobloch*, "Sprachverstehen" und "Redeverstehen", in: Sprachreport 1 (2005), S. 5 ff. (5).
[545] *Knobloch*, ebd., S. 7.
[546] *Knobloch*, ebd., S. 12.
[547] *Knobloch*, ebd., S. 6.

vorgängigen Gebrauch dieser Ausdrücke im Erfahrungsfeld [...] ergeben. Das Verstehen ist nicht das Einrasten einer richtigen Bedeutung, sondern eine Art Abgleichungsprozedur, die prüft, ob und wie die Vorerfahrungen mit dem Ausdruck in die aktuelle Lage passen."[548] Man muss die Kompetenz haben, aus den jeweils relevanten sozialen Gegebenheiten die entsprechenden Schlüsse zu ziehen, was der andere zu verstehen gibt. Im Sinne Davidsons ist damit auch für den Linguisten Verständigung nicht Austausch fertiger Bedeutungen, sondern empraktisches und soziales Verstehen von Personen: "Redeverstehen setzt in jedem Falle eingelebte Sinn- und Handlungszusammenhänge als Grundlage voraus. Was wir sprechen, ist unlöslich verwoben mit dem, was man als den sinnhaften Aufbau einer geteilten sozialen Welt bezeichnen könnte."[549] Der Verzicht auf eine fertig vorgeordnete Sprache scheint die Schwierigkeit zu produzieren, damit nichts Gehaltvolles zur Bedeutung sagen zu können. Der Eindruck täuscht. Was man aufgibt sind lediglich die Verlegenheiten eines radikalen Holismus. Bedeutung als holistische Eigenschaft verlangt sicherlich, dass sie "nicht primär als Eigenschaft des Ausdrucks aufgefasst werden darf, sondern als Eigenschaft eines Systems von Sätzen, in denen der Ausdruck vorkommt. Die Bedeutung darf [...] auch nicht als das Resultat einer additiven Operation von semantischen Merkmalen zu verstehen sein, die unabhängig gegeben und fundamentaler als die Eigenschaft selbst sind. Dies entspräche dem atomistischen Programm einer klassischen Philosophie der Sprache."[550] Bedeutung als holistische Eigenschaft zu sehen verlangt aber nicht, von ihr fortan schweigen zu müssen. Man muss nur akzeptieren, dass Bedeutung auf einer instabilen und partiellen Basis gebaut ist, die das holistische Ganze nur implizit enthält und nichts weiter als relativ bestimmt ist. Damit kann man das Slippery-Slope-Problem lösen und sich der Frage widmen, wie es in der Verständigung zu Bedeutung kommen kann.

c. Holistischer Individualismus als Vernetzung gelungener Verständigungen Wenn der Holismus unvermeidbar ist[551] und andererseits als vertikaler nicht funktioniert, muss die Linguistik den Weg eines „Holismus ohne Ganzes"[552] einschlagen. Die Kompetenz eines idealen Sprechers oder die Universalgrammatik ist nicht verfügbar. Und das ist auch gar nicht nötig, wenn man nur das Bestreben aufgibt, das holistische Bestimmungsmoment eines Ganzen theokratisch aus einer Außenperspektive erfassen zu wollen.[553]

Gefordert ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus, das das Mo-

[548] *Knobloch*, ebd., S. 8.
[549] *Knobloch*, ebd., S. 8.
[550] *Verena Mayer*, Das Entstehen von Bedeutung. Semantische Abhängigkeit und ontische Emergenz, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 67 ff. (88).
[551] Dazu *Alexander Farshim*, Ganz oder gar nicht. Holismus und die Unbegrenztheit des Begrifflichen, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 189 ff.
[552] *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (30 f.).
[553] Vgl. *Seel*, ebd., S. 30.

ment des Ganzen aus dem Innern der Praktiken heraus bestimmt. Es wird damit "holistisch individuell"[554] eine Angelegenheit "zwischen" den Beteiligten solcher Praktiken.[555] Man sollte also auch nicht über ein kollektives, die Einzelnen begrifflich semantisch regierendes "Wir" eine Substantiierung des holistisch bestimmenden Ganzen durch die Hintertür einschleusen. Die alten Probleme kehren damit ganz sicher wieder. Entsprechend nimmt Brandom die Perspektive des "Wir" ganz in die Verständigung zurück. Alles, was sich an signifikant diskursiver, bzw. begrifflicher Praxis abspielt, wird allein in den Reaktionen der Teilnehmer untereinander auf ihr Verhalten praktisch vollzogen. Es gibt kein unabhängiges Drittes, auch nicht die Sprache, die Regel oder die Bedeutung, das als Begründungsbasis herhalten könnte. Also "müssen alle Vorstellungen eines geschlossenen, fertigen und überschaubaren Ganzen über Bord geworfen werden. Holistische Beziehungen dürfen in der Philosophie des Geistes und der Sprache nicht als Beziehungen zwischen Teilen und einem Ganzen gedacht werden. Denn dies ist mit der Hypostasierung verbunden, dass da ein Ganzes ist, in dem das Teil seine Stelle hat, die ihm von diesem Ganzen gleichsam zugewiesen wird – so als wäre das Teil unfertig, parasitär, Fragment, das Ganze aber heil."[556] Dementsprechend meint für einen konsequent praktischen Hier-und-Jetzt-Holismus die Rede von einem Ganzen "weder etwas Umfassendes noch etwas Erfassbares, sondern - gut hermeneutisch - einen offenen Horizont von Bezügen, vor dem jeder einzelne Ausdruck und jeder einzelne Gedanke eine hinreichende bestimmte Gestalt gewinnt. Dieses Ganze ist überhaupt nur da, wo wir uns in seinen Verweisungen bewegen, und das bedeutet: wo wir es sind, die diese Verweisungen auf eine unüberschaubare Weise erzeugen und verändern. Es ist das Produkt einer fortlaufenden Geschichte des kommunikativen Handelns, ein Produkt freilich, das sich selbst im Prozess dieses Austauschs fortwährend wandelt."[557]

Für die Frage, wie dann noch eine Rede von Bedeutung möglich sein soll, kann an die entscheidende Wendung angeknüpft werden, die Davidson in dem Aufsatz "Eine hübsche Unordnung von Epitaphen" seinem Ansatz gibt[558] und die die Linguistik auf ihre Weise vollzieht. Bis dahin schwang auch bei Davidson zumindest untergründig noch die Vorstellung von einer Sprache als überwölbendem

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

[555]Siehe dann auch die Konzipierung eines "sozialen Holismus" bei *Michael Esfeld*, Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: *Georg W. Bertram/ders.* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 141 ff. (v.a. 156 ff.).

[556]*Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 30 ff. (35 f.).

[557]Vgl. *Seel*, ebd., S. 39. Siehe auch *Robert B. Brandom*, Von der Begriffsanalyse zu einer systematischen Metaphysik. Interview mit Susanna Schellenberg, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 47 (1999), S. 1005 ff. (1013).

[558]Siehe *Donald Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Eva Picardi/Joachim Schulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 203 ff.

Holon mit. Man konnte so weit immer noch versucht sein, darin eine "Art Super-Einheit", "Super-Prädikat" oder "Super-Satz" zu sehen. Damit räumt Davidson durch seine berühmt berüchtigte Folgerung auf,[559] "dass es so etwas wie Sprache nicht gibt". Jedenfalls "sofern eine Sprache der Vorstellung entspricht, die sich viele Philosophen und Linguisten von ihr gemacht haben."[560] Und eine avancierte problembewusste Linguistik bestätigt ihm das, wenn sie feststellt: "Was uns im Wege steht, wenn wir uns mit den Mechanismen des Redeverstehens befassen wollen, das sind zuerst unsere Vor-Urteile über das, was beim Reden und Verstehen passiert."[561] Mit der Beseitigung solcher Vorurteile ist in Hinblick auf die sprachlichen Verständigungsverhältnisse und zugleich auch Überzeugungsverhältnisse[562] ein grundlegender Perspektivenwechsel verbunden. Wenn die Voraussetzung von so etwas wie Sprache aufgegeben wird, dann fällt auch die Annahme, die sprachliche Kommunikation verlange, dass Sprecher und Interpret eine gemeinsame Methode oder Theorie der Interpretation gelernt oder sonst wie erworben haben, dass sie imstande sind auf der Grundlage gemeinsamer Konventionen, Regeln oder Regelmäßigkeiten zu verfahren."[563] Es sind allein die Sprecher, die von sich aus und unter sich in der Lage sind, sich einen Sinn aus den Äußerungen des anderen zu machen: "Worauf es ihm ankommt, ist nicht, dass gesprochen, vielmehr dass verstanden wird," wobei "das Interpretieren dann wiederum entscheidend für das Verstehen ist."[564] Interpretieren heißt, sich anhand der Äußerungen des Gegenübers mit seinem Verhalten auseinander zu setzen, um das eigene Verhalten darauf einzustellen. Verstehen ist kein Sprachverstehen. Verstehen ist "Personenverstehen".[565] Das heißt, "dass das Verstehen einer sprachlichen Äußerung nicht als das Verstehen eines sprachlichen Ausdrucks, vielmehr als Verstehen einer handelnden Person, die sich in

[559] Zum "Befremden" darüber *Sybille Krämer*. Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 173. Siehe grundlegend dann *Donald Davidson*, Denken und Reden, in: *Donald Davidson*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 224 ff. Zur Auseinandersetzung mit Davidsons radikalem Schluss *Ian Hacking*, Die Parodie der Konversation, in: *Eva Picardi/Joachim Schulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 228 ff.; *Michael Dummett*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen. Bemerkungen zu Davidson und Hacking, in: *Eva Picardi/Joachim Schulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 248 ff. Weiter auch *Donald Davidson*, Die zweite Person, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 395 ff.

[560] Vgl. *Donald Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Eva Picardi/Joachim Schulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 203 ff. (227).

[561] Siehe *Clemens Knobloch*, "Sprachverstehen" und "Redeverstehen", in: Sprachreport 1 (2005), S. 5 ff. (5).

[562] Vgl. *Donald Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Eva Picardi/Joachim Schulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 203 ff. (226).

[563] *Davidson*, ebd., S. 226. Dazu *Sybille Krämer*, Sprache und Sprechen oder: Wie sinnvoll ist die Unterscheidung zwischen einem Schema und seinem Gebrauch?, in: *dies.* (Hrg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, Frankfurt am Main 2002, S. 97 ff. (119 ff.).

[564] *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 176.

[565] Vgl. *Krämer*, ebd., S. 177.

der Äußerung ausdrückt, aufzufassen ist."[566] Die Akteure sind dazu nicht in der Lage, weil sich ihre Äußerungen aus einer ihnen gemeinsame Sprache ableiten lassen. Sie sind dazu in der Lage, weil sie von sich aus in einer ihnen eigenen Sprache Vermutungen über die Absichten und Ziele des anderen anstellen können. Damit kann es so viele Sprachen geben wie es Sprecher gibt.[567] Die Sprecher vermögen die ihnen eigene Sprache in Einklang mit dem Kontext bringen, worin diese Äußerungen stehen. Sie überprüfen anhand der Reaktionen des anderen auf die eigenen Äußerungen ihr Verständnis des anderen. Und sie stellen sich laufend weiter darauf ein. Verständigung ist allein eine Angelegenheit des Interpretierens von Äußerungen. Was also ein noch substantieller Holismus etwa in Gestalt von Sprache für die Bedeutung der Äußerungen im einzelnen voraussetzen will, muss immer wieder erst im Prozessieren der wechselseitigen Entwürfe des Sinns von Äußerungen geschaffen werden und ist auch nur von temporären Bestand. Die Interpretationen stehen an jedem Punkt des Fortgangs der Verständigung auf dem Spiel. Die neuere Linguistik fasst "Kommunikation als ein Handeln mit *Versuchs*charakter auf, das auf Hypothesen über die erwartbaren Reaktionen (und damit auch: das erwartbare Wissen) der Kommunikationspartner beruht, die durch vollzogene Kommunikationshandlungen bestätigt oder ‚falsifiziert' werden können."[568] In diesem Sinn vollzieht sich Verständigung als eine Prozedur des Bildens von "Ausgangstheorien" des Hörers darüber, "in welcher Weise er im voraus bereit ist, eine Äußerung des Sprechers zu interpretieren" und den diese Ausgangstheorien mit den Gegebenheiten und dem Fortgang der Verständigung abgleichenden "Übergangstheorien" als der "Art und Weise", "in der er die Äußerung tatsächlich interpretiert". [569] Wenn wir verstanden werden wollen, ist es zwar nötig, "dass wir dem anderen etwas liefern, das als Sprache verständlich ist."[570] Und wir werden dies auch im Eigeninteresse tun, um vom anderen verstanden zu werden. Dies geschieht jedoch nicht durch den Rekurs auf irgendwelche sprachlichen Entitäten, auf die der andere im Gleichtakt zurückgreifen würde.[571] Vielmehr wissen wir, was in der Welt, in der wir uns bewegen,[572] zu tun ist, um dieses Ziel zu erreichen.[573] Auch

[566] *Sybille Krämer*, Sprache und Sprechen oder: Wie sinnvoll ist die Unterscheidung zwischen einem Schema und seinem Gebrauch? Ein Überblick, in: *Sybille Krämer/Ekkehard König* (Hrg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, Frankfurt am Main 2002, S. 97 ff. (119).

[567] Vgl. *Donald Davidson*, Die zweite Person, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 395 ff.

[568] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 81.

[569] Vgl. *Donald Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Eva Picardi/Joachim Schulte* (Hrg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt am Main 1990, S. 203 ff. (219 ff.).

[570] *Donald Davidson*, Die zweite Person, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 395 ff. (401).

[571] Zur "Sprache ohne Entitäten" in Hinblick auf Wittgenstein *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 109 ff. und in Hinblick auf Davidson S. 189 ff.

[572] Siehe etwa auch *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, Frankfurt am Main 1984, § 150 zur Verwandtschaft con "Können", "imstande sein", "Verstehen" und "eine Technik beherrschen".

[573] Zum Moment des "sozialen Erfolgs" als Grundmovens von Verständigung *Rudi Keller*,

unser Gegenüber weiß, was in der Welt, in der er sich mit uns bewegt, zu tun ist. Verständigung wird also dadurch möglich, dass unsere Äußerungen immer in einem weiteren Zusammenhang von Praktiken und Überzeugungen stehen. In der „semantischen Autonomie“ der wirklichen Rede gegenüber der lexikalischen Bedeutung liegt der Ort des Holismus.[574] Er liegt in dem sich in dem Wechselspiel von Ausgangs- und Übergangstheorien zeigenden Bezug der Interpretationen untereinander. Davidsons Konzept trägt alle Züge eines semantischen Holismus, sofern "Bedeutung in Beziehungen wechselseitiger Abhängigkeit zu anderen Überzeugungen besteht."[575] Er ist zugleich ein sozialer Holismus, sofern Bedeutung, "eine relationale Eigenschaft ist, die in Beziehungen zwischen einzelnen Personen besteht, die durch diese Beziehungen eine soziale Gemeinschaft bilden."[576] Sofern dabei der Einzelne in seinen Interpretationen nicht von einer ihn überwölbenden Gemeinschaft von Sprachteilhabern abhängig ist, wie der Kollektivismus meint, sondern lediglich davon, sich mit einem anderen Einzelnen ins Verhältnis zu setzen, ist dies schließlich ein "holistischer Individualismus".[577]

Dem „slippery-problem“ ist man damit entkommen. Aber noch immer ungelöst ist ein praktisches Problem. Die Frage nämlich, worauf sich die Sprecher dann überhaupt noch stützen können, wenn sie nichts bei der Hand haben als die Ereignisse ihrer Verständigungsprozesse.

Zur Lösung greift Jasper Liptow auf ein Modell Brandoms zurück, mit dem dieser ein restlos in der Praxis aufgehendes Konstituierungsmoment demonstrieren will.[578] Es ist dies das Modell richterlicher Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts.[579] Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Für Brandom fragt sich nun, wie der Richter in einem allein daraus schöpfenden Prozess zu einem haltbaren Urteil kommen kann. Und die von Liptow in Anschluss daran gestellte Frage wird sein, wie die Beteiligten einer Verständigung zu einem nicht willkürlichen oder beliebigen

Sprachwandel. Von der unsichtbaren Hand in der Sprache, Tübingen 1990, S. 118 ff.

[574] Dazu *Jasper Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 81 ff. u. 209 ff.; sowie *ders.*, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff. (133 ff.).

[575] Vgl. *Michael Esfeld*, Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 41 ff. (54).

[576] *Esfeld*, ebd., S. 57.

[577] *Esfeld*, ebd., S. 57.

[578] Siehe *Jasper Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 220 ff.; sowie *ders.*, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff. (141 ff.).

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

Verständnis ihrer Äußerungen kommen können. Brandoms Ausgangspunkt ist die Verpflichtung, "die man durch Anwendung eines Begriffs eingeht (paradigmatisch durch den Gebrauch eines Wortes)". Diese ist das "Ergebnis eines Prozesses der Unterhandlung unter Einbeziehung der wechselseitigen Haltungen und der reziproken Autorität derjenigen, die die Verpflichtung zuschreiben, und desjenigen, der sie anerkennt."[580] Bei Brandom gewinnen die Kommunikationen damit eine Struktur, die über Konfirmierung und Kondensierung von Sinn erfolgt. Die Struktur ist nicht fest, sondern ihre Einheit wird „als ob" gesetzt und damit unabhängig von den konkreten Idiosynkrasien der Kommunikationsteilnehmer.

Genau das trifft auch auf einen Richter zu, der seine Entscheidung von Recht allein anhand von Präjudizien treffen kann. Er setzt sich mit diesen Fällen ins Benehmen. Dieses beruht in einem reziproken Verhältnis der Autorität. Er erkennt ihre Autorität an, um selbst Autorität zu werden. Das heißt im Sinn Brandoms, dass der Richter genau die Norm instituiert, die er anwendet. Er verleiht also Präjudizien Autonomie, um sie zurückzuerhalten. Normativität ist damit von vornherein "nicht nur ein zeitlicher, sondern auch ein geschichtlicher Prozess," sofern "die Einsetzung begrifflicher Normen" "eine ganz eigene Anerkennungsstruktur aufweist, Ergebnis der reziproken Autorität, die einerseits ausgeübt wird von vergangenen Begriffsanwendungen auf künftige und andererseits von künftigen Anwendungen auf vergangene."[581] Aber das kann noch nicht alles sein. Denn über den Umstand dieses Verbunds des Normativen in der Zeit hinaus stellt sich noch die Frage nach der Richtigkeit, bzw. eines Kriteriums für die Berechtigung der entsprechend eingegangenen Festlegungen. Das heißt, "Autorität" im Sinne solcher Festlegungen "muss geregelt werden" [582] und kann sich nicht quasi naturwüchsig vollziehen. Und das wiederum heißt konsequent pragmatisch gedacht, dass "die Anwendungen von durch frühere Anwendungen instituierten Normen [...] gemäß den Normen, denen sie verantwortlich sind, auf ihre Richtigkeit hin bewertet werden (müssen) Damit die derzeitigen Anwendungen eines Begriffs gegenüber früheren Anwendungen dieses Begriffs (und der mit ihm verbundenen Begriffe) verantwortlich sind, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden, als verantwortlich betrachtet oder behandelt werden."[583]

Das zeigt auch das Beispiel der richterlichen Entscheidung. Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt. Das heißt, "der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen (in Verbindung mit der Geschichte der tatsächlichen Anwendungen anderer Rechtsbegriffe, die in der Rechtsgeschichte als folgernd mit diesen verknüpft angenommen wurden). Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist. Der Gehalt dieser Begriffe wurde vollständig durch ihre faktische Anwendung konstituiert."[584] Damit

[580] *Brandom*, ebd., S. 356.
[581] *Brandom*, ebd., S. 367.
[582] *Brandom*, ebd., S. 367.
[583] *Brandom*, ebd., S. 367.
[584] *Brandom*, ebd., S. 377 f.

scheint es aber, als wäre die Tradition nur ein Vorwand für eine uneingeschränkte Souveränität, die der Richter über Normativität ausübt. Das ist nur der Fall, wenn man den Prozess an der Stelle seiner Gegenwart abbricht und so auf diese verkürzt. Die Gegenwart greift aber nicht nur zurück auf die Vergangenheit. Sie wird vielmehr zugleich in Richtung Zukunft überschritten. Und genau dieses Moment regelt die Autorität. Der Richter zieht die Berechtigung seiner Festlegung auf einen normativen Gehalt nicht nur daraus, seine Festlegung ausweisen zu können. Vielmehr setzt der Richter zugleich seine gegenwärtige Entscheidung einer Zukunft aus. Das heißt der lange Arm der Geschichte greift durch seine Entscheidung hindurch in die Zukunft hinaus. Der Richter will selbst als Autorität gelten. Das nennt Brandom die Verwaltung seiner Autorität. Damit ist gemeint, dass "der gegenwärtige Richter [...] von den künftigen gegenüber seiner ererbten Tradition zur Rechenschaft gezogen (wird). Denn seine Entscheidung ist für den Gehalt des fraglichen Begriffs nur insoweit wichtig, soweit dessen Präzedenzautorität von ihm oder wiederum von künftigen Richtern anerkannt wird. Wenn sie angesichts ihrer Auslegung der von ihm ererbten Tradition zu dem Schluss kommen, dass der gegenwärtige Richter falsch entschieden hat, dann besitzt die Entscheidung des gegenwärtigen Richters überhaupt keine Autorität. Die Autorität der Vergangenheit über die Gegenwart wird in ihrem Namen von der Zukunft wahrgenommen."[585] Die Gegenwart unterwirft sich dem, indem sie durch ihre Begründung selbst Autorität werden will.

Dies ist ein Modell für die Verständigung, sofern mit Davidson davon auszugehen ist, "dass wir uns dem Begriff der sprachlichen Bedeutung nähern sollten, indem wir betrachten, was es heißt, den Äußerungen anderer Sprecher bestimmte Bedeutungen zuzuschreiben, sie zu interpretieren."[586] Verständigung entsteht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis. Damit ist "Bedeutung etwas, das sprachliche Ausdrücke primär in Situationen gelingender sprachlicher Verständigung haben, und kann in einem gewissen Sinn als ein Produkt der Interaktion bzw. Kooperation mindestens zweier Individuen begriffen werden."[587] Und dies eben führt geradewegs zu einem "holistischen Verständnis der sozialen Struktur sprachlicher Praxis".[588] Für diese sich selbst stabilisierende Praxis findet Brandom ein Modell in der richterlichen Entscheidung.[589] Nachdrücklich hervorzuheben ist, dass "sprachliche Bedeutung (und mit ihr der Gehalt geistiger Zustände) [...] sich erst dort (konstituiert), wo (mindestens) zwei Sprecher ihre Idiolekte in einer Praxis gelingender sprachlicher Verständigung wechselseitig interpretieren."[590] Was für den Richter im Case Law die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die paradigmatisch und damit als prägend er-

[585] *Brandom*, ebd., S. 380.
[586] *Jasper Liptow*, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff. (136).
[587] *Liptow*, ebd., S. 138.
[588] *Liptow*, ebd., S. 140.
[589] *Jasper Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 220.
[590] *Liptow*, ebd., S. 206.

fahrenen Fälle gelungener Verständigung.[591] Entsprechend handelt "regelhaft", "wer nach Präzedenzen erfolgreicher Handlungsvollzüge des gleichen Typs handelt.". Das heißt, "regelhaftes Handeln" "besteht [...] immer darin, eine konkrete Handlungssituation [...] so auf die eigene Kenntnis ähnlicher Präzedenzfälle zu beziehen, dass von einem bestimmten Verhalten [...] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann".[592] Allerdings sollte dies nicht wieder kollektivistisch als eine Orientierung der Verständigung auf ihnen vorausliegende gemeinschaftliche Muster hin gedeutet, sondern in seiner individualistischen Konsequenz angenommen werden. "Gelungene Verständigung" heißt dann im Sinne Davidsons, vom anderen in dem Sinne interpretiert zu werden, den man sich für die eigene Äußerung vorgenommen hat. Entsprechend dem Brandomschen Modell wird Bedeutung über die Vergegenwärtigung von Festlegungen, die dabei eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, zum Standard von Interpretationen. Verständigung zeigt damit die grundsätzlich zeitliche Dimension, dass sich ihr Erfolg dem verdankt, Vergangenes als Ansatz für Interpretation einzuholen: "Die Tatsache, dass es keinen Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung gibt, der außerhalb des Geschehens gegenseitiger Interpretation liegt, heißt nicht, dass es überhaupt keinen solchen Standard gibt. Der Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung kann nämlich genauso gut anderen gelungenen Akten sprachlicher Verständigung entstammen."[593] Der Witz dabei ist, dass das Gelingen von Verständigung keineswegs auf so etwas wie Bedeutung bezogen ist jedenfalls nicht auf eine, die ihr vorausgesetzt wäre. Vielmehr ergibt sich umgekehrt Bedeutung als ein solches Gelingen. Insofern ist Bedeutung nicht die Mutter von Verständigung. Vielmehr ist der kommunikative Erfolg der Vater aller Bedeutung.[594] "Wir können die Teilnehmer an einem bestimmten Akt sprachlicher Verständigung deswegen bereits als mit intentionalen Zuständen und einer Sprache begabte Wesen begreifen, weil wir davon ausgehen können, dass diese Eigenschaften das Produkt unzähliger weiterer gelungener Akte der Verständigung sind."[595]

Für das Gelingen der Verständigung sorgt somit die Festlegung darauf, selbst die Folge bereits gelungener Verständigung zu sein. Genau dieses Moment ist es auch, das dann für die Frage der Berechtigung von Interpretationen als Bedeutung expliziert werden kann. Hier zeigt sich noch einmal, inwiefern es sich bei Bedeutung um gar nichts anderes handeln kann als um Inferenz. Sofern Bedeutung als Grund von Festlegungen auf einen Äußerungssinn oder eine In-

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

[592] *Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 174.

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

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

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

terpretation fungiert, beruht sie auf semantischer Anerkennung. Sofern diese aber nicht anders in Erscheinung treten kann als durch als Verständigung, bzw. Interpretation praktizierte Festlegung ist sie nichts anderes als die damit ausgeübte semantische Autorität. Das Modell würde in Willkür oder Dezisionismus umschlagen, wenn die Geschichte hier zu Ende wäre. Dass dem nicht so ist, dafür sorgt die Absicht darauf, im eigenen Sinne verstanden, das heißt interpretiert zu werden. Genau diese Absicht verlängert die dafür praktizierte Festlegung auf eine Anerkennung gelungener Verständigung als Gehalt in die Zukunft. Die Interpretation durch den anderen kann jeweils nur ein nächstes sein, da sie in nichts anderem wurzelt, als in dessen semantischer Autorität. Genau das macht die Pointe eines interaktionistischen Interpretationismus[596] aus, der dem Rechnung trägt, dass Interpretation praktisch für sich selbst zu sorgen hat, indem sie die Bedeutungen und Regeln, auf denen sie beruht als ihre in die Zukunft verlängerte Geschichte, dadurch immer wieder erst hervorbringt, dass diese sich in der Gegenwart des gelungenen Verständigungsaktes konkretisiert, das heißt öffentlich sozial praktiziert wird: "Denn die Tatsache, dass eine gegenwärtige Entscheidung, ob die Verständigung gelungen ist, unter Bezug auf eine Tradition gelungener Verständigung gerechtfertigt wird, die ihrerseits ein Konstrukt der Gegenwart ist, begründet nur scheinbar eine einseitige Autorität der Gegenwart über die Vergangenheit. Denn eine gegenwärtige Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Akt der Kommunikation gelungen ist oder nicht, kann nur dann eine Autorität in Bezug auf die Vergangenheit entwickeln, wenn dieser Akt (und das mit ihm zusammenhängende Konstrukt der Tradition) von zukünftigen Akten gelungener Verständigung als Teil der Tradition anerkannt wird."[597] Darin erst, sofern diese Traditionen thematisch gemacht und auf sie reflektiert werden, kommt denn auch das Moment eines Ganzen ins Spiel.

Damit ergibt sich folgendes Bild einer holistischen Semantik: Der Holismus der Sprache kann weder molekular noch partiell beherrscht werden. Auch die kollektivistische Variante eines vertikalen Holismus funktioniert nur als rhetorische Fassade. Denn jede Praxis, die das Ganze bestimmt, macht es eben dadurch zum Teil. Funktionieren kann ein Holismus nur als praktischer. Dabei geht es um die Frage, wie der Holismus von Differenzen oder Inferenzen in der Kommunikation eingegrenzt werden kann. Während der theoretische Ansatz dazu auf analytische Wahrheiten oder revisionsimmune Sätze zurückgehen will, sieht der Gegenansatz darin eine Frage praktischer Entscheidungen im Verständigungsprozess. Jede Diskussion muss durch Vertrauensvorschuss und Anfechtungsstruktur ihr Gebiet eingrenzen. Die Unterscheidung zwischen definitem und indefinitem Holismus bezieht sich auf die Frage, ob man das Ganze für handhabbar oder für einen offenen Horizont hält. Wenn man das Ganze für handhabbar hält,

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

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

gibt es eine "Wir-Perspektive", die man der Verständigungspraxis überordnen kann, um diese von dort aus zu herrschen. Dem ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus entgegenzuhalten, das auch das Moment des Ganzen aus den Verhältnissen nicht kollektiv bestimmt. Vielmehr ist auch dies Innern der Praktiken heraus zu sehen und damit "holistisch individuell"[598] eine Angelegenheit "zwischen" den Beteiligten solcher Praktiken. Das „Zwischen" ist dabei ken Leerraum. Der je individuelle Verstehenskontext ist dem andern nicht zugänglich. Aber aus den zwei sich koordinierenden Verstehendkontexten, die sich in einem von Luhmann als doppelt kontingent bezeichneten Prozess wechselseitig rekonstruieren, entsteht als Phänomen der dritten Art eine Struktur durch Kondensierung und Konfirmierung. Damit sind "holistische Strukturen als Implikate von Praktiken mit sprachlichen Ausdrücken zu verstehen. Diese Implikate bilden sich von Praxis zu Praxis neu aus. Sie kommen also im Übergang zustande, sind mit den Praktiken verbunden, ohne dass diese irgendwelche Momente der Strukturen selbst konstituieren würden."[599] Holismus ist den Praktiken implizit und kann daher allenfalls explizit gemacht werden. Sei es in Begründungen als Ableitung, sei es in Bedeutungserklärungen als Schluss auf einen begrifflichen Gehalt. Damit aber Begründen überhaupt funktionieren kann, muss es so etwas wie einen Grund geben. Und damit Erklärungen funktionieren können, muss es so etwas die ein Erklärendes geben. Diese Binsenweisheit bedeutet zum einen, dass eine Explizierung des den Praktiken impliziten Holismus sich nicht in einem ad infinitum verlieren darf und kann. Gleichwohl kann sie kein "natürliches Ende" finden. "Holistische Beziehungen - und mit ihnen das, was verstanden werden muss, wenn etwas verstanden werden soll - reichen nicht ad infinitum, sondern lediglich ad indefinitum."[600] Ein Ende kann immer nur praktisch erreicht werden. Sei es durch die Einwandfreiheit der bemessen an der Ausgangsfrage zufriedenstellenden Begründung. Oder sei es durch den sich an dem vom Sinn der Frage nach einer Erklärung vorgezeichneten Raum einer Antwort[601], mit der eine Zufriedenheit mit dem erreichten Verständnis eines begrifflichen Gehalts erreicht werden kann. "Da es eine kommunikative Praxis ist, in der Ausdrücke und Überzeugungen ihren Inhalt erhalten, erweist sich auch die Reichweite ihrer Bestimmtheit als eine letztlich praktische Frage. Denn es liegt niemals ein für allemal fest, inwieweit man die Überzeugungen eines anderen teilen oder überblicken muss, um eine seiner Äußerungen zu verstehen. Es kann und darf offen bleiben, bis zu welchem Punkt wir einander folgen und verstehen

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

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

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

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

können (und wollen). Statt ‚ad infinitum' - ins Unendliche - zu reichen, sind die Vernetzungen des Denkens ‚ad indefinitum' - bis ins Unbestimmte - artikuliert. Einen bestimmten Gehalt haben unsere Gedanken vor dem Hintergrund einer unbestimmt weiten Verbindung mit anderen Gedanken und mit den Gedanken anderer. Das genügt."[602]

2. Pragmatische Moderation des Holismus

Für den Zugang zu den praktisch anerkannten Legitimationsmaßstäben juristischer Praxis eröffnen sich prinzipiell zwei Wege. Vorpragmatisch geht es dabei um den Aufweis eines dem juristischen Handeln vorgeordneten Gegenstand der Erkenntnis.[603] Für einen pragmatischen Ansatz muss es aber darum gehen, die vorhandenen Selbstbeschreibungen einer Praxis mit ihrer tatsächlichen Vorgehensweise zu konfrontieren, um so eine Präzisierung im Verständnis dieses Praxisfelds zu erreichen. Während der erste Ansatz die Rechtsquelle als Inhalt unterstellt, sieht der zweite Ansatz sie zunächst als Form, an der Handeln anknüpft.

a. Das Modell der Gegenstandserkenntnis Die diskurstheoretische Anknüpfung an die Sprachpragmatik hält daran fest, dass die „Entscheidung (...) im Einklang mit dem semantischen Gehalt des Gesetzes sein (soll)". Die Interpretation des Normtextes „soll aus dem Gesetz folgen". Nur so kann die Entscheidung der Forderung genügen, „gesetzesgesteuert" zu sein.[604] Denn „das Gesetz bindet, weil die Sprache bindet, in der der Gesetzgeber zu uns spricht."[605]

Damit ist das Recht keine sich selbst stabilisierende soziale Praxis, sondern unterliegt einem äußerlichen Maßstab, der ihr vorgeordnet ist. Natürlich stellt sich bei der Anmaßung einer Kontrolle der kommunikativen Praxis von außen die Frage nach der Grundlage dafür. Kann man die Kontrolleure ihrerseits kontrollieren? An dieser Stelle taucht das Argument der epistemischen Zugänglichkeit von Bedeutung auf. Es zeigt sich dann, dass die Kontrolleure nichts Geringeres im Rücken haben als die Welt. Denn man schließt die Bedeutungsdimension der Normativität mit der Objektbezogenheit kurz, sofern dann „teilweise auf die

[602] Vgl. *Martin Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), 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.

[603] Es handelt sich dabei meistens um den Dreischritt von Begriffen, Prinzipien und Gerechtigkeitsidee. Klassisch wurde dies von Larenz ausformuliert und von Alexy in der Struktur seiner Theorie wiederholt. Zur generellen Kritik an dieser verkürzten Sichtweise vgl. *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996.

[604] Siehe *Hans-Joachim Koch*, Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: *ders.* (Hrg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt am Main 1977, S. 13 ff. (58).

[605] *Helmut Rüßmann,* Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: *Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rüßmann*, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 135 ff. (139).

extensionsfestlegende Funktion der Intension, teilweise auf das Modell feststellbarer Wortgebrauchsregeln verwiesen“ wird.[606] Letzteres dann ausgerechnet im Rückfall in einen „Regulismus“, gegen den sich Brandom mit seinem Konzept des implizit Normativen wendet.[607]

Dabei ist der Bezug zu Brandom bloße Rhetorik. Es soll darum gehen, „die umfangreiche analytische Terminologie Brandoms für die Frage der epistemischen Zugänglichkeit von Wortgebrauchsregeln und damit für deren externe Rechtfertigung fruchtbar“ zu machen.[608] Wiederum die „Terminologie“. Durch sie soll Alexys regelplatonistische Sprachanalytik und die Koch-Rüßmannsche Intensionssemantik Carnapscher Prägung[609] unter einen Hut gebracht werden.[610] Wortgebrauchsregeln sollen dabei jenen impliziten Normen entsprechen, die bei der Einforderung von Gründen explizit zumachen sind. Was bei Brandom aber Praxis, Handeln und Aushandeln der Teilnehmer ist, wird hier als Erkenntnis ausgegeben. Dabei bleibt die kurze Einsicht, dass, „weil Normen nicht abstrakt gegeben sind, sondern in der Praxis entstehen, (...) die Praxis betrachtet werden muss“[611], folgenlos. „Der epistemische Zugang zu sprachlicher Bedeutung besteht im Explizitmachen der impliziten Norm, also der Wortgebrauchsregeln“ So einfach ist das also. Die Lexikographen vom Fach, die sich gerade mit der Vielfalt des Üblichen, sowie mit dessen innerer Zerrissenheit abplagen, um zu einer vertretbaren Festschreibung des Gepflogenen und Regulären kommen zu können, wird es freuen.[612] Wortgebrauchsregeln „beziehen sich - so die hier vorzunehmende Ergänzung- auf deontische Status und materiale Inferenzen. Der Vorgang des Explizitmachens entspricht exakt dem, was Alexy als sprachanalytischen Diskurs bezeichnet hat.“[613] Dabei kann es sich aufgrund des entwickelten normativen Anspruchs auf Korrektheit natürlich weder darum handeln, ein Meinungsbild unter den Teilnehmern herzustellen, noch können überhaupt die Überzeugungen der Sprecher dazu ausschlaggebend sein. Dies würde die angestrebte objektivistische Reinheit des sprachanalytischen Diskurses trüben.

[606] *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 218.

[607] *Robert B. Brandom,* Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, Frankfurt am Main 2000, S. 56 ff. Zu Brandoms Kritik des Regulismus auch *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Brandoms pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: *André Fuhrmann/Erik J. Olsson (Hrg.),* Pragmatisch denken, Frankfurt/Lancaster 2004, S. 35 ff.

[608] *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 229.

[609] Zu deren Kritik hier nur *Hilary Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung“, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990, S. 25 ff.

[610] Dies bedeutet natürlich schon qua Titel einen Rückfall genau in jenen Intensionalismus gegen den sich Brandoms Strategie des Inferentialismus wendet. Siehe *Robert B. Brandom,* Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt am Main 2001, S. 21 ff.

[611] *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 229.

[612] Zur Lexikographie besonders in Hinblick auf Wörterbücher siehe *Herbert Ernst Wiegand*, Über die gesellschaftliche Verantwortung der wissenschaftlichen Lexikographie, in: Journal of Linguistics 18 (1997), S. 177 ff.

[613] *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 229.

Gegenstand der Erkenntnis sind „die sprachlichen Normen, die von Meinungen unabhängig instituiert werden."[614]

Mit Brandom sieht sich diese Position dadurch verbunden, dass die fraglichen Regeln jene „impliziten Normen" darstellen, „die sprachliche Bedeutung konstituieren. Sie zählen die Merkmale auf, die aufgrund der Bedeutung eines Ausdrucks erfüllt sein müssen, damit der Ausdruck auf ein Objekt richtigerweise angewendet wird."[615] Zwar weist er dann auf deren sozioempraktische Institutierung hin. Die Formulierungen, die die Diskurstheorie ansonsten zur Charakterisierung der Wortgebrauchsregeln benutzt, weisen indes darauf hin, dass sie genau jenem Regulismus nachhängt, gegen den Brandom angehen will.[616] Sie muss es auch. Denn nur mit der Gegebenheit der Regel lassen sich Lesarten danach beurteilen, ob sie „passen" oder nicht. In diesem Sinne muss die Diskurstheorie verstanden werden, wenn sie von der „Objektivierbarkeit der Bedeutung von Normen" spricht. Wäre dies nicht so, so ginge Objektivierung gleich wieder an die Praxis verloren. Denn mit der Frage, was der Regel genügt, kann auch die Regel selbst auf dem Spiel stehen. Damit also das Verhältnis von Regel und Anwendung stabil bleiben kann, bleibt dieser Position gar nichts anderes übrig, als Richtigkeit als Übereinstimmung zu fassen: „Eine Performanz ist nach diesem Modell dann richtig, wenn sie von den Regeln erlaubt oder gefordert wird, wenn sie mit dem Grundsatz übereinstimmt, vom Gesetz erlaubt oder verlangt wird oder einer Anweisung oder einem Vertrag entspricht."[617] Der sich hier einstellende juridische Tonfall macht unübersehbar, dass sich das Ganze offenbar im Kreise dreht.

In der Tat verfällt, wiederum allen Abwehrbemühungen zum Trotz,[618] diese Sicht der Semantik dem Wittgenstein'schen Regelparadox[619] und unterschlägt dabei genau die Pointe des pragmatischen Normativismus, die dieses auflöst. Das Dilemma liegt darin, dass die Explizierung der impliziten Norm selbst wieder einer Begründung bedarf. Sie beansprucht, korrekt zu sein und somit den normativen Gehalt der jeweiligen Praxis tatsächlich auch zu treffen. Potentiell ist also Explikation hinter Explikation zu setzen. Aber eben nur potentiell.

[614] *Klatt*, ebd., S. 229.

[615] *Matthias Klatt*, Die Wortlautgrenze, in: *Kent Lerch* (Hrg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, Berlin/New York 2005, S. 343 ff. (359).

[616] *Robert B. Brandom,* Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, Frankfurt am Main 2000, S. 56 ff. Kritisch dazu *Udo Tietz*, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: *ders.*, Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, Berlin 2004, S. 325 ff. (332 f.).

[617] *Brandom,* ebd., S. 57.

[618] Siehe *Matthias Klatt,* Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 166 ff.

[619] Vgl. *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 201. Dazu *Udo Tietz*, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: *ders.*, Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, Berlin 2004, S. 325 ff. (332 f.).

Der entscheidende Hinweis liegt in dem unbegrenzten Regredieren selbst. Dies verweist darauf, dass Explikation sozusagen nicht „aus eigener Kraft“ zu einer stabilen oder gar begründeten Festlegung kommen kann. Solange man es bei der „Deutung“, oder in diskurstheoretischer Terminologie bei Erkenntnis belässt, ist diese wiederum durch eine weitere Erkenntnis in ihrer epistemologischen Güte als zutreffend, ihrer normativen Güte als korrekt und zusammengenommen in ihrer Objektivität als wahr auszuweisen. Dies zeigt, dass Explikationen durch die Regelformulierungen so lange nötig sind, als dies durch einen Entschluss der Praxis nicht beendet wird. Bei Brandom springt hier die deontische Kontoführung ein. „Dem Rekurs auf Regeln wird hier also der Rekurs auf Richtigkeiten vorgeschaltet, die implizit in den Praktiken einer sozialen Kontoführung enthalten sind, in der Akteure wechselseitig über ihre Sprechakte zu Gericht sitzen“.[620] Der Erfolg des Begründens setzt also dem Explizieren ein Ende, indem er es auf einen begrifflichen Gehalt festlegt. Das aber hat mit Erkenntnis nichts mehr zu tun, sondern ist Entscheidung. Ganz wittgensteinisch im Übrigen, da so Explizieren wiederum als Praxis erscheint. Schon Wittgenstein fängt das Regelparadox pragmatisch auf, indem er zeigt, „dass es eine Auffassung einer Regel gibt, die *nicht* eine *Deutung* ist; sondern sich von Fall zu Fall in der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚der Regel folgen', und was wir ‚ihr entgegenhandeln' nennen.“[621] Entsprechend ist mit Brandom eine „Auffassung“ des Normativen zu verfolgen, die sich in dem zeigt, was wir eine durch Begründung berechtigte Festlegung auf einen Inbegriff der entsprechenden Praktiken zu nennen geneigt sind und was nicht. Darin aber lauert natürlich stets das Potential der Nachfrage, warum dies und nicht anderes, für das dann diese und jene Gründe sprächen.

Die Diskurstheorie will aber Bedeutung zur Seite des Erkenntnisobjekts disponieren und so den Juristen als Subjekt der Semantisierung von Normtexten vergessen machen. Sie unternimmt alle interpretativen Anstrengungen, Brandoms Ansatz vor den Karren der Idee zu spannen, „dass es eine Bedeutung sprachlicher Ausdrücke gibt, die diese für sich haben“ [622]. Generell liest sich das bei den Sprachanalytikern unter den Juristen so, „dass zur semantischen Interpretation nur solche Argumente gehören, die sich auf die Feststellung eines tatsächlich existierenden Sprachgebrauchs stützen.“[623] Ein Zugeständnis an den Diskussionsstand so, wie er durch Brandoms pragmatischen Normativismus repräsentiert wird, wird lediglich damit gemacht, Bedeutung nicht mehr krude zur Entität zu erheben. Vielmehr wird sie inferentiell bestimmt. Dann allerd-

[620] *Udo Tietz*, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: *ders.*, Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, Berlin 2004, S. 325 ff. (338).

[621] Vgl. *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 201.

[622] *Georg W. Bertram*, Prolegomena zu einer Rekonstruktion der linguistisch-epistemischen Wende – von Quine und Sellars zu Husserl und Derrida, in: Journal Phänomenologie, 13, 2000, S. 4 ff. (7).

[623] *Robert Alexy*, Juristische Interpretation, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 71 ff. (85).

ings erhöht zu einer objektiven Grenze in Gestalt von Wortgebrauchsregeln und extensionsdeterminierenden Intensionen. Das praktische Verfahren erbringt keineswegs eine sprachlich schöpferische Leistung, sondern soll lediglich eine Erkenntnis vollziehen.[624]

Die Brandomsche Grundbewegung einer Explizierung von Impliziten ist damit in ihr Gegenteil verkehrt. Sie meint nun nicht mehr Ausdrücklichmachen von praktisch Vollzogenem. Nach der Verbannung der Praxis als formendem Moment, wird Implizitheit jetzt als Zugrundeliegen gedeutet. „Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen die inferentiellen Relationen und damit die Objektivität der Bedeutung von Normen ex ante. Sie liegen dem sprachanalytischen Diskurs voraus. Dieser macht *vorhandene* implizite Strukturen explizit. Sie werden in der Sprachpraxis nicht erst *en passant* hergestellt, sondern als feststehend unterstellt, um *darüber* sprachanalytische Diskurse zu führen. Der Begriff der Prozeduralisierung, der mit dem des sprachanalytischen Diskurses verbunden ist, bezieht sich auf die *Form* des epistemischen Zugangs, nicht auf dessen *Gegenstand*. Dass etwas in einer Prozedur epistemisch zugänglich wird, heißt nicht, dass es in der Prozedur hergestellt wird. Die Inferenzen entstehen in der Praxis, aber sie sind als entstandene Erkenntnisgegenstand."[625]

b. Erkenntnis als Präzisierung der Selbstbeschreibung Bedeutungserkenntnis und Bedeutungsfestsetzung lassen sich nicht klar trennen. Beides ist und bleibt immer personal praktische Angelegenheit. Das heißt, die Differenz von Bedeutungsfeststellung und Bedeutungsherstellung, von der die Diskurstheorie zur Unterscheidung von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung so viel her macht, trifft im Grunde nur zwei Modalitäten der semantischen Praxis. Dann stellt sich natürlich die Frage der Korrektheit der jeweiligen Festlegungen auf einen begrifflichen Gehalt ganz anders.[626] Die Antwort liegt nicht in einem Vergleich mit „Wortgebrauchsregeln". Vielmehr braucht man für eine angemessene Antwort darauf „eine pragmatische Auffassung der Normen" ohne Wenn und Aber. Das heißt, einen „Begriff der nichthintergehbaren Richtigkeiten der Performanz, die implizit in der Praxis enthalten sind und der expliziten Formulierung von Regeln und Grundsätzen vorausgehen und von dieser vorausgesetzt werden." Denn es gibt „eine Art von Richtigkeit, die nicht von expliziten Rechtfertigungen abhängt, eine Richtigkeit der Praxis."[627] Oder anders, „semantischer" ausgedrückt: „folgen die Korrek-

[624] Zu dieser „starken Sprachtheorie der Juristen" auch *Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: *Ulrike Haß-Zumkehr* (Hrg.) Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, Berlin/New York 2002, S. 64 ff. (65 ff.).

[625] *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 234.

[626] Dazu *Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: *Ulrike Haß-Zumkehr* (Hrg.) Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, Berlin/New York 2002, S. 64 ff. (69 ff.).

[627] *Robert B. Brandom,* Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, Frankfurt am Main 2000, S. 61.

theitsbedingungen nicht aus der Bedeutung von sprachlichen Ausdrücken, die uns anweisen, wie die entsprechenden Ausdrücke zu verwenden sind, sondern umgekehrt: die Bedeutung eines Wortes ist die Art seiner Verwendung und die Korrektheitsbedingungen folgen aus dieser."[628]

Man kann es also ‚drehen und wenden, wie man will'. „Bedeutung" ist, nicht Gegenstand von Erkenntnis sondern Titel, bzw. Thema einer reflektierenden Praxis. Jener nämlich, in der sich Sprecher mittels Bedeutungserklärungen, wie Wittgenstein nachdrücklich betont,[629] bzw. „Normalformbeschreibungen", wie Hilary Putnam folgert, zum Verständnis ihrer Äußerungen einlassen, um dieses zu erläutern, herzustellen oder zu sichern. So besteht die Rede von „Bedeutung", „nicht darin, ein Objekt auszuzeichnen und mit Bedeutung gleichzusetzen (...), sondern darin, eine Normalform für die Beschreibung einer Bedeutung (d.h. vielmehr einen Normalform*typ*) anzugeben. Wenn wir wissen, was eine ‚Normalform-Beschreibung' der Bedeutung eines Wortes ist, so wissen wir, finde ich, was Bedeutung *ist* – Bedeutung in einem wissenschaftlich relevanten Sinne."[630] Und so kann man auch nicht „eine Art wissenschaftlicher Untersuchung anstellen (...), um herauszufinden, was das Wort *wirklich* bedeutet"[631], so wie es die Diskurstheorie dem sprachanalytischen Diskurs zur Aufgabe machen will. Demgegenüber darf sollte man nie vergessen', „dass Wörter die Bedeutungen haben die wir ihnen gegeben haben; und wir geben ihnen Bedeutungen durch Erklärungen."[632] Nichts anderes tut der Jurist, wenn er sich für seine Entscheidung zum Normtext erklärt.

Genau hier setzt dann auch das Explizitmachen des Impliziten im Sinne von Brandom an. Denn die genannte Distanz wird, auch bei der Rechtserzeugung, als das Reklamieren von Festlegungen, das Einfordern von Berechtigungen, das Einklagen diskursiver Verantwortung und die Berufung auf deontische Autorität eröffnet. So wird das Spiel um Richtigkeit und Legitimität dann als eines um den deontischen Kontostand geführt. Dabei sind „es (...) nicht bloße Bestärkungen und Zurückhaltungen von bestimmtem Verhalten, sondern normative Einstellungen der Beteiligten, in denen die Beteiligten ihr Verhalten wechselseitig als korrekt oder inkorrekt beurteilen und sich damit Formen eines normativen Sta-

[628] *Udo Tietz*, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: *ders.*, Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, Berlin 2004, S. 325 ff. (339).

[629] Hier zunächst nur nachdrücklich *Ludwig Wittgenstein*, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5, Frankfurt am Main 1984, S. 15 ff.

[630] *Hilary Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung". 2. Aufl., Frankfurt am Main 1990, S. 62. Nebenbei bemerkt findet Quine dies auch, wenn er den Bedeutungsbegriff zugunsten einer Rehabilitierung der Lexikographie zurückweist. Vgl. *Willard Van Orman Quine*, Unterwegs zur Wahrheit. Konzise Einleitung in die theoretische Philosophie, Paderborn/München/Wien/Zürich 195, §§ 21, 22, 23. Siehe auch *ders.*, Der Begriff des Gebrauchs und sein bedeutungstheoretischer Stellenwert, in: *ders.*, Theorien und Dinge, Frankfurt am Main 1991, S. 61 ff.

[631] *Ludwig Wittgenstein*, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5, Frankfurt am Main 1984, S. 52.

[632] *Wittgenstein*, ebd., S. 51 f.

tus zusprechen - in Form von Festlegungen, Berechtigungen und verschlossenen Berechtigungen. Verhalten, das für korrekt gehalten wird, wird bestärkt; Verhalten, das für inkorrekt gehalten wird, wird zurückgehalten. Der Maßstab, anhand dessen ein Wesen das Verhalten von anderen für korrekt oder inkorrekt hält, kann zunächst die Gleichheit oder Ungleichheit mit dem eigenen Verhalten sein. In einem weiteren Schritt können Sanktionen im normativen Sinne selbst einer Beurteilung unterworfen werden, ob diese Sanktionen korrekt oder inkorrekt sind."[633] Der Vorgang der Semantisierung von Normtexten ist so wie alle Verständigung ein komplex produktiver Prozess. Der Sinn und Gehalt von Äußerungen und Texten ergeben sich nicht einfach aus ihnen. In diesem Sinne sagt etwa auch ein Gesetzeswortlaut dem Juristen nicht einfach, was er zu tun und zu lassen hat. Dies hat er unter Aufbietung seiner Kunst für sich herauszufinden.

Wenn sich ein Gegenstand der Rechtserkenntnis nicht ausweisen lässt, bleibt für eine pragmatische Analyse nur der Versuch, die Rechtspraxis zu strukturieren. Es geht dabei um die Frage, wie die von den Beteiligten als gemeinsam unterstellte Rechtsquelle des Normtextes ihren Inhalt gewinnt. Die Verknüpfung zwischen Gesetzgeber und Richter darf weder zu stark noch zu schwach gefasst werden. Zu stark wäre es, wenn man vom Gesetzgeber verlangte, alle künftigen Lesarten und damit die Bedeutung seiner Texte im voraus zu determinieren. Diese Forderung des Positivismus der herkömmlichen Lehre scheitert an den sprachlichen Realitäten. Zu schwach gefasst wäre die Verknüpfung andererseits, wenn die Wahl des Ausgangspunkts für die Entscheidung ins freie Belieben des Richters gestellt wäre. Denn der Gesetzgeber kann durch die Vorgabe des Ausgangstextes den schöpferischen Prozess der Rechtsnormsetzung – linguistisch gesehen – nachdrücklich „irritieren". In diesem Sinn könnte man das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und juristischem Entscheider als spezifizierte Form der *strukturellen Kopplung* von Recht und Politik bezeichnen. Zu den Dienstpflichten etwa des Richters, den Normtext als Ausgangspunkt zu nehmen, kommen noch die methodenbezogenen Normen der Verfassung und ihre Präzisierung durch die Wissenschaft hinzu. So entsteht eine dreigliedrige Kette zwischen Gesetzgeber, Wissenschaft und Umsetzung, exemplarisch durch die Justiz. Die *Rechtsnorm* als die generelle Bedeutung des geltenden Rechts für "einen Fall wie diesen" setzt der Richter. Hier ist der Gesetzgeber mit der Determination in aller Regel überfordert. Den Ausgangspunkt seiner Entscheidung muss sich der Richter aber von außen als *Normtext* vorgeben lassen. Andernfalls wäre die Beeinflussung durch den Gesetzgeber als rationaler Kern von Gewaltenteilung und richterlicher Bindung aufgehoben.

Aber auch die weitere Behandlung dieses Ausgangspunktes ist richterlicher Willkür entzogen. Dafür stehen zwei Faktoren: einmal eine häufig lange Kette von Vorentscheidungen und zum anderen die Zwänge des Verfahrens. Vernetzung macht eine Entscheidung rational und erzwungen wird das durch

[633] *Michael Elsfeld*, Von einer pragmatischen Theorie der Bedeutung zur Philosophie des Geistes, in: *André Fuhrmann/Erik J. Olsson* (Hrg.), Pragmatisch denken, Frankfurt/Lancaster 2004, S. 147 ff. (156).

richterliche Dienstpflichten und die im Verfahren vorgebrachten Argumente. Zu diesen Zwängen gehören die Pflicht zu rechtlichem Gehör und die Notwendigkeit zur Entscheidung eine Begründung zu schreiben. Aufgabe des Verfahrens ist nicht die Herstellung von Verständnis, sondern dessen Bewertung. Der Streit entsteht nicht aus einem Mangel, sondern aus einem Überfluss an Verstehen. Beide Gegenparteien haben das Gesetz je auf ihre Weise durchaus verstanden. Es geht gerade um einen Konflikt einander ausschließender Lesarten desselben Gesetzes. Weil keine Sprache ihr eigenes System vollständig enthalten kann, ist eine versionslose Beschreibung nicht möglich. Wenn man Lesarten der Gesetze vergleicht, geht es also nicht um richtig oder falsch, sondern um besser oder schlechter. Das heißt, im Verfahren müssen die Argumente für die jeweilige Lesart vorgebracht werden und der Gegner kann diese widerlegen oder integrieren.[634] So kommt man zur Geltung einer Lesart, ohne die Grundlage richtiger Erkenntnis voraussetzen zu müssen. Es sind also epistemische Evidenzen im Bewusstsein beider Parteien von Anfang an vorhanden. Sie wissen genau, was das Gesetz sagt.[635] Sie wissen aber nicht, welche Lesart besser ist. An diese Stelle setzt das Verfahren die Argumentation der Beteiligten. Sie müssen einen Streit führen, um diese Frage mit Argumenten zu klären. In der richterlichen Begründung wird an die Stelle der von der Argumentation erschütterten epistemischen Evidenzen eine im Verfahren erzeugte Evidenz gesetzt. Unter dieser Voraussetzung hat das Verfahren seinen Zweck erfüllt. Ob es diesen Zweck erreicht, ist allerdings nicht garantiert. Hier bedarf es der Kunst des Richters. Er muss den Streit der Argumente im Verfahren so gegeneinander setzen, dass die Parteien für seine Begründung arbeiten. Indem jede Partei versucht, die Lesarten der anderen zu erschüttern, kann sich die relativ beste Variante herausbilden. Der Richter muss dies in seiner Entscheidungsbegründung manchmal nur noch aufnehmen. Wir brauchen die Wortlautgrenze nicht, um eine Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu bestimmen, sondern sie soll sicherstellen, dass der Richter auch tatsächlich der Lesart mit den besten Argumenten Vorrang gibt.

Das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip ist eine Entscheidung für die Praxis einer Grenze: es verlangt vom Richter, begründet zu entscheiden. Das heißt, er kann eine Lesart des Normtextes erst dann zugrundelegen, wenn er alle Störungen durch andere Lesarten desselben Textes entweder widerlegt oder in seine Lesart integriert hat. Diese mit der Beseitigung aller Störungen erreichte Transparenz oder Klarheit kann nicht von der Sprache geliefert werden. Sie ist angewiesen auf die Argumentation der Beteiligten und die Arbeit richterlicher

[634] Vgl. zu diesen Grundbegriffen der philosophischen Argumentationstheorie: *Harald Wohlrapp*, Argumentative Geltung, in: *ders.* (Hrg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart/Bad-Cannstatt 1995, S. 280 ff.; *Geert Lueke-Lueken*, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens, in: *ders.* (Hrg.), Formen der Argumentation, Leipzig 2000, S. 13 ff. (36 ff.).

[635] Dazu *Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: *Kent Lerch* (Hrg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, Berlin / New York 2005, S. 105 ff.

Begründung.

Eine Grenze juristischer Textarbeit ergibt sich so als Relation zwischen mehreren Faktoren: Der vom Gesetzgeber verabschiedete Normtext als Zeichenkette muss Ausgangs- und Zurechnungsgröße der Entscheidung sein. Die von der Wissenschaft entwickelten methodischen Instrumentarien eröffnen Kontexte für die Rechtfertigung von Lesarten. Ausgehend von den methodenbezogenen Normen der Verfassung können diese Kontexte in eine Rangfolge gebracht werden, gleichzeitig sorgt der prozessrechtliche Rahmen des Gerichtsverfahrens für ihre Verendlichung und Vernetzung. Außerdem gibt es zur weiteren Kontrolle den Instanzenzug, unterstützt von der begleitenden Kritik der Wissenschaft am Tun der Gerichte. All diese Faktoren, zusammengenommen, ergeben die Gesetzesbindung. Der Rechtsstaat ist nicht monologisch-richterbezogen, sondern diskursiv-verfahrensbezogen. Er verlässt sich nicht auf einsame Erkenntnis, sondern fordert eine öffentliche Diskussion, in der sich die besseren Argumente für die Lesart des Gesetzes durchsetzen sollen.

c. Das Paradox praktischer Normativität Normativität ist zu verstehen als die von den Teilnehmern des Sprachspiels wechselseitig unterstellten Standards juristischer Professionalität. Der pragmatische Ansatz Robert Brandoms hat gezeigt, dass diese Maßstäbe nicht als feste Größe der Praxis zugrunde liegen, sondern sich als fortlaufende Präzisierung der Selbstbeschreibung der Praxis vollziehen. Man kann die Theorie Robert Brandoms also nicht dazu verwenden, eine feste Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu ziehen.[636] Aber es bleibt natürlich die praktische Aufgabe, diese normativen Standards zu explizieren. Normativität wird von den Teilnehmern der juristischen Kommunikation wechselseitig unterstellt, während über ihren konkreten Inhalt gestritten wird. In diesem Streit formen sich die Standards der juristischen Professionalität genau wie der Markt. Sie funktionieren als Phänomen der dritten Art,[637] weder vollkommen geplant, noch rein naturwüchsig. Der Markt ist allerdings für die einzelnen Marktteilnehmer trotz aller Anstrengung niemals vollkommen transparent. Es fehlt der archimedische Punkt außerhalb des Geschehens. Dieses Problem stellt sich auch bei den normativen Standards. Sie werden aufgenommen, präzisiert und weiterentwickelt, ohne dass der absolute Standpunkt erreichbar wäre.[638] Nur dadurch bleiben sie im Streit und das Phänomen der drit-

[636] Natürlich ist eine so gewaltsame Lesart eines philosophischen Referenztextes in einer Untersuchung der Grenzen der Auslegung ein performativer Widerspruch. Aber im Unterschied zur Diskurstheorie kann man im performativen Widerspruch nicht nur ein Scheitern der Kommunikation sehen, sondern häufig einen produktiven Hinweis. Er macht sichtbar, welchen Zwängen eine Theorie unterliegt, welche die Wir-Perspektive übernehmen will, ohne sich dem Dialog zu stellen. Diese Schwierigkeit in der Theorie Alexys sollte im Rahmen seiner eigenen Theorie zu beheben sein. Immerhin war er nach Ulfried Neumann einer der ersten juristischen Autoren, die das Wort Argumentation im Buchtitel verwendeten.

[637] Zur Sprache als Ordnung der dritten Art vgl. *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 137 ff. unter Bezug auf *Rudi Keller*, Sprachwandel, 2. Aufl., Tübingen/Basel 1994.

[638] *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen ‚Idealisten', in: Allgemeine Zeitschrift für

ten Art erhalten. Solche Vorgaben bedürfen immer der konkreten Beglaubigung. Auch wenn wir über ihren bisherigen Inhalt eine Menge wissen und ständig dazu lernen, behält die Praxis doch das letzte Wort. Sie ist Normen unterworfen, die sie selbst formuliert. Das heißt, ein Urteil muss seine zugrunde gelegte Lesart des Normtextes an der professionellen Kritik ausweisen. So formen die normativen Standards die jeweilige Lesart und damit die angenommene Bedeutung des Normtextes. Aber das Urteil wirkt auch zurück, indem es in die deontische Kontoführung wieder eingeht.

Was die Diskurstheorie nicht verstanden hat, ist die Grundparadoxie von Brandom, dass wir an Normen gebunden sind, die wir selbst machen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. Dies geschieht dadurch, wir uns einig sind über die Existenz der Norm, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem „Dass“ der Norm und dem „Was“ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis eine vorläufige Brücke schlagen. Genau wie bei Objektivität ist Normativität kein dem Handeln vorgegebener Maßstab, sondern eine perspektivische Form, welche die Kommunikationsteilnehmer sich gegenseitig unterstellen.

2. Kapitel: Grundrechtsgeltung – Von der Abwägungsposition zum Recht

Die holistische Dimension juristischen Argumentierens muss neu strukturiert werden. Der Holismus wird zu einem moderaten, dessen Eingrenzung praktisch durch das Verfahren erfolgt und er arbeitet horizontal als Vernetzung von Präjudizien. Es stellt sich die Frage, was dies für die Drittwirkungs-Konstellation bedeutet. In ihrer schwierigsten Ausprägung kollidieren nicht einfach Individuen, sondern ganze Sozialsysteme. Diese habe unterschiedliche Leitunterscheidungen und damit zunächst keine gemeinsame Logik als Grundlage für einen Aushandlungsprozess, darum entsteht die Schwierigkeit, ob nach dem Umkippen des Holismus in die Horizontale eine Lösung für diese Konstellation denkbar ist. Eine solche Lösung könnte nur in der Kompatibilisierung der unverträglichen Logiken liegen und sie hätte als einzige Ressourcen die sozialen Interaktionen des Verfahrens als Rahmen für Argumentation und als Möglichkeit der Vernetzung mit anderen Entscheidungen. Unsere Frage ist, ob eine solche Kompatibilisierung denkbar ist. Dazu wird zunächst die juristische Argumentation betrachtet, dann die Vernetzung und schließlich die Semantik einer möglichen Kompatibilisierung durch einen im Verfahren generierten Reflexionszwang.

Philosophie 2 (2004), S. 177 ff. (182, Fn. 10) sagt dazu Folgendes: „Schon Paton im Dialog Parmenides, Aristoteles in seiner berühmten Überlegung zum ‚dritten Menschen’ und dann wieder Lewis Carroll, Frege, Husserl, Wittgenstein, Heidegger und dann auch Gilbert Ryle haben auf den hier relevanten Vorrang des Könnens (know-how) vor dem expliziten Sagen (know-that) aufmerksam gemacht.“

I. Von der Abwägung zur Argumentation

Divisionale Konzepte wollen dem Einzelnen seine Position vom Ganzen her zuteilen, während reflexive Konzepte das Ganze als Horizont einer Verhandlung begreifen. So hat Gunther Teubner divisionale Konzepte folgendermaßen gekennzeichnet: „Wie ist die gerechte Einheit der Gesellschaft trotz ihrer selbstzerstörerischen Zersplitterung zu gewährleisten? Die klassische Antwort hieß: Nicht Aufhebung der Spaltung, sondern suum cuique. Die gefährlichen Spaltungstendenzen wurden dadurch entschärft, dass den Teilen der ihnen in der Gesamtordnung zukommende Platz zugewiesen wurde. Den konkreten Menschen, die als integrale Bestandteile der Gesellschaft angesehen wurden, wurde man gerecht durch die bekannten komplementären Formeln der iustitia distributiva – das Ganze teilt den Teilen (Individuen, Gruppen, Sektoren) den ihnen gebührenden Teil zu – und der iustitia commutativa – die gerechte Beziehung der Teile (Individuen, Gruppen, Sektoren) im Verhältnis zueinander."[639] Operieren sollte das divisionale Konzept über die Abwägung. Die offene Frage ist dann nur: Funktioniert die Abwägung in der wirklichen Argumentation oder ist sie nur eine rhetorische Fassade für nicht legitimierte Entscheidungen?

1. Die Abwägung als delegierende Metapher

Diese Frage wird zunächst anhand der Semantik von Abwägung in der Fachsprache und der Alltagssprache untersucht. Dabei stellt sich heraus, dass Abwägung keine Technik zur Erlangung bestimmter Resultate ist, sondern nur ein Bild für das Resultat. Sie ist nichts Bestimmendes, sondern etwas durch andere Praktiken Bestimmtes. Wenn man in der philosophischen Argumentationstheorie als zuständiger Wissenschaft oder der juristischen Methodik nach Abwägung als Technik sucht, stößt man auf das Problem heterogener Argumente. Diese kommen aus verschiedenen Kontexten und sind deswegen nicht vergleichbar. Bevor eine Abwägung stattfinden könnte, müssten diese Argumente erst vergleichbar gemacht werden. Wie will man die Kunstfreiheit von F. C. Delius, dem die Veröffentlichung eines Buches zum Firmenjubiläum von Siemens untersagt wird, gegen die wirtschaftlichen Interessen des Konzerns abwägen? Abwägung ist ein quantitativer Vorgang und setzt auf beiden Seiten die gleiche Qualität voraus. Man müsste also die so genannten Rechtsgüter homogen machen können. Dies will die herkömmliche Theorie über den Bezug zum Ganzen der Rechtsordnung erreichen. Der Bezug zum epistemisch verfügbaren Ganzen der Rechtsordnung soll es erlauben, Konflikte durch Abwägung zu lösen. Die Abwägung findet ihre Grundlage in einer holistischen Semantik. Die Wertungsjurisprudenz begründet dies über die Semantik des Rechtsverstehens. Einen Rechtssatz verstehen heißt demnach, eine ganze Rechtsordnung verstehen. Über diesen Bezug zum Ganzen werden die im Konflikt liegenden Rechtsgüter homogen gemacht und so einer Abwägung prinzipiell zugänglich. Damit stellt sich die Frage, was eigentlich verborgen bleibt, wenn die juristische Praxis in das unzulängliche Bild

[639] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure, Der Staat 2006, i.E., bei Fn. 26.

der Abwägung gezwungen wird.

a. Die Semantik von Abwägung zwischen Technik und Metapher Die Abwägung soll die Drittwirkungskonstellationen einer Lösung zuführen. Wenn dies möglich wäre, müsste eine pragmatische Analyse im juristischen Wissen eine entsprechende Technik nachweisen können. Um die Abwägung als juristische Praxis zu klären, muss das in der Fachliteratur und Lexika sedimentierte Wissen aufgesucht werden.

aa. Die fachsprachliche Lexik von Abwägung Das Lemma *Abwägung* findet sich in den einschlägigen Fachlexika nicht. So wird man etwa in den früheren Auflagen des *Creifelds* vergeblich danach suchen.[640] Selbst Online mit Stand vom Mai 2004 gibt es etwa beim *Alpmann Brockhaus*, Fachlexikon Recht überhaupt noch kein Eintrag zu *Abwägung.*[641] Der allgemeine *Online-Brockhaus* verweist für die Suche nach *Abwägung* lediglich weiter auf Lemmata wie *Pflichtenkollision*, *unbestimmter Rechtsbegriff*, *Verdachtskündigung*, *Bebauungsplan*, *Planfeststellung*, *Strafzumessung*, *Vertrauensschutz Enteignung*, *Notstand*, *Tierschutz*, *Datenschutz*, *Kündigung Miete* unmittelbar aus dem Bereich des *Brockhaus Recht*, sowie darüber hinaus beispielsweise auch *Zweckrationalität*, *Gegenanzeige (Kontraindikation)*, Spiegelaffäre, *Suizid (Selbstmord, Freitod)*, *Nahostkonflikt. Empfängnisverhütung*, *Haushaltsbudget*, *Technikfolgenabschätzung* usw.[642] Wenigstens in den neuesten Auflagen der Fachlexika wird man dann vereinzelt fündig. Sicher ist, dass die Fachlexika auf den juristischen Sprach- und Begriffsgebrauch reagieren. Bezeichnend ist aber das Wie. Denn es bleibt bei der Abwesenheit des Lemmas *Abwägung* selbst. Es findet sich lediglich eine Verwendung in den Komposita *Abwägungsgebot* und *Abwägungsfehlerlehre.*[643] Und diese werden entweder im Verweis schon wieder selbst auf besondere Normierungen oder aber im Weiterverweis erklärt. Damit ist *Abwägung* lediglich als stillschweigende Voraussetzung für die Aufforderung und Pflicht dazu nachweisbar. Wenn man die Wortverbindungen auflöst, ergibt sich ein klarer Befund: *Abwägungsgebot* fordert, eine Abwägung durchzuführen. *Abwägungsfehlerlehre* lässt sich in „Lehre vom Fehler bei Abwägung“ auflösen. In beiden Verbindungen erscheint *Abwägung* immer als Determinans, als ein zu Bestimmendes. Es tritt lexikalisch in keinem Fall bestimmend auf, so dass sich die Semantik auch in ein methodisch anleitendes Konzept überführen ließe. Morphologisch ist daher schon einmal vom Lemmafund her keine Aufklärung dieses so passivierten Lemmas *Abwägung* selbst zu erwarten. Damit erhärtet sich der Verdacht, dass keiner so recht zu sagen vermag, was er eigentlich tut, wenn er von sich behauptet abzuwägen.

[640] Siehe beispielsweise *Carl Creifelds*, Rechtswörterbuch. 3. Auflage, München 1973.
[641] Siehe *http://www.brockhaus.de/service/brockhaus-alpmann-recht/updates.php.*
[642] Siehe *http://brockhaus.de/brockhaus-suche/* für den Sucheintrag *Abwägung*
[643] Siehe entspr. *Carl Creifelds*, Rechtswörterbuch. Achtzehnte, neu bearbeitete Auflage, München 2004; *Alpmann Brockhaus*, Fachlexikon Recht. 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, Leipzig/ Mannheim 2005.

Konsultiert man den *Creifelds* in neuerer Auflage,[644] so stößt man lediglich auf das Lemma *Abwägungsgebot*. Erläutert wird dieses als der „Grundsatz, dass bei (möglicher, drohender oder bereits eingetretener) Kollision von Rechtsgütern oder Interessen eine Gewichtung der widerstreitenden Gesichtspunkte im Wege der Güterabwägung (Interessenwertung) vorzunehmen ist (...)." Die Abwägung öffentlicher und privater Belange gegeneinander oder untereinander ist weitgehend »Ermessen und damit auch dessen Grenzen unterworfen. Auch bei der Feststellung der immanenten Schranken der Grundrechte sind die widerstreitenden Grundrechte gegeneinander abzuwägen." Mit dieser in der Forderung nach Abwägung verbleibenden Erklärung ist natürlich für die Frage, um was es sich denn genau bei der *Abwägung* handelt und wie dafür vorzugehen sei, nichts gewonnen. Die im Lexikon beschriebene Verwendung verbleibt im Bildlichen. Der Weg vom Ornament zur Technik ist noch nicht gefunden. An anderer Stelle wird darauf verwiesen, dass „das A(bwägungsgebot) (...) in vielen gesetzlichen Regelungen seinen Niederschlag gefunden (hat)." Genannt werden etwa die §§ 34, 35 StGB. „Darüber hinaus" ist für den *Creifelds* dann lediglich zu erwähnen, dass das Abwägungsgebot „als Leitgedanke auch in anderen Kollisionsfällen allen behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen zugrunde zu legen" ist. Ein Leitgedanke ist aber noch kein praktisches Vorgehen. Immer noch verbleibt die Erläuterung also in der Konstatierung des *Dass* und schweigt zum *Wie.* Daran ändert sich auch nichts, wenn zum dritten auf die „besondere Bedeutung" des Abwägungsgebots „in allen planungs-, räum- und umweltorientierten Gesetzen und Verwaltungsverfahren" hingewiesen wird. Konkret genannt werden die Aufstellung von Bauleitplänen, wofür § 1 VI BauG zitiert wird, wonach „die öffentlichen und privaten. Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen". sind. Hingewiesen wird weiter darauf, dass „die wichtigsten Belange für die Abwägung (..) in § 1 V BauG aufgezählt (sind)" [645], sowie etwa darauf, dass „der umfassenden und gerechten Abwägung (...)auch die Beteiligung der Bürger (§ 3 BauGB) und der Träger öffentlicher Belange (zur Beachtlichkeit von Versäumnissen vgl. §§ 214-216 BauGB) (dient)." Für die hier interessierende Frage nach einem praktikablen Konzept von Abwägung ist aber keine Lösung erkennbar. Der Verdacht regt sich, dass dies keineswegs an einem explanatorischen Unvermögen der Enzyklopädie liegt, sondern der Rede von der *Abwägung* selbst geschuldet ist.

Das untermauert der Griff zu einem zweiten Rechtswörterbuch, dem *Fachlexikon Recht* der Verlage *Alpmann* und *Brockhaus*.[646] Hier findet sich immerhin neben dem Lemma *Abwägungsgebot* auch das der *Abwägungsfehlerlehre*. Dabei ist positiv zu werten, dass sich die Erklärung der Abwägungsfehlerlehre gleich auf ein konkretes Rechtsproblem bezieht, nämlich die „Ausprägung der planerischer Gestaltungsfreiheit einer Gemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen". Und das wieder mit dem Verweis auf die einschlägigen Normierungen § 1 Abs. 7

[644] *Carl Creifelds*, Rechtswörterbuch. Achtzehnte, neu bearbeitete Auflage, München 2004.
[645] Jetzt die §§ 1 VI und 1 VII BauGB.
[646] *Alpmann Brockhaus*, Fachlexikon Recht, 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, Leipzig/ Mannheim 2005.

BauGB und §2 Abs. 3 BauGB. Von diesem Hinweis aus, kann man den Versuch starten, mit Hilfe von Lehrbüchern weiter zu kommen. Dort findet man allerdings lediglich die sogenannten „Ermessensfehlerlehre“. Sie gibt dem Entscheidungsträger vor, alle relevanten Belange heranzuziehen, diese richtig zu verstehen und Konflikte zu bewältigen. Sonst begeht er einen Heranziehungsfehler, Auslegungsfehler oder Abwägungsfehler. Damit sind zentrale Punkte jeder Argumentation benannt: Man sollte alle relevanten Umstände heranziehen, richtig verstehen und Konflikte statt sie zu verdecken lösen. Wie man einen Konflikt durch Abwägung bewältigt, ist damit aber gerade nicht gezeigt worden. Dazu bleibt man weiter auf den Prozess der Argumentation, bzw. vor Gericht auf das Verfahren angewiesen. Eine Technik der Erkenntnis, die man anwenden könnte, ist gerade nicht ersichtlich. Immerhin wird in diesem Zusammenhang qualifizierend darauf hingewiesen, dass „gerecht abzuwägen“ sei. Nun weiß jeder Jurist, dass mit dem Verweis auf die Gerechtigkeit eher ein ganzes Problemuniversum geöffnet ist,[647] als dass hier eine konkretisierende Antwort gegeben wird. Immerhin fährt das Lexikon damit fort, für den global geforderten Verfahrenskomplex „Abwägung“ so etwas wie eine innere prozedurale Strukturierung zu beschreiben: „Unterschieden wird in Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis. Der Abwägungsvorgang beginnt mit der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials, d.h. der öffentlichen und privaten Belange. Die als planungserheblich erkannten Belange sind sodann zu gewichten und zu bewerten. Daraufhin sind sie gegen einander und untereinander abzuwägen, indem sie zueinander in Beziehung gesetzt werden. Ergebnis dieser Abwägung ist das Abwägungsergebnis, das den Inhalt des Bauleitplans bildet.“ Die Erläuterung unter dem Lemma *Abwägungsfehlerlehre* zeigt dann, was dabei alles schief gehen kann. Es kann zum „Abwägungsausfall“ kommen, das heißt „eine Abwägung fehlt vollständig“. Es kann ein „Abwägungsdefizit“, dass heißt „wesentliche Belange wurden außer Acht gelassen und bei der Abwägung gar nicht berücksichtigt“. Es kann eine „Abwägungsfehleinschätzung“ unterlaufen, dass heißt, „die Bedeutung einzelne Belange wurden verkannt“. Und es kann eine „Abwägungsdisproportionalität“ zu verzeichnen sein, das heißt, „der Ausgleich zwischen den Belangen wurde in einer Weise vorgenommen, der zur objektiven Gewichtung der Belange außer Verhältnis steht.“[648] Wir sind damit bei der Wiederholung der Ermessensfehlerlehre gelandet, welche uns gerade keine anwendbare Technik geliefert hat, sondern uns auf Argumentation und Verfahren verweist.

Was hier interessiert, ist natürlich einzig und allein, ob und inwieweit diese Worterklärungen Aufschluss darüber geben, um was genau es sich bei der Abwägung handelt. Wie soll sie vonstatten gehen, und was ist das von ihr angelegte Maß? Eine Spezifizierung ist die *Zusammenstellung des Abwägungsmaterials.* Das besagt nicht mehr, als dass sich die Abwägung auf etwas bezieht, etwas

[647] Dazu hier nur *Nils Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998, v.a. S. 37 ff. Zum methodischen Problem damit *Ralph Christensen*, Gesetzesbindung. Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, S. 158 ff.; sowie *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band II. Europarecht, Berlin 2003, S. 439 ff.

[648] *Alpmann Brockhaus*, Fachlexikon Recht. 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, Leipzig/ Mannheim 2005.

behandelt, verhandelt. *Abwägung* ist ein Umgang mit etwas. Aber damit ist man wieder bei den Voraussetzungen: Man hat es mit kollidierenden Normen und Rechtsansprüchen zu tun und muss mit diesen irgendetwas unternehmen, um zu einer Entscheidung zu kommen. Bleibt hartnäckig die Frage, wie? Das Lexikon sagt, man muss *gewichten* und *bewerten.* Und es sagt zirkulär, dass dafür *abzuwägen* ist. Natürlich ergibt sich aus dem Anlass der Abwägung als einem Konflikt, dass es sich darum handelt, dass etwas *zueinander in Beziehung gesetzt* wird. Es ist zwischen zwei oder mehr Dingen zu entscheiden. Aber wie? Die Syntax der Erklärung unterwirft mit der *indem*-Relation diese Relationierung intentional bzw. zweckhaft dem *Gewichten* und *Bewerten.*[649] Allgemein handlungssemantisch wirkt diese Erzeugungsrelation im Ziehharmonikaeffekt der Rückführung von komplexeren Intentionen und Mustern auf elementare Aktionen bis hin zu unmittelbaren Bewegungen, bzw. Basishandlungen.[650] Im vorliegenden Fall des ABWÄGENS muss differenziert werden: Es gibt eine vertikale Richtung darin, dass *untereinander* abzuwägen sind. Und es gibt eine horizontale Richtung darin, dass Belange *gegeneinander* abzuwägen sind. Wesentlich ist, dass als exekutierend eingeführte Handlung des Relationierens nichtssagend ist. Dies wird deutlich durch die instrumentale Umwandlung der *indem*-Relation in die *dadurch, dass*-Relation. Man *wägt dadurch ab*, *dass* man *in Beziehung setzt.* Das kann alles Mögliche heißen. Will man diese Leere füllen, ist man vom Lexikon im Wesentlichen auf das *Gewichten* verwiesen. Allein ein Sprachgefühl besagt, dass hier das eine, eher ein „Wiegen“ als Austarieren, gegen das gleiche, eher ein „Wiegen“ als ein Zumessen des Gewichts ausgetauscht wird. Ein perfekter semantischer Zirkel also. Zumal laut *Grimmschen* Wörterbuch noch im Frühneuhochdeutschen „ABWÄGEN (...) oft zum nebeneinander von (...) wägen u. bes. wiegen“ steht.[651] Man kommt zu dem Ergebnis, dass mit einer Erläuterung von *abwägen* durch *gewichten* die eine, eher buchstäbliche Verwendungsweise in Gestalt des Gewichtens die andere, aber sich weiter in ein und derselben Lexik bewegende eher metaphorische Verwendungsweise des Ausdrucks *abwägen* erklären soll. Damit hat man aber nicht mehr erreicht, als dass man es so oder so ausdrücken kann. Ein Verfahren der Abwägung ist nicht erkennbar.

bb. Zur Wortgeschichte von Abwägung Das ist auch schon alles, was die Lexikographie des juristischen Fachwortschatzes zu bieten hat. Das Changieren des juristischen Sprachgebrauchs wird nirgends thematisiert. Daher ist man auf das allgemeine Wörterbuch angewiesen, wenn man die in sich zirkulierende semantische Bewegung zwischen *abwägen* und *gewichten* präzisieren will. Laut *Grimm* kommt der Ausdruck *abwägen* worthistorisch vom

[649] Handlungssemantisch zu dieser Relation *Hans Jürgen Heringer*, Praktische Semantik, Stuttgart 1974, S. 43, dort als „Pfeilrelation“ abgehandelt.

[650] Grundlegend dazu *Donald Davidson*, Handeln, in: *ders.*, Handlung und Ereignis, Frankfurt am Main 1990, S. 73 ff. (v.a. 88 ff.).

[651] *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.

Frühneuhochdeutschen *abwegen* her.[652] Es geht hier noch ganz zusammen mit dem *abwiegen* und teilt sich, wie denn auch mit letzterem in die Regelformen des Präteritums und Partizip Perfekts. Im Großen und Ganzen handelt es sich um ein Wort. Seine Bedeutung ist im 15. und 16. jahrhundert noch konkret, instrumental dinghaft als „*das gewicht von etwas mittels einer waage feststellen*“.[653] Ein gewisser Reflex dessen findet sich auch heute noch, wenn der *Dornseiff* im sachorientierten deutschen Wortschatz das *abwägen* unter anderem dem Wortfeld „Messen, Rechnen“ zuschlägt, das wiederum systematisch im Zusammenhang steht mit den Feldern „Überlegung; Urteil, Bewertung; Forschen“. Intern im Feld *Messen, Rechnen* findet sich das *Abwägen* dann unter anderem in der lexikalischen Reihe von „mit Zirkel und Lineal, messen, abmessen, abschreiten, abwägen, abwiegen, ansetzen, ausmessen, begutachten, bemessen, beurteilen, bewerten, eichen, ermessen, erörtern, erwägen, kalkulieren, veranlagen, vergleichen, wägen, werten, wiegen“.[654] Zugleich verweist diese Umgebung etwa mit dem *vergleichen* und *werten* schon auf eine Sublimierung in der Bedeutung von *abwägen*. Wortgeschichtlich setzt diese mit dem 17. Jahrhundert ein.[655] In der Entwicklung des 18. Jahrhunderts führt der Weg der Semantik über ein allerdings noch realistisches Bestimmen von Schwere.[656] Das Moment des Vergleichs deutet sich an. Auch hiervon finden sich Spuren im Wortschatz der Gegenwartssprache. *Abwägen* taucht im Bereich der „Sorgfalt“ auf, der sich wiederum in der Nachbarschaft von „Ordnung; Geschicklichkeit; Vorsicht; Aufmerksam; Rechtschaffen“. Intern im Feld der *Sorgfalt* reiht sich das *abwägen* neben weiterem ein in „sorgfältig sein, abwägen, beachten, bedenken. sich bemühen, berücksichtigen“.[657] Man kommt damit in der Bedeutung von *abwägen* auf „*eine (teil)menge von bestimmtem gewicht auf der waage ermitteln, auswiegen*“.[658] Etwas, das schon ein wenig an die

[652] Zur Etymologie dann auch entspr. *Friedrich Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24., durchgesehene und erweiterte Auflage Berlin / New York 2002.

[653] *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f. belegt etwa: „sy mugen auch das fleisch, daz von in von den penken tragen wirdet, in sunderhayt abwegen“. (15. Jhdt.); „so wirstu das kupffer darin (im schmelztiegel) finden, welchs du abwegen sollest“ (16.Jhdt.).

[654] *Franz Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 8., völlig neu bearbeitete und mit einem vollständigen alphabetischen Zugriffsregister versehene Auflage, Berlin 2004, S. 201 f., unter 11.11.

[655] Sie deutet sich auf dem dafür zeittypischen theologischen Wege dann in einer heute eigentlich gar nicht mehr bewussten Übertragung des Wortsinns an, wenn Himmlisches und Irdisches darin gegeneinander förmlich ‚abgewogen’ werden. Dafür belegt *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f: „wol zumereken ists, daß die haar deß haupts in dise waagschüßl deß herrn gelegt, abgewogen vnd examiniert werden, da doch man in den weltlichen waagschüsseln nur silber, goldt vnd köstliche gestain darinn abzuwegen“.

[656] Siehe den von *Adelung* überlieferten Hinweis des 18. Jahrhunderts: „ehedem zählte man das geld nicht ab, sondern man wägte es ab“ *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.

[657] *Franz Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 8., völlig neu bearbeitete und mit einem vollständigen alphabetischen Zugriffsregister versehene Auflage, Berlin 2004, S. 151 unter 9.40.

[658] *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.

juristischen Verhältnisse erinnern mag, wenn man nur das Ausgangsproblem so betrachtet, dass das normative „Gewicht“ kollidierender Regelungen bzw. das jeweilige „Gewicht“ der widerstreitenden Belange für die Entscheidung des Falls zu „ermitteln“ ist.

Im 18., bzw. 19. Jahrhundert setzt das Wörterbuch der Gegenwartssprache den heute geläufigen und von Juristen gepflogenen Gebrauch an und konstatiert eine Veränderung. Konkretes *abwiegen* und Bildliches *abwägen* treten anhand der Worte auseinander.[659] Mehr noch, wird die ursprünglich buchstäbliche Bedeutung zugunsten der sich nunmehr dominant durchsetzenden übertragenen zunehmend als „veraltet“ vermerkt.[660] Es erfolgt also ein Umschlag in den übertragenen Sinn. Die Bedeutung von *abwägen* und auch *Abwägung* kommt jetzt auf das heute vertraute „*etwas (vergleichend) prüfen, erwägen*“, *näherhin „etw. a(bwägsam) prüfen; a(bwägsam) urteilen*“.[661]

Das Nomen folgt dem Verb.[662] Als Bedeutungserklärung für „ABWÄGUNG/. zu abwägen“ wird zunächst wieder angeführt die „*feststellung des gewichts (mittels einer waage)*“.[663] Im 17. Jahrhundert lässt sich, genau wie beim Verb dann wieder die unmerkliche Wendung zur sublimeren Bedeutung von *Abwägung* als „*abmessung, vermessung (eines gefälles)*“ mit einer deutlichen Tendenz zum Moment des Vergleichens und Abgleichens verzeichnen.[664] Daneben tritt wiederum die Bedeutung „*erwägung*“ im „*hauptgebrauch des wortes*“.[665] Auch die schon aus dem juristischen Fachwortschatz bekannten Qualifizierungen tauchen auf.[666]

[659] „Ein deutlicher unterschied in der verwendung der beiden wörter zeichnet sich erst im 18./19. Jh. ab, abwägen wird zunehmend übertragen verwendet, abwiegen im eigentlichen sinne, diese funktionsteilung gilt seit dem anf. d. 20. jhs. fast ausnahmslos.“ *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.

[660] Siehe *Hermann Paul*, Deutsches Wörterbuch. Bedeutungsgeschichte und Aufbau unseres Wortschatzes. 10., überarbeitete und erweiterte Auflage, Tübingen 2002, S. 46: „abwägen erst seit dem 18./19.Jh. von abwiegen, mit dem es die Prät.-Formen teilt, deutlicher unterschieden; 1(15.Jh.) heute veralt. wie abwiegen, 2 seit 16.Jh. ‚(vergleichend) prüfen’; entspr. Abwägung reife, a(bwägen) aller beweggründe.“

[661] *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.

[662] Vgl. *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.

[663] *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f. belegt: „von Pythagoras schreiben sie, daß er die nachrechnung vnnd außtheilung der proportion vom klang der schmidthämmer genommen, vnnd durch abwegung derselben, die zusammenstimmung vff pfeiffen vnnd seitten erfunden habe“ (16.Jhdt.); „die schöne baarschaft machte uns in aussortirung und abwägung der müntze eine ziemliche, doch angenehme mühe“ (17. Jhdt.), reife abwägung aller beweggründe“ (18. Jhdt.), „abwägung der wissenschaftlichen Verdienste“ (19. Jhdt.), „nüchterne abwägung aller gründe und folgen“ (20. Jhdt.).

[664] *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.: „in abwägung einer erbteuffe (*ist*) am tage an den rasen anzuhalten“.

[665] Als Beleg nach *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.: „abwegung der gemüthseigenschafften“ (17. Jhdt.).

[666] Als Belege nach *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung.

Was das Ziel einer Abwägung, so wie es das Fachlexikon auch für den Juristen begrifflich vorzeichnet, findet sich jetzt zudem dann mit dem 19. Jahrhundert als „nebensinn“ der „ausgleich“ und die „abstimmung“.[667]

Im Gegenwartswortschatz ist der Ausdruck nach der worthistorischen Entwicklung auf dem Feld der „Wahl“ beheimatet.[668] Die Tatsache, dass in der Differenzierung des Wortfeldes für *abwägen* auch so etwas wie *Dilemma* und *Zwickmühle* auftauchen, gibt schon einen Hinweis darauf, dass man im Recht bei der Verwendung von *Abwägung* zur Lösung des Entscheidungsproblems unweigerlich auf das Paradox stoßen wird.[669]

Ihren Niederschlag finden die Entwicklung und lexikalische Verortung des Ausdrucks *abwägen* entsprechend in der Konstatierung des gegenwärtigen Sprachstands durch alle Wörterbücher hindurch. Allen voran verzeichnet der *Duden* dafür zum ersten die Bedeutung „vergleichend u. prüfend genau bedenken, überlegen: das Pro und Kontra einer Sache a(bwägen)“, sowie „etw(as) kritisch abwägend erörtern; sorgfältig abgewogene Worte“. An zweiter Stelle verzeichnet der *Duden* das erläuterte Bedeutungsbild „(veraltet) das Gewicht, Maß von etw. feststellen“.[670] Aus der Sprachwelt ist das Moment des Gewichtens dennoch nicht, wie das Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache von *Klappenbach* und *Steinitz* zeigt. In dessen Erklärungen zur Bedeutung von *abwägen* finden sie im übrigen auch jene Eigenschaften und Qualifizierungen, die nach Meinung der Fachlexika die juristische Abwägung auszeichnen sollen. So

1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1204 f.: „genaue abwägung der vorteile“ (19.Jhdt.).

[667] Vgl. *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A —AFFRIKATA, Leipzig 1983, Sp. 1206: „statt wie im alten systeme des gleichgewichts um abwägungen entgegengesetzter kräfte sich zu mühen, wurden alle gegensätze als aufgegeben statuirt“.

[668] Im Einzelnen macht *Franz Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen, 8., völlig neu bearbeitete und mit einem vollständigen alphabetischen Zugriffsregister versehene Auflage, Berlin 2004, S. 138 unter 9.11. dafür die folgende Reihe auf: „Wille; Entschlossen; Unterscheiden; Logisches Denken; Urteil, Bewertung; Zustimmung; Lob, Beifall“. Intern im Feld der *Wahl* sieht man die *Abwägung* unter anderem der Reihe „Entscheidung, Abwägung, Auswahl, Belieben, Bestimmung, Bevorzugung, Festlegung, Gutdünken, Machtwort, Präferenz, Urteil, Vorliebe, Vorzug, Willkür, Wunsch, Zuspruch, Alternative, Dilemma, Kür, Option, Wahlfreiheit, Zwangslage, Zwickmühle, Kreuzweg, Scheideweg“

[669] Weiterhin findet sich „Abwägung“ im Kontext von „Geschmack, Kunstsinn“ in Nachbarschaft von „Wählerisch; Urteil, Bewertung; Gestaltung“, und zwar für den *Kunstsinn* dann intern unter anderem in der Reihe „beurteilen, abwägen, kennen, kritisieren, schätzen, unterscheiden, würdigen“. *Franz Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen, 8., völlig neu bearbeitete und mit einem vollständigen alphabetischen Zugriffsregister versehene Auflage, Berlin 2004, S. 178 unter 10.17. Belegt wird dies schon für das 17. Jhdt.: ”der reiz und die gewalt der kirche der italienischen frührenaissance und der ersten bauten Bramante's liegt in der feinen rythmischen abwägung der höhe und breite und tiefe“; und findet sich heute noch seit dem 20. Jhdt.: „was für die klassik das ziel alles künstlerischen strebens bedeutet: die harmonische verteilung und abwägung der massen, wird von dem neuen stil abgelehnt“ *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch. Neubearbeitung. 1. Band A — AFFRIKATA, Leipzig 1983, S. 1204 f.

[670] *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden. Band 1: A – Bedi. 3. Aufl. Mannheim 1999, S. 120. Zudem zu „abwägsam (Adj.) (selten): bedächtig: etw. a. prüfen; a. urteilen. Abwägung, die; -, -en: das Abwägen“

wird *abwägen* bestimmt als „etw(as) sorgsam vergleichend prüfen, überlegen, die Worte, sein Urteil, jeden Schritt (behutsam, vorsichtig, genau, gerecht, objektiv, kühl, kritisch) a(bwägen); d(ie) Vorzüge, Unterschiede, Meinungen, Chancen (gegeneinander) a(bwägen); d(as) Für und Wider, Plus und Minus, Gründe und Gegengründe, Vorteile und Nachteile (gegeneinander) a(abwägen)“.[671]

cc. Abwägung als delegierende Metapher Zieht man Bilanz, so macht die Lexik von *Abwägung* und *abwägen* kein praktikables methodisches Konzept sichtbar. Die Allgemeinsprache führt nicht über die schon in den juristischen Fachlexika angetroffene Situation hinaus. Wenn dort lediglich gesagt wird, dass Abwägung immer etwas damit zu tun hat, dass etwas „zueinander in Beziehung gesetzt werden“ soll, indem „zu gewichten und zu bewerten“ ist,[672] so gibt auch der lexikographisch festgeschriebene allgemeine Sprachgebrauch nicht mehr her.[673] Das trifft auch auf die Qualifizierung der Art und Weise zu, wie abzuwägen ist. Indem diese etwa als eine „gerecht“ zu treffende Abwägung bestimmt wird, zeigt sich ein Zirkulieren von allgemeinem und juristischem Sprachgebrauch.[674] Und auch wenn man in den einschlägigen Korpora, wie etwa COSMAS am Institut für Deutsche Sprache Belege für den Sprachgebrauch durchmustert, ändert sich an dem verbleibenden Klärungsbedarf nichts. Es ist zu sehen und zu lesen, was gegeneinander abgewogen werden kann und soll, mehr nicht.[675] Und wenn man anhand des Sprachgebrauchs hier noch einmal auf das *gewichten* zurückkommen will, so ergibt sich eher eine innere Akzentuierung als eine gegenseitige Klärung. Das Gewichten lässt sich als das eher vertikale Moment des Vorgangs betrachten, das heißt als jenes, das sich

[671] *Ruth Klappenbach/Wolfgang Steinitz (Hrg.)*, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. 1. Band A — deutsch. Zehnte, bearbeitete Auflage, Berlin 1980, S. 80. Zugleich fehlt dann aber nicht der Hinweis auf „ungebräuchl. veralt. das Gewicht, Maß von etw. feststellen“. Siehe auch *Gerhard Wahrig/Hildegard Krämer/Harald Zimmermann* (Hrg.), Brockhaus. Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Erster Band A – BT, Stuttgart 1980, S. 100.: „etwas ~ bedacht überlegen, abschätzend erwägen“, „die Worte ~ bzw. Dinge gegeneinander ~ die Vorzüge und Nachte zweier D. vergleichen“, als „veraltet“: „etwas ~ (...) in der Hand heben u. senken, um das Gewicht zu schätzen“. Weiter *Günter Kempcke*, (Hrg.) Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden, A - K, Berlin. 1984, S. 25.

[672] Vgl. *Alpmann Brockhaus*, Fachlexikon Recht. 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, Leipzig/ Mannheim 2005.

[673] Typischerweise *Erhard Agricola*, Wörter und Wendungen. Wörterbuch zum deutschen Sprachgebrauch. Überarbeitete Neufassung der 14. Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 1992, S. 62: „das eine gegen das andere, zwei Dinge gegeneinander [gerecht] a(bwägen)“.

[674] Weiter Qualifizierungen wären etwa: „zwei Möglichkeiten sorgsam (zu) vergleichen, um sich für die günstigere zu entscheiden“, *Günter Kempcke* (Hrsg) Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden. A - K, Berlin 1984, S. 25.

[675] Dafür folgende Belegstellen: „Abwägung der verschiedensten sektoralen Teilinteressen“, „Abwägung aller Gesichtspunkte“, „Abwägung der Vor- und Nachteile“, „Abwägung aller in Frage kommenden Risiken“, „Abwägung aller Argumente“, „Abwägung aller vorgetragenen Meinungen“, „Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte“, der „Abwägung der diversen möglichen Schulmodelle“, „gründliche Abwägung“, „moralische Abwägung“, „sorgfältige und subtile Abwägung“, „schwierige Abwägung“, „gerechte Abwägung“, COSMAS II, Version 3.6.0.2.

auf das jeweils gegeneinander Abzuwägende bezieht.[676] Demgegenüber bezieht sich das *Abwägen* auf den horizontalen Aspekt des Vorgangs, das heißt auf das In-Beziehung-Setzen des jeweils in Frage Stehenden. Was man aber nicht sieht und liest, ist, worin dieser Vorgang besteht, nach welchem Maß gewogen wird.

Der Blick auf die juristische Praxis bestätigt den semantischen Befund. Das SG Berlin fordert in einem Abschiebefall hinsichtlich der Qualität des Vorgehens. „Bei dieser Abwägung sind vor allem die Grundrechte und die in ihnen zum Ausdruck kommende Werteordnung zu beachten."[677] Das OLG München begründet in einer Entscheidung zur irreführenden Werbung, „die Festlegung der Konfusionsrate erfordert eine Abwägung zwischen dem Interesse der getäuschten Verbraucher am Schutz vor Irreführung, dem der kundigen Verkehrsteile an Information und dem der Allgemeinheit an Erhaltung und Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbs (BGH, GRUR 94, 519, 521 Grand Marnier). Dabei sind in die Interessenabwägung auch die Auswirkungen eines Verbots mit einzubeziehen."[678] Das OLG Hamm postuliert in einer Entscheidung zur Kunstfreiheit, „deshalb bedarf es einer fallbezogenen Abwägung, ob die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts derart schwerwiegend ist, dass die Freiheit der Kunst zurückzutreten hat (BVerfGE 81, 278 = NJW 1990, 1982, 1983 - Bundesflagge)."[679] Der BGH stellt in einer Entscheidung zum Internethandel fest: „Damit wird eine Abwägung zwischen den Interessen des Klauselverwenders an der Möglichkeit einer Änderung seiner Leistung und denen des anderen Vertragsteils an der Unveränderlichkeit der vereinbarten Leistung des Verwenders verlangt."[680] Und er konstatiert etwa in Hinblick auf die Unverhältnismäßigkeit, dass „der Nachbesserung der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielbare Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwandes steht."[681] Das Bundesverfassungsgereicht schließlich meint in der Entscheidung „Caroline von Monaco", „im Rahmen des § 23 Abs. 2 KUG sei das Interesse der Beschwerdeführerin daran, nicht in der geschehenen Weise abgebildet zu werden, gegenüber dem berechtigten Informationsinteresse der Öffentlichkeit abzuwägen."[682] Die Reihe der Beispiele ließe sich mühelos fortsetzen. Was sich hinsichtlich der Konkretisierung der Rede von der *Abwägung* zeigt ist eben kein Unterschied zum allgemeinen Sprachgebrauch, so dass sich hier jeder Versuch einer Klärung aus der Semantik zwangsläufig im Kreis drehen muss. Anders gewendet bedeutet das, dass der sprachliche Befund für ein juristisch methodisches Konzept von Abwägung schlicht nichts hergibt. Das bestätigt ein Blick

[676] Siehe etwa die belegten Verwendungen: „die Funde bei der Auswertung zu gewichten", „jede Urkunde zu gewichten", „nach sozialen Kriterien zu gewichten", „die unterschiedlichen Argumente zu gewichten", überhaupt „unterschiedlich zu gewichten", nach Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts unter http:// www.dwds.de/.

[677] SG Berlin, Gerichtsbescheid vom 08.07.2004, Az. S 52 AL 2899/03.

[678] OLG München, Urteil vom 23.12.2004, Az. 6 U 4304/01.

[679] OLG Hamm, Urteil vom 04.02.2004, Az. 3 U 168/03.

[680] BGH, Urteil vom 21.09.2005, Az. VIII ZR 284/04.

[681] BGH 7, Urteil vom 04.07.1996, Az. VII ZR 24/95

[682] BVerfG 1. Senat, Urteil vom 15.12.1999, Az. 1 BvR 653/96.

vom Wörterbuch in die Enzyklopädie. *Wikipedia* als gegenwärtig wohl lebendigste dieser Art verzeichnet im Artikel „Abwägung“, dass „eine Abwägung (...) ein juristischer Fachbegriff (ist) und (..) die Ergebnisse von zwei oder mehreren zu entscheidenden Fragestellungen in ein Verhältnis (stellt), das die sich aus den Fragestellungen ergebende Entscheidung als möglichst gerecht darstellt.“ Weiter wird ausgeführt, „eine gerechte Abwägung ist nur dann möglich, wenn alle nach Lage der Dinge für die Abwägungsentscheidung wesentlichen Aspekte in die Abwägung einbezogen worden sind. Hierbei sind die zugrunde gelegten Ziele und die daraus resultierenden Entscheidungsgründe nachvollziehbar darzulegen. Eine Entscheidung gilt dann als sachgerecht, wenn sie erkennbar an den Planungszielen orientiert ist und hinreichend gewichtige Gründe das Zurücktreten des einen Belangs hinter den anderen rechtfertigen lassen. Öffentlichen Belangen kommt dabei nicht automatisch ein Vorrang gegenüber entgegenstehenden privaten Belangen zu. Die Abwägung muss unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung auf einen Interessenausgleich zielen. Hauptproblem ist dabei, dass eine solche Abwägung nicht umhinkommt, mangels gleicher Maßstäbe ‚Äpfel mit Birnen' zu vergleichen.“[683] Maßstäbe, welche die Heterogenität überbrücken könnten, sind nicht ersichtlich. Deswegen fehlt jede Grundlage, um mit der juristischen Theorie das „Abwägungsgebot“ nicht nur als „Kontrollmaßstab“, sondern auch als „Handlungsanweisung“ zu sehen. „Als Handlungsanweisung zielt das Abwägungsgebot (...) auf die vollständige Ermittlung der berührten Belange und Handlungsoptionen, die Durchführung vernünftiger Prognosen und die angemessene Gewichtung der Belange. Das Ergebnis eines solchen Vorgangs ist eine gerechte Abwägung.“[684]

Es bleibt als Fazit, dass eine reflektiert rationale Methodik *Abwägung* nicht wörtlich nehmen kann. Die Rede davon erweist sich als Metapher, ohne dass Lexik und Semantik des Ausdrucks irgendetwas dafür hergeben würden, hieraus begrifflich eine Schlussfigur zu entwickeln. Sie ist höchstens eine abkürzende Bezeichnung für die genaue systematische Ermittlung der Reichweite konfligierender Vorschriften. Mit anderen Worten, die Rede von der Abwägung bleibt eine delegierende Metapher. Sie überschreibt die Arbeit am Recht einem bestimmten Titel, der Abwägung, ohne konkret zu sagen, wie dieser in der juristischen Tätigkeit im Einzelnen vollstreckt wird. Die permanenten Weiterverweise zeigen dies deutlich. Dass die Sprache hier nicht mehr hergibt, ist kein Mangel. Das Konzept des Abwägens besteht eben darin zu sagen, wie man mit den entsprechenden Dingen umzugehen gedenkt. Es besagt nicht, was dafür dann getan werden muss. Das Konzept *Abwägung* ist und bleibt eben durch das ganze Spektrum des Sinns hindurch ein Determinans, ein zu Bestimmendes. Schärfer noch, genau das ist sein Sinn. Wird es allerdings juristisch zur Begründung herangezogen, so muss es eben rein deklaratorisch bleiben, lediglich in Erwartung seiner Einlösung. Worauf es dafür ankommt und

[683] Siehe http://de.wikipedia.org/wiki/Abw%C3%A4gung.

[684] *Ekkehard Hofmann*, Formale Sprachen im Recht, in: *Kent D. Lerch* (Hrg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, Berlin / New York 2005, S. 289 ff. (293).

woran eine Konzipierung von Abwägung zugleich scheitern kann, lässt sich an einer lexikalischen Fundstelle erhellen, die noch einmal auf die bildspendende Buchstäblichkeit in der Bedeutung von *Abwägung* zurückkommt. Gemeint ist der Verweis des *Brockhaus Wahrig*, *Abwägung* bedeute „in der Hand heben u. senken, um das Gewicht zu schätzen".[685] Argumente kann man nicht in die Hand nehmen und in ihrem „Gewicht schätzen". Genau darin liegt das Problem der Verwendung des Wortes „Abwägung" im Recht. Die wörtliche Verwendung von Abwägung funktioniert, wenn man ein homogenes Medium, wie das Gewicht von Gegenständen voraussetzen kann. Die von der herkömmlichen Lehre in die Abwägung eingestellten Rechtsgüter sind dagegen heterogen. Deswegen bleibt ihre Verwendung von „Abwägung" metaphorisch.

b. Die Abwägung in der Rechtstheorie Im Rahmen der juristischen Methodik erscheint die Abwägung im Zusammenhang mit dem Stichwort der praktischen Konkordanz. Mit dieser Figur gibt man zu, dass die Rechtsordnung nicht vollkommen harmonisch ist, setzt aber voraus, dass auftretende Gegensätze in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden können. Mit der praktischen Konkordanz ist der fallbezogene Ausgleich dieser Gegensätze gemeint.[686] Man will die Kollision von gegensätzlichen sozialen Logiken durch Rechtserkenntnis kompatibel machen. Dabei beansprucht man eine holistische Semantik, die unter Zugriff auf das Ganze dem Einzelnen seinen Platz zuweisen kann. Die Einheit der Rechtsordnung soll dabei der Erkenntnis zugänglich sein und eine Argumentation von oben nach unten erlauben. Dies erlaubt dann den Ausgleich der Gegensätze im Wege der Abwägung.

Vorausgesetzt ist bei diesem Modell die Möglichkeit einer gleitenden Skalierung der kollidierenden Interessen. Die herkömmliche Lehre wollte dies erreichen über das Modell der Wertpyramide, welches Günter Dürig expliziert hatte. Danach steht hinter den Grundrechten ein einheitliches Menschenbild, welches diese Grundrechte zu einem geschlossenen System macht. Die Spitze der Pyramide liegt in der Menschenwürde, welche als Muttergrundrecht ihre Substanz in die Einzelgrundrechte hinein verteilt. Diese gemeinsame Substanz aller Einzelgrundrechte erlaubt eine Skalierung. Diese sehr spezifischen Prämissen wurden dann im Rahmen der Wertungsjurisprudenz zu einem prinzipiellen Modell fortentwickelt. An die Stelle einer Homogenisierung des Rechts über ein einheitliches Menschenbild tritt dabei die Sache Recht im Rahmen eines hermeneutischen Konzepts des juristischen Verstehens.

Auf diese spezifisch juristische Lesart der Hermeneutik muss sich eine Analyse beziehen, denn diese kann als die allgemein gebräuchlichste Form der Selbstbeschreibung des Rechtssystems begriffen werden.

[685] *Gerhard Wahrig/Hildegard Krämer/Harald Zimmermann* (Hrg.), Brockhaus. Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Erster Band A – BT, Stuttgart 1980, S. 100.
[686] Zur praktischen Konkordanz siehe die Ausführungen in Kapitel 4.

aa. Das Problem heterogener Rechtsgüter Aus der Sicht der Wertungsjurisprudenz bedeutet einen Rechtssatz zu verstehen, eine ganze Rechtsordnung zu verstehen. Damit ist im Rechtstext jede einzelne Bedeutung auf das Ganze bezogen und kann nur von daher bestimmt werden. Dieser in einem komplexen Modell entfaltete Bezug zum Ganzen soll dann das Problem der Heterogenität lösen. Wenn die Einzelbedeutung jedes Rechtstextes nur im Medium des Ganzen verstanden werden kann, wäre genau dieses Medium des Ganzen die Grundlage, um vordergründig heterogene Rechtsgüter homogen zu machen. Deswegen ist Ansatzpunkt für die Wertungsjurisprudenz die Frage nach der Bedeutung eines Rechtstextes. Die richtige Bedeutung[687] lasse sich nur erkennen, indem eine für Rechtstexte spezifische Systematik herangezogen wird,[688] welche als innerer Zusammenhang und sinnvoll geordnetes Ganzes die Varianz der Einzelbedeutungen zu stabilisieren vermag. Dabei fassen die verschiedenen Stufen der Entfaltung die Bewegung der herkömmlichen Lehre vom Rechtsbegriff über juristische Methodik und Gerechtigkeit zu Stufen der Rechtserkenntnis in einem Gesamtsystem zusammen.

Als erster Anknüpfungspunkt einer juristischen Semantik kommt das "äußere System"[689] des Rechts in den Blick, welches von den gesetzlichen Ordnungsbegriffen gebildet wird. Das ist allerdings für die Lösung der geschilderten Aufgabe nicht ausreichend. Denn "von diesem System (erwartet) heute niemand mehr einen Gewinn für die Lösung offener Rechtsprobleme"[690]. Die abstrakten Ordnungsbegriffe vermögen aus der Sicht der Wertungsjurisprudenz kein vollständiges System des Rechts als innerlich zusammenhängender Ordnung zu bilden. Ebenso wenig sieht sie die Möglichkeit, auf einen gesetzgeberischen Gesamtplan zurückzugehen: "Denn von einem Plan, einer bestimmten Regelungsabsicht, lässt sich nur bei einem Gesetz sprechen, nicht im Hinblick auf die Rechtsordnung im Ganzen. Diese ist viel zu verzweigt und zu sehr in ständiger Entwicklung begriffen, als dass sie in allen ihren Teilen einem einheitlichen Gesamtplan eingeordnet werden könnte"[691]. An der Zeitoffenheit und Problemheterogenität scheitere auch eine Axiomatisierung der rechtlichen Grundbegriffe[692], so dass die Möglichkeiten des äußeren begrifflichen Systems als Fixpunkt der Stabilisierung der Bedeutungsvarianzen damit erschöpft sind.

Doch in diesen Schwierigkeiten sieht die Wertungsjurisprudenz "keinen Grund, den Systemgedanken selbst preiszugeben"[693]. So taste sich zwar die Recht-

[687] *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 195.
[688] Vgl. zum Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz *Larenz*, ebd., insbes. S. 187 ff., 229 ff.; zum Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, welcher bei Rechtstexten weiter trage als bei sonstigen Texten: *Larenz*, ebd., S. 310.
[689] Vgl. *Larenz*, ebd., S. 311 und öfter.
[690] *Larenz*, ebd., S. 160.
[691] *Larenz*, ebd., S. 361.
[692] *Larenz*, ebd., S. 160 f.; vgl. allgemein zu verschiedenen Begriffen des Systems, welche noch nicht zum Gedanken der "wesensmäßigen Einheit" der Rechtsordnung gelangt sind: *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, insbes. S. 19 ff.
[693] *Larenz*, ebd., S. 161.

sprechung scheinbar nur von Einzelregelung zu Einzelregelung voran, gelange aber bei genauerer Betrachtung doch zu einem System sinnvoll miteinander verbundener Rechtsprinzipien. Dies erklärt sich für die Wertungsjurisprudenz daraus, dass die Rechtsordnung als Erzeugnis menschlichen Handelns kein amorphes Chaos bilde, sondern teleologische Bezüge enthalte, welche in ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung zur Entfaltung kämen. Das Recht ist danach zwar als positives Gesetz Ergebnis der historischen Entwicklung, aber als menschliches Erzeugnis eben auch vernünftige Ordnung. Insoweit hat die Rechtsanwendung die Aufgabe, "die einzelne Gesetzesnorm aus ihrer empirischen Vereinzelung zu befreien, sie durch Rückführung auf ein höheres Prinzip oder einen allgemeinen Begriff gleichsam zu entstofflichen und das ‚Positive' so zu vergeistigen"[694].

Auf der Ebene des inneren Systems scheint sich jetzt die Möglichkeit zu bieten, den Konflikt gesellschaftlicher Teilrationalitäten im Wege der Erkenntnis zu lösen. Die dafür beanspruchte Größe heißt Wert oder Prinzip. Mit Hilfe einer Abwägung soll der Konflikt der Werte bzw. Prinzipien im Wege der Rechtserkenntnis lösbar sein.

Im inneren System reproduzieren sich aber die Schwierigkeiten, welche schon auf der Ebene des äußeren Systems festgestellt wurden[695]. Die Wertungsjurisprudenz steht vor der Frage, wie die Prinzipien so gegeneinander profiliert werden können, dass entscheidbar ist, welche in einem konkreten Fall anwendbar sind. In seiner Konzeption des inneren Rechtssystems drückt sich dies als Spannung zwischen den konstanten allgemeinen Wertgesichtspunkten und den wandlungsfähigen Wertentscheidungen zur Konkretisierung der Prinzipien aus[696]. Man kann einen Fall nämlich erst dann mit Hilfe von allgemeinen Rechtsprinzipien lösen, wenn man neben der Auswahl der Prinzipien auch die Frage der Gewichtung im Einzelfall begründet. Insoweit genügt allein die Berufung auf allgemeine Rechtsprinzipien nicht, sondern es bedarf einer Instanz, welche sie so gegeneinander abgrenzbar macht, dass Wertungsdivergenzen im konkreten Einzelfall überwunden werden können. Auch die Wertungsjurisprudenz sieht, dass mit der Herausarbeitung der Wertbezogenheit juristischer Erkenntnisse und dem Verweis auf Rechtsprinzipien allein noch kein sicheres Fundament für die Rechtserkenntnis erreicht ist. Deswegen hebt sie an juristischen Textarbeit eine weitere, über die Wertbezogenheit hinausgehende Komponente hervor: "In einer Sprache wird immer *über* etwas gesprochen; Verständigung durch das Medium der Sprache ist Verständigung über eine Sache, die zur Sprache gebracht wird. Die Sache, von der in der normativen Sprache der Jurisprudenz gesprochen wird, ist die Sache Recht . [...] Das schließt ein den Sinnbezug

[694] *Larenz*, ebd., S. 31 und ff. das zustimmende Referat der objektiven Auslegungslehre.

[695] Vgl. zur grundsätzlichen Kritik holistisch ansetzender juristischer Systemvorstellungen: *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979; ders., Einheit der Rechtsordnung, in: *Norbert Achterberg* (Hrg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Abteilung Rechtsphilosophie, 1985.

[696] Vgl. *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 143 f.

auf den Rechtsgedanken selbst [...]"[697]. Hinter der Flüchtigkeit textueller Bedeutungen scheint jetzt ein stabiler Referent auf: die Sache Recht, welche für die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft zugänglich wird, wenn sie die Vielfalt der Rechtsprinzipien auf den zentralen Fluchtpunkt der Gerechtigkeit hin ordnet.

Mit der Sache Recht wird die Hauptlinie der juristischen Rezeption der Hemeneutik deutlich. Es geht um den Versuch, das Ganze der Rechtsordnung so zu sichern, dass die Abwägung als kognitive Technik eine Grundlage findet. Die Hermeneutik kann natürlich nicht auf ihren Gebrauch durch die Juristen reduziert werden. Ihr Ansatz ist weitaus komplexer als es in der juristischen Rezeption sichtbar wird. Während im angelsächsischen Sprachraum der logische Empirismus und der Pragmatismus die philosophischen Voraussetzungen für die sprachphilosophische Wende bereitstellten,[698] war dies in der kontinentalen Tradition die aus der Phänomenologie entwickelte Hermeneutik. In den letzten Jahren[699] hat man diese Parallelen nicht nur entdeckt, sondern auch zunehmend diskutiert.[700] Bei dieser Diskussion muss man sowohl innerhalb der Hermeneutik als auch innerhalb der juristischen Rezeption differenzieren. Im Rahmen der Hermeneutik liegt eine gewisse Scheidelinie in der Gadamer/Derrida-Diskussion[701] bei der Frage nach der Wiederholung eines Zeichens. Die herkömmliche Hermeneutik sieht den Wechsel im Zeichenkörper und das stabile unveränderliche Moment im Sinn. Neuere Ansätze dagegen sehen das stabile Moment im materiellen Zeichenkörper und das bewegliche, sich verän-

[697] *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 194.

[698] Vgl. dazu aus kontinentaler Sicht: *Herbert Schnädelbach*, Analytische und postanalytische Philosophie, in: *ders.*, Analytische und postanalytische Philosophie, Frankfurt am Main 2004, S. 9 ff.

[699] Entscheidend war dafür die Rezeption von Davidson auf dem Kontinent und die Rezeption des Werks von Habermas und Derrida im angelsächsischen Raum.

[700] Vgl. dazu *Richard Shusterman*, Vor der Interpretation. Sprache und Erfahrung in Hermeneutik, Dekonstruktion und Pragmatismus, Wien 1996; *Richard Rorty*, Wittgenstein, Heidegger, and the reification of language, in: *ders.*, Essays on Heidegger and others, Cambridge 1991, S. 50 ff.; *Henry Staten*, Wittgenstein and Derrida, Oxford 1985. Aus kontinentaler Sicht: *Udo Tietz*, Zur hermeneutischen Transformation der Sprachphilosophie, in: ders. Vernunft und Verstehen, Berlin 2004, S. 243 ff.; *Oliver Scholz*, Verstehen und Rationalität, Frankfurt am Main 1999, S. 254 ff.; *Christoph Demmerling*, Sinn, Bedeutung, Verstehen, Paderborn 2002, S. 161 ff.

[701] Vgl. dazu *Hans-Georg Gadamer*, Text und Interpretation, in: *Philippe Forget* (Hrg.), Text und Interpretation, München 1984, S. 24 ff.; *Jacques Derrida*, Guter Wille zur Macht (I). Drei Fragen an Hans-Georg Gadamer, in: ebd., S. 56 ff.; *Hans-Georg Gadamer*, Und dennoch: Macht des guten Willens, in: ebd., S. 59 ff.; *Jacques Derrida*, Guter Wille zur Macht (II). Die Unterschriften interpretieren (Nietzsche/Heidegger), in: ebd., S. 62 ff. sowie der Band *Jacques Derrida/Hans-Georg Gadamer*, Der ununterbrochene Dialog, Frankfurt am Main 2004.

derliche Element im Sinn.[702] Auch die juristische Rezeption[703] kann entlang dieser Scheidelinie verortet werden. Während die Hermeneutik in der Rezeption Friedrich Müllers, Josef Essers und Arthur Kaufmanns den Akzent auf den Zeichenkörper legt und die Bewegung des Sinns methodisch zu fassen versucht, legt die Lesart von Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris den Schwerpunkt auf den stabilen Sinn. Danach ist Rechtsanwendung als Erkenntnis des Gegenstands Recht gefasst.[704] Diese Lesart versteht sich als prinzipielles Modell für die auf Werte bezogenen Entscheidungen der Gerichte.

bb. Homogenität durch das Ganze Erst dieser Zentralpunkt verwandelt die Rechtsprinzipien in ein der Sache Recht untergeordnetes System[705]. Dabei gilt auch für die Rechtsidee, dass sie zwar auf Auslegung in der Zeit angewiesen ist, aber als potentiell schon fertig vorgegebene Struktur eine zeitlos ideelle Geltung hat[706]. Diese Umschrift holistischer Argumentation in eine Wertpyramide ist tatsächlich ein allgemeines Kennzeichen des Rechtsdenkens in den 50er Jahren. Sie gilt sowohl für die von Nipperdey entwickelte Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung als auch von Günther Dürigs Theorie der mittelbaren Drittwirkung sowie natürlich die Gerichte. Man darf darin die allgemeine Struktur des alteuropäischen Denkens vermuten. Eine stratifizierte Ordnung von Volk, Adel und König wird verwendet als Strukturvorlage für holistisches Argumentieren. Bei einem Systemwechsel genügt es dann, wenn man die Benennung der Zentraleinheit austauscht. Larenz hat dies vorexerziert, indem er den Willen des Führers als zentrale Instanz seines Rechtsdenkens durch die Idee der freien Persönlichkeit ersetzt hat.[707] Diese Umbenennung ist nicht einfach Sprachkosmetik. Denn tatsächlich führt sie zu einer anderen Klimatisierung des Systems. Aber das alte Denken kann als vertikaler Holismus weitergeführt werden.

Die hegemoniale Selbstbeschreibung stellt damit einen vertikalen und epistemischen Holismus dar. Der Logik dieses Modells zufolge soll der Richter einen

[702] Vgl. dazu *Albrecht Wellmer*, Sprachphilosophie, Frankfurt am Main 2004, S. 447 ff. zum Problem der Iterabilität. Vgl. allgemein zum Verhältnis von Dekonstruktion und Hermeneutik: *Emil Angehrn*, Dekonstruktion und Hermeneutik, in: *Andrea Kern/Christoph Menke* (Hrg.), Philosophie der Dekonstruktion, Frankfurt am Main 2002, S. 177 ff.; *Albrecht Wellmer*, Hermeneutische Reflexion und ihre "dekonstruktive Radikalisierung". Kommentar zu Emil Angehrn, in: ebd., S. 200 ff. Zur Interpretation bei Derrida: *Anja Köpper*, Dekonstruktive Textbewegungen, Wien 1999, S. 32 ff. m. w. N.

[703] Vgl. dazu *Ulrich Schroth*, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hrg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 270 ff. (273 ff.).

[704] Vgl. zur Kritik dieses Erkenntnismodells grundlegend *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996.

[705] *Karl Larenz*, Richtiges Recht, München 1979, S. 33 ff.

[706] *Larenz*, ebd., S. 174 ff.; *ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 467 ff.

[707] Vgl. dazu *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 178 ff. Zur Wende der Rechtswissenschaft: *Joachim Perels*, Die Restauration der Rechtslehre nach 1945, in: Redaktion der kritischen Justiz (Hrg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, S. 237 ff.

Streit dadurch beenden, dass er die in der objektiven Bedeutung des Textes vorgegebene Entscheidung des Falles bekannt gibt[708]. Die Rollen sind hier klar verteilt: Einmal der Richter als unselbständiges Vollzugsorgan, zum anderen der durch seinen Mund sprechende Text als eigentliche Führungsgröße der Entscheidung[709]. Wenn das Entscheiden kein praktisches Handeln ist, sondern nur der Schlusspunkt eines kognitiven Prozesses, dann müssen alle tragenden Determinanten auf Seiten des holistisch begriffenen Textes liegen. Der Text beherrscht den Bereich seiner Deutung und Anwendung dadurch, dass er dem Rechtsanwender, die einzige richtige Entscheidung des Falles als kognitiv zu erschließende Struktur in der Pyramide der Rechtserkenntnis vorgibt. Die schlechte Unendlichkeit der Interpretation wird damit auf ein Gravitationszentrum hin geordnet, dessen Platz von der Gerechtigkeitsidee besetzt wurde. Das Gravitationszentrum sollte gegen die Vielfalt seiner Auslegungen die semantische Identität des Textes garantieren und das Gesetz so zu einem Ort stabiler Sprache machen.

Das Modell einer auf kognitive Strukturen reduzierten Rechtsfindung hat aber auf der Ebene des Textes anspruchsvolle Prämissen. Insbesondere die Annahme, dass der Text eine einzige Deutung als die richtige auszeichne oder jedenfalls bei Rückgang auf sein Sinnzentrum eine solche richtige Deutung kognitiv erschlossen werden könne, erscheint aus der Sicht der heutigen Texttheorie problematisch[710]. Für deren neuere Ansätze ist gerade die Frage nach den Grenzen der Deutbarkeit eines Textes zum zentralen Problem geworden. Der klassische Textstrukturalismus nahm noch an, dass die Paraphrasen eines Textes genauso von dessen Grammatik determiniert werden, wie die Sprachäußerungen von der idealen Sprachkompetenz. Mit diesem Gedanken einer systematischen Beherrschbarkeit der Sinneffekte durch eine der Erkenntnis vorgegebene Textgrammatik brechen die neueren Ansätze. Sie setzen an seine Stelle die Vorstellung eines Textes ohne vorgegebenes Sinnzentrum, der seine Deutung nicht mehr a priori begren-

[708]Kurze Darstellung dieser bis in die Aufklärung zurückreichenden Konzeption bei *Paul Bockelmann*, Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Smend, Göttingen 1952, S. 23 ff. Die Modifikationen dieses Grundmodells im Laufe der historischen Entwicklung stellt dar: *Otto Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959, S. 25 ff.; *Ernst-Walter Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen, Berlin 1962, S. 52 ff. *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 21 ff. mit ausführlicher historischer Darstellung.

[709]Vgl. zur eigenen Rede des Richters, die zur Rede eines anderen werden soll: *Jan Broekmann*, Juristischer Diskurs und Rechtstheorie, in: Rechtstheorie 1980, S. 17 ff. (22 ff.).

[710]Vgl. dazu *Jan Broekman*, Text als Institution, in: Rechtstheorie, Beiheft 6, 1984, S. 145 ff. Allgemein zur Entwicklung der Texttheorie: *Richard Brütting*, "Ecriture" und "texte". Die französische Literaturtheorie "nach dem Strukturalismus", Bonn 1976, insbes. S. 21 ff., 45 ff.

zen kann[711].

cc. Die Rückkehr der Heterogenität im Ganzen selbst Tatsächlich kann die von Larenz als Gerechtigkeit postulierte ideale Größe die Totalität des Textes auch perspektivisch nicht garantieren. Das Ganze der Rechtsordnung ist nicht technisch handhabbar. Wenn man in einem Rechtsstreit von dogmatischen Inhalten über methodische Aussagen zu grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen gelangt, findet man dort kein festes Fundament. Man hat damit zwar eine Bewegung im diskursiven Netz des Rechts vollzogen, aber diese führt nicht von der Unsicherheit in die Gewissheit; eher im Gegenteil. In einer pluralistischen Gesellschaft sind die letzten Grundlagen besonders divergent und die diskursiven Vorkehrungen institutioneller Art laufen gerade darauf hinaus, diesen Streit zu vermeiden. Die Gerechtigkeitsvorstellungen liefern keinen letzten Horizont des rechtlichen Wissens, aus dem die Entscheidung konkreter Streitigkeiten *deduziert* werden könnte. Vielmehr liegt die Leistung des Rechts für die funktionale Differenzierung genau darin, auf dem Weg über die Trennung von Recht und Moral diese letzten Grundlagen aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten. Hinter diesen Stand geht es nicht zurück. Ein archimedischer Punkt, von dem aus man die Einheit des Rechts fixieren könnte, ist nicht verfügbar. Diese grundlegende Schwierigkeit wird auch in den theoretischen Reflexionen von Larenz nicht überwunden. Er will die Verfügbarkeit der Rechtsordnung als Sinnganzes dadurch erreichen, dass er das Ganze auf ein Zentrum hin reduziert: die Gerechtigkeit bzw. Rechtsidee. Dieses Zentrum garantiert die Kohärenz des Systems und erlaubt die Auslegung und Anwendung seiner Elemente nur im Innern einer Formtotalität als gerechte Lösung des Streitfalls[712]. Hier liegt das strukturelle Grundproblem der Argumentation: Das Zentrum einer Struktur ist der Punkt, an dem eine Ersetzung oder ein Austausch der Elemente untersagt ist, weil von diesem Punkt aus die gesamten Austauschbeziehungen des Systems reguliert werden sollen. Das Zentrum muss sich also, wenn es das System beherrschen will, dem Spiel seiner Elemente entziehen. Einerseits muss das Zentrum also außerhalb der Totalität des juristischen Diskurses liegen, andererseits muss es aber für den Richter als Anforderung und Maßstab verfügbar sein. Beide Anforderungen lassen sich nicht gleichzeitig erfüllen. Jedes Aussprechen und Bestimmen der Gerechtigkeit substituiert die reine Bedeutung durch eine Kette von Zeichen, so dass das Zentrum nacheinander verschiedene Namen und Formen erhält. Der vorgebliche Mittelpunkt wird damit genau dem Spiel der

[711] Vgl. zur Auseinandersetzung mit der Texttheorie des klassischen Strukturalismus: *Jacques Derrida*, Kraft und Bedeutung, in: *ders.*, Die Schrift und die Differenz, Frankfurt am Main 1976, S. 9 ff.; *ders.*, Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: ebd., S. 422 ff.; *ders.*, Semiologie und Grammatologie. Gespräch mit Julia Kristeva, in: *ders.*, Positionen, Wien 1986, S. 52 ff. Eine ausführliche Darstellung der Kritik Derridas am klassischen Strukturalismus findet sich bei *Manfred Frank*, Was ist Neostrukturalismus, 1983, S. 76 ff., 88 ff. Vgl. auch *Richard Brütting*, "Ecriture" und "texte". Die französische Literaturtheorie "nach dem Strukturalismus", Bonn 1976, S. 95 ff.

[712] Vgl. zu den hier angesprochenen strukturellen Problemen: *Jacques Derrida*, Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: ders., Die Schrift und die Differenz, Frankfurt am Main 1976, S. 422 ff.

Ersetzung unterworfen, das er doch als reiner und mit sich selbst identischer Punkt kontrollieren sollte[713].

Der Versuch von Larenz, die Rechtsanwendung mittels einer durch rechtsinhaltliche Wertvorstellungen aufgeladenen Kategorie der Totalität zu kontrollieren, scheitert daher an den strukturellen Prämissen der eigenen Verstehens- bzw. Sprachtheorie. Der Rechtsarbeiter ist bei der Textinterpretation unlösbar ins Sprachgeschehen verstrickt, so dass jede Auslegung in letzter Instanz hypothetisch bleibt. Die Theorie von Larenz kann ihr sinnstiftendes Zentrum nicht garantieren und damit auch nicht den objektiven Sinn als Inhalt der Gesetzesbindung. Ohne dieses Zentrum lassen sich aber konfligierende Werte oder Prinzipien nicht in ein metrisches Verhältnis setzen. Die Abwägung scheitert auch als Technik.

Trotz der theoretischen Geschlossenheit der Wertungsjurisprudenz als der hegemonialen Selbstbeschreibung der Jurisprudenz sind die von ihr postulierten Bindungen praktisch nicht einlösbar. Weil das Zentrum des vorgeblich stabilen Systems unbestimmt bleibt, ist seine inhaltliche Auffüllung der Willkür des jeweiligen Anwenders überlassen. Was als Bindung an eine vorgegebene Ordnung der Gerechtigkeit auftreten möchte, ist in Wahrheit die selbstverantwortliche Setzung von Normtexten durch den Rechtsanwender, verbunden mit einem Überspielen der demokratisch legitimierten Normtexte.

Durch den unmittelbaren Zugriff auf holistische Gerechtigkeitskonzeptionen wird praktische Rechtsarbeit nicht nur gewaltenteilenden Mechanismen entzogen, sondern durch die fehlende Zurechnung an die amtlichen Normtexte werden auch demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze verletzt[714]. Indem behauptet wird, die Verknüpfung von Fallerzählung und konkretem Urteil sei in der Ordnung der Gerechtigkeit schon vorgegeben, vollzieht sich hinter der rhetorischen Fassade die wirkliche Entscheidung entlang der "natürlichen Machtgefälle". Aus der von der Verfassung gewollten Bindung des Richters wird eine Ermächtigung zur freien Dezision.

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

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

[713] Vgl. zum Ganzen auch ausführlich: *Ralph Christensen*, Der Richter als Mund des sprechenden Textes, in: *Friedrich Müller* (Hrg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989, S. 47 ff.

[714] Vgl. dazu *Friedrich Müller*, 'Richterrecht', Berlin 1986, S. 88 ff. u. S. 120 ff.

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

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

Die philosophische Argumentationstheorie hat in mehreren Diskussionsschritten auf dieses Problem reagiert. Zunächst wurde vorgeschlagen, die nicht einlösbare Gewichtsmetaphorik durch eine Kraftmetaphorik zu ersetzen[715] und die Pro-et-Contra-Debatte als eine Art Tauziehen aufzufassen. Damit kommt es schon eher auf die beteiligten Personen mit ihren Positionen und ihren Einfällen an. Dadurch entfernt man sich einen Schritt vom Scheinobjektivismus eines Abwägens von Gewichten. Weiterhin hat man versucht, die Struktur eines nicht-deduktiven Argumentationsmusters anhand holzschnittartiger Fälle zu erarbeiten, in denen eine Gewichtung unproblematisch möglich ist.[716] Daran anschließend wurde vorgeschlagen Argumenten Ziffern zuzuordnen, die ein Errechnen der Folgerung ermöglichen sollten.[717] Bei der Zuordnung von Zahlen zu

[715] *Arne Naess*, Kommunikation und Argumentation, Kronberg/Ts. 1975.

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

[717] *Wolfgang Schmidt-Faber*, Argument und Scheinargument, München 1986 sowie *Chris-*

Argumenten muss man allerdings intuitiv vorgehen, weil man dazu über keinen Maßstab verfügt. Dieser naive Versuch einer Anlehnung an die mathematische Entscheidungstheorie hat sich damit als willkürlich herausgestellt und ist mittlerweile aufgegeben.[718]

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

Die semantische Analyse hat ergeben, dass Abwägung verwendet wird als Bezeichnung für das Resultat einer Überlegung oder Argumentation. Dieser Sprachgebrauch ist auch legitim. Außerdem kann Abwägung als Bild verwendet werden für den Stand einer Argumentation und fordert dann dazu auf, die Argumente nach pro und contra zu sortieren. Insoweit ist das Bild der Abwägung eine Anregung für das Suchen und Ordnen von Argumenten. Sie ist aber keine Technik, weil Argumente eben kein spezifisches Gewicht haben oder in Geldwerten ausgedrückt werden könnten. Die Lösung des Problems ergibt sich nicht aus der Statik sondern aus der Dynamik der Argumentation. Hier werden von den Beteiligten die Gegenargumente integriert oder widerlegt. Nur dies ist eine von Argumentationstheorien juristischer Methodik zum gewissen Teil beschriebene Technik. Die Abwägung ist es dagegen nicht. In der Argumentation ist sie nicht das Bestimmende, sondern das Bestimmte. Sie stellt keine Technik dar, um zu einem Resultat zu gelangen, sondern ist nur das passiv von anderen Techniken oder Überlegungen Bestimmte. Die klassische Theorie verwendet Abwägung dagegen im Sinne einer kognitiven Technik, welche Überlegung und Argumentation ersetzen soll.[719] Man könnte diese Sprechweise ungrammatisch nennen. Aber natürlich hat diese Sprechweise in der Grammatik des Rechts doch eine wichtige Funktion: Es maskiert eine Entscheidung als Kognition und stellt sie unabhängig von

tian Luhmer, Praktische Argumentationstheorie, Braunschweig 1991. Grundlegende Kritik bei *Harald Wohlrapp*, Heterogenität als argumentationstheoretisches Problem, in: *Harm Paschen/Lothar Wigger* (Hrg.), Schulautonomie als Entscheidungsproblem. Zur Abwägung heterogener Argumente, Weinheim 1996, S. 43 ff.

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

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

der Argumentation im Verfahren. Das ist die Funktion der Abwägung als Ideologie. Sie entzieht die eigentliche Entscheidung den Legitimationszwängen und verbirgt sie hinter einer rhetorischen Fassade. Aber gleichzeitig macht sie Probleme der juristischen Argumentation sichtbar, die aus dem Kontext des obrigkeitsstaatlichen Denkens herausgelöst werden müssen, um eine Lösung auf heutigem Komplexitätsniveau zu finden.

Von der Abwägung bleibt damit der Hinweis auf zwei Probleme: Erstens die Notwendigkeit, bei kollidierenden Interessen nach der Geltung von Argumenten zu fragen. Zweitens die Notwendigkeit, die Redeweise von Werten durch soziologische Theorien zu ersetzen. Erst wenn man nach der Geltung von Argumenten fragt, wird die Unvermeidbarkeit des Gerichtsverfahrens deutlich und die Rolle von Vorentscheidungen für die Überprüfung der Kohärenz. Erst wenn man die Frage nach Wesen oder funktionaler Gleichwertigkeit soziologisch stellt, sieht man den eigentlichen Inhalt dieser Argumentation und damit auch die Relevanz von Vorentscheidungen.

2. Die Sozialtheorie als gesuchter Inhalt

Hinter der rhetorischen Fassade der Abwägung verbergen sich zum einen die Argumentation und zum anderen die sozialen Verhältnisse als deren Inhalt. Denn das Recht bezieht sich mit seinen Texten auf die geregelten Tatsachen. Diese zweite Komponente wird sichtbar, wenn der Ablauf der Abwägung beschrieben wird.

Dieser wird herkömmlich in zwei Schritte eingeteilt. In einem ersten Schritt vergleicht man die abstrakte Wertigkeit der beiden beeinträchtigten Rechtsgüter. Hier können sich Unterschiede ergeben, etwa zwischen Verfassung und einfachem Gesetz sowie eventuell auch Unterschiede auf der Ebene der Verfassung.[720] In einem zweiten Schritt vergleicht man die konkrete Eingriffsintensität. Wenn auf der einen Seite ein Eingriff in den Kernbereich vorliegt und auf der anderen Seite lediglich ein Eingriff in den Randbereich, dann soll das Grundrecht, in dessen Kernbereich eingegriffen wird, bei der Abwägung Vorrang beanspruchen können. Wie ist aber Peripherie und Kernbereich zu unterscheiden? Hier erkennt man eine Nachwirkung der phänomenologischen Rechtstheorie. Denn häufig wird der Randbereich und der Kernbereich einer Freiheitsgarantie nach der Methode des Abziehens des Unwesentlichen bestimmt. Ein Eingriff in den Kernbereich liegt vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt (so muss einem Musiker die Möglichkeit gegeben werden, zu üben). Wenn es aber um eine ersetzbare (funktional gleichwertige) Handlungsmodalität geht, kann nur in die Peripherie eingegriffen worden sein (Bsp.: Der Musiker muss nicht notwendig in der Nacht üben, am Tag zu üben ist hier funktional gleichwertig.).

Wenn man dem Programm der zwei Schritte folgt, müsste man zunächst eine Rangfolge zwischen Gesetzen begründen. Das wäre eine geltungsbezogene Ar-

[720] Dies ist insbesondere im Hinlick auf die Schrankensystematik relevant.

gumentation, die vor allem mit der Systematik und anderen Techniken der juristischen Auslegung arbeiten müsste. Danach wäre die Intensität des Eingriffs zu bestimmen. Weil man dafür kein Messgerät hat, verwendet man die Unterscheidung von Kern und Peripherie bzw. wesentlich und unwesentlich. Was aber für eine Handlungsform, einen sozialen Zusammenhang oder ein soziales Teilsystem wesentlich ist, muss wieder argumentativ geklärt werden, wobei vor allem soziologisches und sozialtheoretisches Wissen zu verwenden wäre.

a. Die verdeckte Soziologie der Gerichte Trotz ihrer großen Wichtigkeit werden empirische Argumente in der Jurisprudenz oft als Schmuggelware gehandelt. Sie erscheinen als Folgenbetrachtung im Rahmen der Teleologie, als sogenanntes argumentum ad absurdum, als Rechtsprinzip der Praktikabilität und manchmal sogar noch als Natur der Sache. Aber auch im Recht besteht ein Interesse daran, dass fremde Waren offen deklariert werden. Deswegen muss die Verwertung empirischer Diskurse in der juristischen Arbeit genau untersucht werden.

In der Literatur wird die Notwendigkeit eines sachgemäßen Auslegungsergebnisses mit grundlegenden Gerechtigkeitsprinzipien begründet. Dieses Ziel soll mit Hilfe zweier Instrumente erreicht werden: "(1) Natur der Sache. Zur Frage, ob eine Regelung sachgemäß ist, muss der zu regelnde Sachbereich einer genauen strukturellen Analyse unterzogen werden. Eine Lösung ist dann sachgerecht, wenn sie den Strukturen der Sache entspricht. Die Strukturen eines Lebensbereichs werden daher auch mit dem Begriff 'Natur der Sache' bezeichnet. Es ist also eine Interessenanalyse und -abwägung erforderlich. (2) Konsequenzen der Regelung. Ein weiteres Kriterium der Sachgemäßheit einer Norm ist die Beachtung ihrer Konsequenzen. Dies wird mit dem Begriff 'reductio ad absurdum' bzw. 'argumentum ad absurdum' beschrieben. Dabei werden die praktischen Auswirkungen der einzelnen Interpretationsergebnisse auf für die Norm typische Sachverhalte geprüft. Die hierdurch gewonnenen Ergebnisse sind dann am bestehenden Wertungskonsens und den Erwartungen der Beteiligten zu messen."[721] Die beiden genannten Instrumente sind jedoch für die juristische Argumentation ungeeignet. Die Natur der Sache scheitert daran, dass kein Sprecher den privilegierten Zugang zur Realität hat. Deswegen wird sie von den streitenden Parteien jeweils gegensätzlich eingeschätzt werden, ohne dass ein sicherer Maßstab zur Entscheidung verfügbar wäre. Wenn der Richter durch eigene Entscheidung den fehlenden Maßstab substituiert, steht er in der Gefahr des *Übergriffsfehlers*. Das heißt, er setzt Alltagstheorien an die Stelle von differenziertem Wissen. Die Folgenbetrachtung kann sich aber auch zu schnell von der juristischen Fragestellung entfernen. Dies führt dann zum *Unterwerfungsfehler*, der ein zu anderen Fragestellungen entwickeltes empirisches Wissen (Expertise) an die Stelle juristischer Maßstäbe setzt.

[721] *Markus Frisch,* Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, Münster 2000, S. 8 unter Bezug auf die Positionen von Larenz, Bydlinski, Canaris und Engisch mit den jeweiligen Nachweisen eben dort.

Erfahrungen mit ungeeigneten Instrumenten zur Einbeziehung von Sozialtheorien in die juristische Argumentation führen teilweise zur globalen Ablehnung dieser Möglichkeit. Es handele sich dabei um unzulässige Rechtsfortbildung. So wenn der EuGH aus dem Begriff der Berufsausbildung folgert, dass bestimmte Vergünstigungen auch für Kinder von Wanderarbeitern zu gelten haben. Der Kritik ist insoweit Recht zu geben, als diese Folgerung sicher nicht einfach im Begriff der Berufsausbildung steckt. Aber sie wird damit noch nicht zur unzulässigen Rechtsfortbildung, solange der EuGH, geleitet von der Fragestellung des Normprogramms, typische Annahmen über Umfang und Ausdehnung dieses sozialen Feldes in seine Entscheidung einbezieht.[722] Erst wenn die Einbeziehung empirischer Zusammenhänge sich von der Vorgabe des Normprogramms ablöst, handelt es sich um normgelöste Rechtsfortbildung. Ein Beispiel dafür ist die Erasmus-Entscheidung.[723] Hier vertritt der EuGH die Auffassung, Aktionsprogramme der europäischen Gemeinschaft für Studenten könnten auf Art. 128 EWGV gestützt werden. Aber auch bei einem sehr weiten Verständnis des Begriffs Berufsausbildung unter Heranziehen soziologischer Informationen ist dieses Ergebnis mit diesem Normtext nicht zu begründen. Allerdings nicht deswegen, weil dieser Artikel nicht auf die Wirklichkeit verwiese, sondern weil er von seinem Normprogramm her eine Beschränkung auf "allgemeine Grundsätze enthält, die konkrete Förderungsprogramme nicht zu tragen vermögen."[724] Aber daraus kann man noch nicht schließen, dass die Gerichte „stets“ unzulässige Rechtsfortbildung betreiben, wenn sie auf soziologisches oder sozialtheoretisches Wissen zugreifen.[725]

Recht hat genuin mit Wirklichkeit zu tun und ist auf sie verwiesen. Der Charakter beispielsweise der europarechtlichen Leitbegriffe als Verweisungsbegriffe auf die soziale Wirklichkeit zeigt sich besonders deutlich bei den Grundfreiheiten, im Bereich der Kompetenzen und des Grundrechtskatalogs. Für die Rundfunkfreiheit sagt das Bundesverfassungsgericht: „Inhalt und Tragweite verfassungsrechtlicher Bestimmungen hängen (auch) von Ihrem Normbereich ab; ihre Bedeutung kann sich bei Veränderungen in diesem Bereich wandeln“.[726] Die technische Veränderung von drahtlosem Rundfunk mit begrenzten Frequenzen zum Breitbandkabel verändert den Inhalt der Rundfunkfreiheit: Man kann von der Innenpluralität öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten langsam zu einem Modell der Außenpluralität übergehen. Inhaltliche Vielfalt soll dann durch die Vielzahl der Anbieter hergestellt werden und nicht mehr durch öffentlich-

[722] So auch *Claus Dieter Classen,* Bildungspolitische Förderungsprogramme der EG – Eine kritische Untersuchung der vertragsrechtlichen Grundlagen, in: EuR 1990, S. 10 ff. (15).

[723] EuGH, Slg. 1989, S. 1425 ff. (Kommission/Rat). Zur entsprechenden Kritik an der Arbeitsweise des EuGH mit dem Begriff Berufsausbildung vgl. *Christian Hillgruber,* Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode? in: *Thomas von Danwitz u.a.* (Hrg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, Stuttgart 1993, S. 31 ff. (39).

[724] Vgl. dazu *Classen, Claus Dieter*, Bildungspolitische Förderungsprogramme der EG – Eine kritische Untersuchung der vertragsrechtlichen Grundlagen, in: EuR 1990, S. 10 ff. (15 ff.).

[725] So aber *Christian Hillgruber,* Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode? in: *Thomas von Danwitz u.a.* (Hrg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, Stuttgart 1993, S. 31 ff. (39).

[726] Vgl. dazu BVerfGE 74, 297 ff. (350). Dazu auch schon BVerfGE 73, 117 ff.

rechtliche Rundfunkräte.

Die methodische Rolle des Normbereichs als Wirklichkeitsmodell, welches erst die Auslegung der Norm ermöglicht, wird deutlich in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör: "Generell muss das Verwaltungsgericht bei der Handhabung der richterlichen Fristsetzung berücksichtigen, dass auch bei einem gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Verfahrensbevollmächtigten häufig eine gewisse Zeit vergeht, bis dieser von der Fristsetzung tatsächlich Kenntnis erlangt. Hinzu kommt, dass auf Grund der typischerweise bestehenden Arbeitsbelastung eines Bevollmächtigten durch andere Verfahren, Beratungen und sonstige berufliche Tätigkeiten nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Zeit bis zum Ablauf der Frist allein zur Bearbeitung und Klärung der Tatsachen- und Rechtsfragen des konkreten Verfahrens aufgewandt werden kann."[727] Hier zeigt sich, dass auch bei einer technischen Regelung wie der Fristsetzung auf die Heranziehung des in dem Text kodifizierten Wirklichkeitsmodells nicht verzichtet werden kann.

Die Notwendigkeit, auf die Wirklichkeit zuzugreifen, stellt sich bei jeder Entscheidung. Aber es gibt Rechtsbereiche, welche den Bezug auf typisierte Annahmen über die Wirklichkeit besonders offenkundig machen. Das sind die sogenannten Verweisungsbegriffe, die man ohne den Wirklichkeitsbezug gar nicht handhaben kann[728]. Sie finden sich vor allem bei den Ausdrücken, die den Handlungsbereich der Grundrechte oder der europäischen Grundfreiheiten kennzeichnen, und natürlich auch beim Diskriminierungsverbot sowie bei den Leitbegriffen der europäischen Grundrechte. So legt der EuGH etwa Begriffe wie "Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen" unter Berücksichtigung des "jeweiligen Stand(s) der Forschung" aus.[729] Damit beansprucht er grundsätzlich "eine Auslegung von Rechtsbegriffen, die auf die gesellschaftliche Entwicklung gestützt wird."[730] Von der großen Anzahl gemeinschaftsrechtlicher Verweisungsbegriffe soll hier nur das Diskriminierungsverbot näher angesprochen werden Bei der Anwendung des Art. 141 EGV (Art. 119 EGV a. F.) - der den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit festschreibt - ist es häufig unklar, unter welchen Voraussetzungen zwei Personen tatsächlich eine gleichwertige Arbeit verrichten. Der EuGH hatte sich in der Rs. C-309/97 in diesem Zusammenhang mit einem derartigen Problem zu befassen: Es ging um die Frage, ob Personen, die zwar grundsätzlich eine anscheinend identische Tätigkeit verrichten – in diesem Fall eine psychotherapeutische Behandlung –, jedoch eine unterschiedliche Ausbildung absolviert haben – hier Medizin- bzw. Psychologiestudium –, die gleiche Arbeit i. S. des Art. 141 EGV

[727] BVerfG, NVwZ 2003, S. 859 ff. (860).

[728] Vgl. etwa zu Unterscheidungskraft im Markenrecht EuGH Rs. 299/99 Rdn. 59 ff; EuG Rs. T 199/99 Rdn. 24 ff.

[729] EuGH, Slg. 1987, S. 1227 ff. (1273), Kommission/Deutschland.

[730] Vgl. dazu EuGH, Slg. 1986, S. 1283 ff. (1300), Reed, im Zusammenhang mit dem Begriff 'Ehegatte' und der Frage, ob ein nicht verheirateter Partner in bestimmten Fällen den Ehegatten gleichgestellt werden müsse.

(Art. 119 EGV a. F.) leisten. Der EuGH ging zunächst davon aus, dass dabei vor allem die Art der Aufgaben, die den verglichenen Arbeitnehmergruppen übertragen werden können, die an die Ausübung der Tätigkeit geknüpften Ausbildungserfordernisse und die Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen seien. Die Berufsausbildung stelle nicht nur einen Umstand dar, der eine unterschiedliche Vergütung rechtfertigen könne, sondern sie gehöre vielmehr schon zu den Kriterien, die für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 141 EGV (Art. 119 EGV a. F.) zu berücksichtigen sind. Da sich aber im vorliegenden Fall die psychotherapeutische Tätigkeit von Ärzten einerseits und Psychologen andererseits hinsichtlich der Art und Weise der Behandlung unterscheide und Ärzte zudem auch noch andere Tätigkeiten ausüben dürften, sei schon das Vorliegen einer „gleichen Arbeit“ i. S. des Art, 141 EGV (Art. 119 EGVa. F.) zu verneinen.

Die Frage des Vorliegens einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts ist oft dann problematisch, wenn es um indirekte Diskriminierungen geht: die also nicht auf das Geschlecht, sondern auf andere Merkmale abstellen, jedoch im Ergebnis wie eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts wirken. Der EuGH präzisierte in der Rs. C-167/97 die Methode für das Feststellen des Vorliegens einer solchen indirekten oder mittelbaren Diskriminierung: Zunächst sei in jeder Gruppe (weibliche und männliche Arbeitnehmer) der Anteil der Personen zu ermitteln, der von der streitigen Regelung erfaßt ist, und dann seien die entsprechenden Zahlen zu vergleichen. Selbst wenn sich daraufhin ein erheblich höherer Anteil des einen Geschlechts ergebe, der von der streitigen Regelung betroffen sei, könne die Maßnahme durch ein legitimes Ziel der Sozialpolitik gerechtfertigt sein, dies aber nur unter der Voraussetzung ihrer Verhältnismäßigkeit. Das Gewähren eines Schutzes vor sozial ungerechtfertigter Entlassung nur unter der Bedingung einer vorherigen 2-jährigen Anstellung bei demselben Arbeitgeber könne zwar einem berechtigten Ziel der Sozialpolitik, nämlich der Förderung von Einstellungen, dienen. Dem Mitgliedstaat obliege aber die Beweislast dafür, dass dieses Ziel nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun hat und mit anderen Mitteln nicht hätte erreicht werden können.

Normbereichsanalysen sind auf der Textoberfläche von Urteilen oft daran zu erkennen, dass auf die praktische Wirksamkeit einer Regelung abgestellt wird. So etwa in dem Urteil Habermann-Beltermann des EuGH:[731] Die Klägerin wird als Altenpflegerin bei der Beklagten für Nachtarbeit eingestellt. Dabei wissen die Parteien nicht, daß die Klägerin schwanger ist. Nach § 8 MutterschutzG ist für Schwangere Nachtarbeit verboten. Daher könnte der Arbeitsvertrag nach § 134 BGB nichtig oder nach § 119 BGB anfechtbar sein. Der EuGH meint, daß beide Möglichkeiten nicht mit der europarechtlich garantierten Gleichberechtigung im Arbeitsleben vereinbar seien. Argument ist die praktische Anwendung. Dabei bestätigt das Gericht zunächst seine Judikatur, nach der die nationalen Gerichte verpflichtet sind, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. Die Beendi-

[731] EuGH, NJW 1994, S. 2077.

gung eines Arbeitsvertrags wegen Schwangerschaft betrifft nur Frauen und ist daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die praktische Wirksamkeit ist ein häufiger Ansatzpunkt. So wäre das in einer Verordnung vorgesehene Betretungsrecht "nutzlos, wenn sich die Bediensteten der Kommission darauf beschränken müssten, die Vorlage von Unterlagen oder Akten zu verlangen, die sie schon vorher genau bezeichnen können. Ein solches Recht impliziert vielmehr auch die Befugnis, nach anderen Informationsquellen zu suchen, die noch nicht bekannt oder vollständig bezeichnet sind. Ohne eine solche Befugnis wäre es der Kommission unmöglich, die für die Nachprüfung erforderlichen Informationen einzuholen, falls die betroffenen Unternehmen die Mitwirkung verweigern oder eine obstruktive Haltung einnehmen."[732]

Ein weiteres Indiz für die Durchführung einer Normbereichsanalyse seitens des Gerichts ist es, wenn der EuGH von der "praktischen Handhabung des Gesetzes"[733] oder von der "Praktikabilität"[734] spricht. So geht der Gerichtshof davon aus, dass eine Lösung "im Lichte von Ziel und Zweck der gemeinsamen Marktorganisation unter Berücksichtigung praktischer und verwaltungstechnischer Gesichtspunkte zu suchen" ist.[735] Oder er legt den Begriff der Durchführung in Art. 155 EWGV unter anderem aufgrund der "Anforderung der Praxis" weit aus.[736]

Aber die Folgerungen aus den Anforderungen der Praxis bzw. der Praktikabilität finden ihre Grenzen an den Maßstäben des Normprogramms. Der EuGH stellt dazu fest: "Es trifft zwar zu, dass bei allen gerichtlichen Entscheidungen ihre praktischen Auswirkungen sorgfältig erwogen werden müssen; dies darf aber nicht so weit gehen, dass die Objektivität des Rechts gebeugt" wird.[737] Im Kontext einer funktionsdifferenten Auslegung einer Tarifierungsvorschrift führt das Gericht aus: "Sicherlich ist es in praktischer Hinsicht unbefriedigend, dass diese beiden Regelungen für die Bestimmung der Veranlagungsgrundlage von Abschöpfung einerseits und Zoll andererseits von unterschiedlichen Gesichtspunkten ausgehen; es ist jedoch nicht Sache des Gerichtshofes, hier für Abhilfe zu sorgen und im Wege der Auslegung den Inhalt der im einen oder anderen Fall anwendbaren Vorschrift zu ändern, denn hierfür ist ausschließlich der Gemeinschaftsgesetzgeber zuständig."[738] Auch sonst können praktische Schwierigkeiten die Auslegung "einer Verordnung, wie sie sich aus ihrem Wortlaut und ihrer Zielsetzung ergibt, nicht in Frage stellen".[739]

[732] EuGH, Slg. 1989, S. 2859 ff. (2926), Hoechst.

[733] *Josef Kaiser,* Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des EWG-Vertrages auf Gruppen von Kartellverträgen, Köln 1964, S. 17 f. m. w. N. sowie *Jürgen Schwarze,* Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1976, S. 19 f.

[734] Vgl. dazu *Albert Bleckmann,* Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, in: NJW 1982, S. 1177 ff. (1180), m. w. N.

[735] EuGH, Slg. 1974, S. 121 ff. (129), Hannoversche Zucker.

[736] EuGH, Slg. 1975, S. 1279 ff. (1302), Rey Soda.

[737] EuGH, Slg. 1976, S. 455 ff. (480), Defrenne.

[738] EuGH, Slg. 1972, S. 231 ff. (242), Interfood. Vgl. dazu auch *Jürgen Schwarze,* Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1976, S. 93 ff.

[739] EuGH, Slg. 1992, S. 3423 ff., 3465 (Paletta). Vgl. dazu auch *Schwarze, ebd.*, S. 170 f.,

Diese Grenze zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Es kann nicht jede Veränderung der Wirklichkeit auf die Formulierung der Rechtsnorm durchschlagen. Häufig werden solche Veränderungen vom Normprogramm gerade nicht aufgenommen und erweisen sich damit als bloße Elemente des Sachbereichs, der für die weitere Konkretisierung keine Rolle spielt. Bei der Entscheidung über die neu geregelte Vermögensstrafe in § 43 a StGB rechtfertigt das Minderheitsvotum die Erforderlichkeit eines weiten Strafrahmens mit raschen Veränderungen der kriminologischen, gesellschaftlichen und sozialen Verhältnisse, die eine flexible Reaktionsmöglichkeit nötig machen.[740] Dagegen misst das Mehrheitsvotum diese tatsächlichen Veränderungen am Normprogramm der Verfassung und kommt zu dem Ergebnis, dass ein Abweichen von den strengen Vorgaben der Verfassung an die Regelung von Strafbarkeitsfolgen nicht möglich ist.[741] Diese Umstände gehören damit in den Sachbereich, nicht aber in den Normbereich des Art. 103 Abs. 2 GG. Ebenso sind Vorteile des Wettbewerbes aus der fehlenden Transparenz des Marktes zwar zum Sachbereich des Art. 12 GG zu rechnen, nicht aber zu dessen Normbereich.[742] Auch zählt das Argument, der Beamte sei der Privatpatient schlechthin, sicher zum Selbstverständnis der Betroffenen, wird aber vom Normprogramm des Art. 33 Abs. 5 GG nicht aufgenommen, so dass Veränderungen in diesem Bereich durch den Gesetzgeber möglich sind.[743] Die von den neuen Medien geschaffenen Kommunikationsbedingungen verändern zwar auch die Beziehung zwischen Richter und Anwalt, aber diese Veränderung schlägt normativ nicht so durch, dass das Prinzip der Singularzulassung beim BGH durchbrochen werden müsste.[744]

b. Die Referenz der Gesetzessprache Sprache ist ein Verständigungsprozess zwischen Subjekten in der Welt. Davidson hat diese Struktur als Triangulation zwischen Sprecher, Hörer und Welt bezeichnet. Sie wirkt auch im Recht. Wenn es um das Verstehen von Texten geht, kann man die Wirklichkeit nicht ausklammern. Jede Rechtsnorm enthält typische Annahmen über die Wirklichkeit, und diese Annahmen vernetzen die Rechtsarbeit mit den empirischen Wissenschaften. Empirische Referenzen sind zwar nicht der Maßstab des Gesetzes. Sonst wäre das Recht an die Macht verkauft. Aber sie müssen nach dem Maßstab des Gesetzes berücksichtigt werden. Sonst wäre das Recht wirkungslos.

Es geht nicht um den Zugriff auf die Wirklichkeit. Niemand hat ihre versionslose Beschreibung. Es geht um die Verknüpfung mit den Nachbarwissenschaften wie Soziologie, Psychologie, Ökonomie usw. Die Sprache gibt in einem realistisch genommenen Sinne keine „Repräsentation“, kein Abbild der Wirklichkeit her

207 f.

[740] BVerfGE 105, 135 (177).

[741] BVerfGE 105, 135 (158).

[742] BVerfGE 106, 275 (302).

[743] BVerfGE 106, 225 (236).

[744] BVerfGE 106, 216 (217).

und schon gar nicht ein eindeutiges. Wirklichkeit wird vielmehr in Sprache und als solche von Sprache präsentiert um entsprechend be- und verhandelt zu werden.

Das macht auch jenes Beispiel deutlich, das Wittgenstein inspirierte: die Skizze eines Autounfalls. Diese gibt zwar in gewisser Weise ein Bild des Geschehens. Es ist in einem strengen Sinne jedoch keine bloße Reproduktion der Welt. Die Skizze trägt nicht unmittelbar Eigenschaften des Geschehens. Sie hat in diesem Sinne auch nicht die Welt zum Gegenstand. Vielmehr handelt es sich hier um ein Bild, das man sich von der Welt macht, um sich anhand dessen auf das fragliche Geschehen als einem ihrer Fälle zu beziehen. Und die „Eigenschaften" sind solche, die man selbst dem fraglichen Geschehen zumisst, um deutlich machen zu können, wovon dabei die Rede ist. All dies bestimmt sich von dem Zweck her, das Verhalten der Beteiligten zu beurteilen. Von daher interessieren nur dafür relevante Umstände. Dies bestimmt die Art von Bild, das man zeichnet. Wirklichkeit und „Sprache" kommen so in der Strukturierung eines Falls von Welt überein, die vom Zweck einer Entscheidung über Tatsachen her zugeschrieben wird. Sie kommen aber nicht darin überein, dass das eine ein Abbild des anderen als Ding wäre, dieses unmittelbar „repräsentieren" würde.

Es ist also nicht die Sprache, die sich auf die Wirklichkeit bezieht. Es sind die Sprecher. Sie legen sich jeweils im Akt der Bezugnahme auf eine Referenz fest. Verständlich machen können sie sich damit, indem dies in einer in der Sprechergemeinschaft akzeptierten Weise tun. Das heißt, dass sie sich an die durch die Gebrauchsgeschichte des betreffenden Ausdrucks fixierte Referenz halten. Referieren ist ein durch und durch „sozialer Vorgang (..) d.h. die jeweilige Bezugnahme eines sprachlichen Ausdrucks kann nicht im Sinne einer abstrakten Extension des Bedeutungsbegriffs gewonnen werden, sondern diese erfolgt sprecherabhängig."[745] Zwingend ist die jeweilige Bezugnahme mit einem bestimmten Ausdruck dann nur insofern, als die jeweilige Sprechergemeinschaft darauf mit den normativen Praktiken der Zurechtweisung und Korrektur reagiert.

Sachverhalte, ob sie bestehen oder nicht, "sind immer Sachverhalte eines Spiels."[746] Zu diesen Spielen, zu unserer Lebensform, gehört aber die Bestellung von Autoritäten in Sachen Welt, den „Experten". Ihnen obliegt die Generierung und Pflege eines maßgeblichen Wissens darum, wie es sich tatsächlich verhält. „Jede Sprachgemeinschaft weist (eine) Art von sprachlicher Arbeitsteilung auf, dass heißt, sie verwendet wenigstens einige Ausdrücke auf, für die gilt: Die mit diesen Ausdrücken verknüpften Kriterien kennt jeweils nur eine Teilmenge aller Sprecher, die diesen Ausdruck beherrschen, und ihre Verwendung durch andere Sprecher beruht auf einer spezifischen Kooperation zwischen diesen und den Sprechern aus den jeweiligen Teilmengen." Letztere sind von daher auch die relevante Berufungsinstanz für jene Zweifels- und Konfliktfälle, mit denen es

[745] *Bernd Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, Berlin 1989, S. 140.
[746] *Bruno Strecker*, Beweisen. Eine praktisch semantische Untersuchung, Tübingen 1976, S. 93.

Juristen zu tun haben. In solchen Fällen werden „sich die anderen Sprecher auf das Urteil dieser sachkundigen Sprecher verlassen. Die Identifizierungsmethode, über die diese sachkundigen Sprecher verfügen, steht also auch dem gesamten Sprachkollektiv zu Gebote, selbst wenn nicht jedes einzelne Glied dieses Kollektivs über sie verfügt; auf diese Weise kann noch die ausgefallenste Wahrheit (...) Teil der sozialen Bedeutung werden und gleichzeitig fast allen Sprechern, die (ein) Wort beherrschen, unbekannt sein.“[747]

Juristen sind von Berufs wegen Experten in Sachen autoritativ sanktionsbewehrter Ordnungen und für Entscheidungen über deren Einhaltung. Experten in Sachen Wirklichkeit sind sie indes nicht. Da sie dennoch über die tatsächlichen Verhältnisse zu entscheiden haben, sind sie dafür auf die entsprechenden Experten angewiesen. Das Referenzproblem wird damit zur Schnittstelle zu den thematisch angesprochenen Wissenschaften, mit denen sich der Jurist für seine Festlegung des Bezugs zu verlinken hat. Zwar hat er die so zu gewinnenden Erkenntnisse dem Zweck seiner Arbeit zu unterwerfen und sie für sich zu gewichten. Ihm kommt aber dabei gerade nicht die Rolle eines Richters über die Wahrheiten der Welt zu. Vielmehr „erfordert Normbereichsanalyse (...) eine Zusammenarbeit, welche die nichtjuristischen Beteiligten nicht an ihnen fremde normative Fragestellungen ketten, sondern vielmehr die methodische und politische Verantwortung für das Ganze der rechtlichen Entscheidungsvorgänge bei den normkonkretisierenden Juristen belassen soll.“[748] Mit anderen Worten geht es im Recht zu einer rechtsinternen Rekonstruktion der Wirklichkeitsmodelle der Wissenschaften under den Bedingungen des Rechtscodes und der –programme. Sofern solche intersystemischen Beziehungen auf Dauer gestellt sind, kann man die Verarbeitung der Leistung anderer Systeme für das Recht entsprechend seiner Eigenlogik mit Luhmann als strukturelle Kopplung bezeichnen.[749]

Zusammengenommen ergibt sich für das Verhältnis des Rechts zur Welt ein komplexes Wechselspiel. Weder besagt der Normtext allein schon alles, was in dem zu entscheidenden Sachverhalt juristisch von Belang ist. Noch hat es der Jurist mit den schlichten Gegebenheiten des Falls zu tun. Vielmehr sind Welt und Recht durch ein komplexes Band miteinander verbunden, das der Jurist im Einzelfall immer wieder erst zu knüpfen hat. Für die juristische Entscheidungstätigkeit sind Recht und Wirklichkeit keine selbständig gegebenen Größen, die in einem lediglich äußeren Verhältnis zueinander stehen und erst nachträglich zueinander in Beziehung zu setzen wären: „Vielmehr bilden die Anordnung, das Normprogramm, und das dadurch Geordnete wirksame Momente der Normkonkretisierung von nur relativer Selbständigkeit.“[750] Sache und

[747] *Hilary Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung“, Frankfurt am Main 1990, S. 38.

[748] *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, 9. Auflage, Berlin 2004, Rdn. 482.

[749] *Vgl.* zu diesem Begriff *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 266 f. u. 286 f. Vgl. als Beispiele für strukturelle Kopplung Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1998, S. 779. Vgl. auch *Frank Becker / Elke Reinhardt-Becker*, Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2001, S. 65-67.

[750] *Oliver Passavant*, Norm/Normativismus, in: *Norbert Achterberg* (Hrg.), Ergänzbares

Norm der Entscheidung sind in Hinblick auf das Ergebnis der Arbeit daran gleichermaßen als Konstituens rechtlicher Normativität zu betrachten. Auf den Punkt gebracht lässt sich Recht daher als ein „sachbestimmtes Ordnungsmodell" charakterisieren, „als verbindlicher Entwurf einer Teilordnung für die Rechtsgemeinschaft".[751]

Das Recht ist als Sollensaussage auf die Formung der Realität bezogen. Man braucht, um die Tragweite einer Regelung einschätzen zu können, Informationen über die Wirklichkeit. Es geht hier um die Verknüpfung des rechtlichen Sprachspiels mit anderen Sprachspielen und mit Wissenschaften wie Ökonomie, Soziologie usw. Die notwendige Verknüpfung wird gekappt, wenn das Gericht über die Leitbegriffe der Grundrechte zu Wesensaussagen gelangt und Werte betrachtet. Damit wird die juristische Argumentation unvollständig. Ein Klassiker sind hier die Entscheidungen des BGH in den 50er Jahren zum Wesen der Ehe. Solche Spekulationen entstehen, wenn eine nötige Rückkopplung an die Fachwissenschaften unterbleibt und der Richter sich zum Soziologen, Linguisten usw. aufschwingt oder als Ehemann Wesenszugang beansprucht. Die Logik des Rechts wird damit abgeschottet, aber die Leistung anderer Systeme bleibt ungenutzt.[752]

Aber man muss auch das andere Extrem vermeiden. Zwar haben sich Juristen bei den Experten über die Kriterien einer nach Stand des gesellschaftlichen Wissens angemessene, haltbare und somit als begründet ausweisbare Referenzfixierung für den Normtext kundig zu machen. Juristen sind aber sind keine Forscher. Das dem Juristen obliegende Interesse an der Sache ist nicht das der Neugier, sondern das einer normativ wirksamen Entscheidung. Das heißt, die Logik des Wissenschaftssystems darf die Leistung des Rechts nicht verdrängen. Entzieht sich der Jurist dieser Verantwortung, so hält durch die Hintertür ein prinzipienlos opportunistischer Soziologismus Einzug in die Entscheidung. Rechtsarbeit verkommt so zu einer bloßen Politik des Falls. Hier verdrängt also die Leistung des Wissenschaftssystems die Logik des Rechts. Der Unterwerfungsfehler resultiert in der normativen Wendung einer faktischen Entwicklung. Tatsächliche Entwicklungen aber sind an das Normprogramm, als dem Ausdruck eines genuin rechtlichen Interesses an der Realität, rückzukoppeln und daran zu messen. Wenn das Normprogramm solche Entwicklungen gerade verbieten will, dann können sie natürlich nicht zur Bestimmung des Inhalts des fraglichen Normtextes herangezogen werden. Methodisch gewendet bedeutet dies, dass

Lexikon des Rechts, Darmstadt / Neuwied 1986.

[751] *Oliver Passavant*, Norm/Normativismus, in: *Norbert Achterberg* (Hrg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Darmstadt / Neuwied 1986.

[752] Vgl. zu diesen Diensten, die die Teilsysteme anderen Systemen zur Verfügung stellen: "Das politische System nutzt die Vorgaben der Wissenschaft, um mit ihrer Hilfe Entscheidungen zu treffen, das Wirtschaftssystem greift sie auf, wenn sie profitabel erscheinen – das Rechtssystem schließlich lässt sich durch Gutachten in Prozessen unterstützen (...). Für alle Systeme gilt, dass sie sich durch die Bereitstellung und Entgegennahme von Leistungen mit den jeweils anderen Systemen in einem ständigen Austauschprozess befinden." *Frank Becker/Elke Reinhardt-Becker*, Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2001, S. 64.

Normbereichsargumente beim Konflikt mit textbezogenen Konkretisierungselementen zurücktreten müssen. Sonst würde man das Recht jeder Tatsächlichkeit ausliefern und damit verraten.

Die strukturelle Kopplung des Rechts mit Leistungen des Wissenschaftssystems kann also nach zwei Seiten hin scheitern. Beim Übergriffsfehler wird die vom Wissenschaftssystem angebotene Leistung von eigenen Vorurteilen des Richters ersetzt. Beim Unterwerfungsfehler wird dagegen mit der juristischen Verantwortlichkeit die Logik des Rechts geopfert.

c. Die Umstellung auf Sozialtheorie Eine Entscheidung, die in dieser Hinsicht rechtstheoretische als auch methodische Grundlagenfragen aufwirft, ist die so genannte Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003.[753] Die aus Afghanistan stammende und seit ihrer Kindheit in Deutschland lebende deutsche Staatsangehörige L. hatte sich in ein Beamtenverhältnis als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen beworben. Sie äußert die Absicht, ihre religiöse Verwurzelung in der muslimischen Glaubensrichtung durch das Tragen eines Kopftuches auch im Unterricht Ausdruck zu verleihen. Das Oberschulamt lehnt daraufhin den Antrag mit der Begründung ab, dass der Antragstellerin wegen der Absicht, ein Kopftuch tragen zu wollen, die für das Lehramt erforderliche Eignung fehle. Der Fall fand starke Beachtung in der Öffentlichkeit[754] und ist teilweise zum „modernen Kulturkampf“[755] hochstilisiert worden. In der wissenschaftlichen Literatur wird vertreten, dass die mit dem Kopftuch ausgedrückte islamische Orientierung im Widerspruch zum Menschenbild des Grundgesetzes stehe.[756] Ein solches Menschenbild gibt es im Grundgesetz aus guten Gründen nicht. Sobald man den Menschen definiert, besteht die Gefahr, dass diejenigen, die der Definition nicht genügen, unmenschlich behandelt werden. Deswegen hat das Grundgesetz die historisch gewachsenen Freiheitsrechte nicht zu einem einheitlichen Menschenbild zusammengefasst. Entsprechende Behauptungen dienen nur dazu, die Ausübung von Freiheitsrechten, mit der man nicht einverstanden ist, zu diskreditieren. Die Gerichte haben sich auf solche Spekulationen nicht eingelassen. In der Entscheidung des BVerfG wird das Spannungsverhältnis zwischen der Religionsfreiheit und der Freiheit zum Zugang zu öffentlichen Ämtern gemäß Art. 33 II, III GG nicht abschließend gelöst, sondern dem Gesetzgeber zugewiesen. Drei Richter haben dabei von der Möglichkeit eines Minderheitsvotums Gebrauch gemacht. Die Entscheidung beleuchtet ein zentrales Problem der Legitimitätsstruktur des Verfassungsstaates. Es geht um die Frage, wie die individuelle Freiheit religiöser oder moralischer Orientierung durch die allgemeinen Bedingungen für

[753] BVerfGE 108, 282 ff., 2 BvR 1436/02, Kopftuch – Ludin, Urteil vom 24. September 2003.
[754] *Ömer Alan/Ulrich Steuten*, Kopf oder Tuch – Überlegungen zur Reichweite politischer und sozialer Akzeptanz, ZRP 1999, S. 209 ff.
[755] Vgl. *Michael Bertrams*, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl. 2003, 1255 ff. (1232); *Anne Debus*, Machen Kleider wirklich Leute? – Warum der "Kopftuch-Streit" so "spannend" ist, NVwZ 2001, S. 1355 ff. (1359).
[756] *Michael Bertrams*, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl. 2003, 1255 ff. (1232 f.), m. w. N.

die individuelle Freiheit solcher Orientierung eingeschränkt werden kann.

Das Minderheitsvotum geht davon aus, dass dieses Problem bereits in der Verfassung gelöst ist und über die Generalklauseln des Beamtenrechts die Einzelentscheidung determiniert. Diese statische Lösung wird vom Mehrheitsvotum abgelehnt, weil im streitigen Grenzbereich von Recht und Moral der demokratische Gesetzgeber die Abgrenzung beider Bereiche immer wieder neu präzisieren muss. Übereinstimmend gehen beide Voten davon aus, dass es sich beim Kopftuch um ein religiöses Symbol handelt.[757] Der Unterschied zwischen beiden Voten liegt in der Behandlung der Grundrechte der Bewerberin und in den Anforderungen an die demokratische Legitimation dieser Entscheidung.

Das Minderheitsvotum lehnt einen Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG ab. Unter der erforderlichen Eignung sei umfassend die Gesamtheit der Eigenschaften zu verstehen, die das jeweilige Amt von seinem Inhaber fordere. Darunter falle auch die Erwartung, der Bewerber werde seine Pflichten als Beamter erfüllen (vgl. dazu §§ 70 ff. des LBG von Baden-Württemberg). zur Eignung für den Schuldienst gehöre die Fähigkeit und Bereitschaft der Lehrkraft, die beamtenrechtlichen Dienstpflichten unter den konkreten Bedingungen des Schulbetriebs zu erfüllen. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Eignung erfordere eine Prognoseentscheidung und sei vom Gericht nur beschränkt überprüfbar. Es sei nur zu kontrollieren, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff erkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat; im Übrigen sei das Gericht auf eine Willkürkontrolle beschränkt.[758] Mit der Prognose, die Bewerberin sei wegen des beabsichtigten Tragens eines Kopftuchs im Unterricht für das angestrebte Amt einer Lehrerin im öffentlichen Schuldienst ungeeignet, habe der Dienstherr die Grenzen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums nicht überschritten. Die Eignungsbeurteilung im Rahmen des speziellen Gleichheitsrechts aus Art. 33 Abs. 2 GG dürfe nicht mit einem Eingriff in die Freiheitsphäre eines Grundrechts verwechselt werden.[759] Es sei mit den Dienstpflichten eines Beamten schlechthin unvereinbar, dass dieser den Dienst als Aktionsraum für Bekenntnisse nutze. Die ihm übertragene Aufgabe bestehe nur darin, den demokratischen Willen des Gesetzgebers sachlich, nüchtern und neutral zu verwirklichen und sich vor allem dort als Individuum zurückzunehmen, wo seine Ansprüche auf Verwirklichung der Persönlichkeit Konflikte im Dienstverhältnis hervorbringen könnten. Hier wird offen gelassen, ob die Grundrechte für Beamte überhaupt gelten. Implizit geht der Text von der alten Theorie des Grundrechtsverzichts aus, die schon bei systematischer Auslegung an der Existenz von Art. 17 a GG scheitert. Tatsächlich

[757] Vgl. dazu auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26.06.2001 – 1 S 1439/00; „Starkes religiöses Symbol“; andere Ansicht VG Lüneburg, in: NJW 2001, S. 767 ff. (760).

[758] Im Folgenden zitiert nach dem Sondervotum der Richter Jentsch, Di Fabio, Mellinghof, zum Urteil des BVerfG vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, BVerfGE 108, 314 ff.

[759] Ebd., S. 318. Denn hier greife nicht der Staat in die Rechte des Bürgers ein, sondern ein Grundrechtsträger sucht die Nähe zur staatlichen Organisation und begehre die Begründung eines besonderen Dienst- und Treueverhältnisses. Ebd., S. 320 f.

gelten die Grundrechte auch für Beamte und können nur durch ein an diesen Grundrechten zu messendes Parlamentsgesetz eingeschränkt werden. Schon wegen der funktionellen Gewaltenteilung kann der Richter die verfassungsimmanenten Schranken nicht selbst konkretisieren. Aus der Sicht des Minderheitsvotums wäre dieses Gesetz, soweit es wegen Grundrechtsgeltung überhaupt nötig wäre, in den Generalklauseln des Beamtenrechts zu sehen. Die Mäßigungs- und Neutralitätspflicht wird als ausreichend zur Regelung dieses Konflikts angesehen. Bei der Überprüfung käme man dann zu dem schon angesprochenen Beurteilungsspielraum der Behörde. Ob ein solcher Beurteilungsspielraum überhaupt angenommen werden kann, wenn zwei Verfassungswerte miteinander in Konflikt liegen, kann hier dahingestellt bleiben. Denn entscheidend ist die Frage, ob solche Generalklauseln zur Regelung der Problematik überhaupt ausreichen. Das Minderheitenvotum fasst den Konflikt als eine Kollision von Art. 4 GG mit dem staatlichen Neutralitätsgebot.

Bereits argumentationsimmanent ist die Auflösung des Konflikts im Minderheitenvotum ein Bruch mit der Rechtsprechungg des Bundesverfassungsgerichts. Das Grundgesetz geht nach Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 3 Abs. 3, Art 33 Abs. 3 sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG von einer Pflicht des Staates zur weltanschaulich-religiöser Neutralität aus.[760] In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist jedoch anerkannt, dass dieses Gebot keine strikte Trennung von Staat und Kirche beinhaltet.[761] Demgemäß stellt sich die Pflicht des Staates zur Neutralität in religiösen und weltanschaulichen Fragen auch nicht als distanzierende, abweisende Neutralität im Sinne einer laizistischen Nichtidentifikation mit Religionen und Weltanschauungen, sondern als eine respektierende „vorsorgende“ Neutralität dar.[762] Dem Einzelnen soll mit staatlicher Hilfe ein Betätigungsraum gesichert werden, worin sich seine Persönlichkeit auf weltanschaulich religiösem Gebiet entfalten kann. Auch bei der Durchführung des staatlichen Erziehungsauftrags sind Religion und religiöse Betätigung daher nicht von vornherein ausgegrenzt. Vielmehr ist der offene Austausch von Meinungen auch zu religiösen Fragen erwünscht und sogar Bestandteil des Unterrichts.[763] Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Tragen eines Kopftuchs nicht zu vergleichen ist mit dem Anbringen eines Kreuzes im Schulraum. Das Kreuz im Schulraum wird als Ausstattung des Klassenzimmers dem Staat unmittelbar zugerechnet. Das Kopftuchtragen ist demgegenüber ein persönlicher Bekenntnisakt der Lehrerin, dessen spezifische Problematik daraus resultiert, dass sie ihren Bekenntnisakt nicht im Rahmen einer sonntäglichen Vormittagsveranstaltung äußert, sondern in das Erziehungssystem einbringt.

Der gesellschaftliche Konflikt stellt sich dadurch als Schwierigkeit der Regelung einer systemischen Grenzbeziehung dar: Religion und Erziehung.

[760] BVerfGE 19, 206, 216 ff.; BVerfGE 24, 236, 246; 33, 23, 28; 93, 1, 16 f.; BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 –, S. 10, Rn. 42; BVerfGE 19, 320, 328.
[761] BVerfGE 52, 223, 238 ff.
[762] BVerfGE 93, 1; BVerwG, Urteil vom 21.04.1999 – 6 C 18/98, BVerwGE 109, 40, 46 ff.
[763] OVG Lüneburg, 2 LB 2171/01, Urteil vom 13.03.2002, S. 11.

Im Unterschied zu anderen Grenzüberschreitungen der Religion ist eine Kompatibilisierung der beiden sozialen Logiken in diesem Fall alles andere als selbstevident. Während man das Ansinnen, im Rahmen eines *face contests* nur mit Kopftuch auftreten zu können, relativ unproblematisch als inkompatibel mit den in diesem Zusammenhang geltenden Wettkampfbedingungen wird zurückweisen können, ist der im Ludin-Urteil behandelte Realkonflikt deshalb wesentlich im Sinne der Wesentlichkeitstheorie, weil er ins Zentrum der Autonomie zweier Gesellschaftsbereiche führt, bei deren Kompatibilisierung sich Recht zugleich als Bedingung der Möglichkeit von Autonomie und damit auch als Bedingung ihrer Unmöglichkeit erweist.[764] Mit anderen Worten: Religionsverfassungsrecht, nicht als etatistisches Teilbereichsrecht, sondern als gesellschaftliches Grenzbeziehungsrecht verstanden, muss die Frage beantworten, wie auf einen gesellschaftlichen Rationalitätskonflikt, auf eine Kollision religiöser Handlungslogiken mit anderen Logiken (hier: Erziehung) zu reagieren ist.

Das verweist auf ein generelles Problem: Es ist die Aufgabe des Rechts, in Konflikten von gesellschaftlichen Rationalitätsbereichen, d.h. Kollisionslagen zwischen Wirtschaft, Politik, Religion etc., Inkompatibilitätsnormen bereit zu stellen. Nicht eine "Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus"[765], d.h. "praktische Konkordanz", ist hier gefragt, keine Abwägungsschemata für vermeintlich universelle Werte und Prinzipien, sondern die Identifikation konfligierender gesellschaftlicher Rationalitäten, die sich des Rechts zur Universalisierung ihrer partialen Logiken bedienen[766]. Diese gesellschaftlichen Realwidersprüche sind in der *quaestio iuris* zu reformulieren und, so gefasst, zu kompatibilisieren. Der kritische Kollisionsbereich ist jeweils durch den Widerspruch von Normen, die im Kontext unterschiedlicher Teilbereichsrationalitäten ge*formt* wurden, zu identifizieren. In der Sache geht es folglich darum, abstrakt-generelle Normen im Verhältnis von gesellschaftlichen Großsystemen und den in struktureller Kopplung zu ihnen generierten Recht-

[764]Zu diesem Problem unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit: *Christoph Menke*, Gleichheit und Zwang, in: *Hans Friedrich Fulda* (Hrg), Vernunftbegriffe in der Moderne, Stuttgart 1994, S. 666 ff; *ders.*, Liberalismus im Konflikt, in: *Micha Brumlik/Hauke Brunkhorst* (Hrg.), Gemeinschaft und Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1993, S. 218 ff. Als grundlegendes Dilemma der Rationalität moderner Gesellschaften wird dies formuliert von *Niklas Luhmann* Beobachtungen der Moderne, Opladen 1992, S. 60 f., 76 f. sowie *ders.*, Der Wohlfahrtsstaat zwischen Evolution und Rationalität, in: *ders.*, Soziologische Afklärung, Bd. 4, Opladen 1987, S. 110 ff. (114 f.).

[765]Ironischerweise wird dieser Dezisionismusvorwurf aus der Schmitt-Schule heraus erhoben: *E.-W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, Neue Juristische Wochenschrift 1974, S. 1529 ff. (1534); Schmitt, auf den sich Böckenförde in seiner Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG beruft, kritisierte die Operationalisierung abstrakter Wertprogramme durch die Rechtspraxis im Anschluss an *Nicolai Hartmann* als eine „Tyrannei der Werte", s. *C. Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 37 ff.; Schmitts Text ist hervorgegangen aus einem 1959 in Privatdruck veröffentlichten Diskussionsbeitrag, s. die Dokumentation dieses Textes in ebda., S. 51 ff.

[766]Hier setzt *Karl-Heinz Ladeur* an, s. *ders.*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 12 ff.

snormen zu entwickeln und das Recht darauf vorzubereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken zu reagieren.[767] Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen, die Entwicklung von Inkompatibilitätsnormen wäre eine Technik, andere Umgangsregeln für Systeme können in der rechtlichen Abstützung von Interaktionspflichten (Kontrahierungszwang) oder in der Etablierung von Haftungsregimes bestehen. Dadurch eröffnet sich ein extrem formalistischer Zugang zum Umgang mit der Rechtsform. Denn Rechtsarbeit wird zur Pflege der Paradoxien der Rechtsform[768], zur Begründungsarbeit mit Rechtnormen unterschiedlicher Provenienz, zum ständigen Kampf des Rechts gegen seine einseitige Instrumentalisierung durch bspw. Polit-, Wirtschafts-, Religionssysteme[769] und die demokratietheoretische Herausforderung liegt darin, die ‚konkreten Ordnungen' in zivilgesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozessen aufzubrechen[770]. Auf kommunikativem Weg besteht die Gefahr der imperialen Besetzung des Rechtscodes durch andere Sozialsysteme. Die grundlegende Codierung eines Sozialsystems ist eine Unterscheidung und eine solche kann man immer nur semantisch treffen. Eine Semantik lässt sich aber gegen Kontexte nie abdichten und ist deswegen beständig davon bedroht, Teil des Spiels zu werden. Es stehen sich in einem Rechtsstreit nicht einfach zwei Sozialsysteme gegenüber, an die dann das Recht verteilt wird, sondern es stehen sich zwei Rechtsauffassungen gegenüber, zwei im konkreten Fall unvereinbare Vorstellungen von Recht und Unrecht.

Hier bewährt sich die von Teubner vorgeschlagene Konstellation, Systemtheorie und Dekonstruktion wechselseitig auf ihren blinden Fleck aufsitzen zu lassen. Die Grundbewegung der Dekonstruktion ist, den herkömmlichen Gebrauch von Signifikant/Signifikat in Frage zu stellen und zu insistieren, dass man auf der Seite des Signifikats immer nur weitere Signifikanten findet. Dadurch entsteht die Schwierigkeit, Stabilität zu erklären. Hier hilft die Ersetzung durch die Unterscheidung von System und Umwelt. Umgekehrt kann zur Klärung der Beziehung Recht/Gesellschaft die Unterscheidung von Text/Kontext anstelle der Unterscheidung von System und Umwelt helfen. Die Vorstellung, dass jede Wiederholung zu einer Verschiebung der Regel führen kann, macht aus der Form etwas Gespenstisches und Unscharfes. Dieser Nachteil bei der Beschreibung von Stabilität hat aber den Vorteil, Veränderungen besser erklären zu können. Es wird deutlich, dass die Codierung nicht so unberührt über den Programmen schwebt. Sie ist vielmehr über Semantisierung ständig von imperialistischen Übernahmen bedroht. Daraus ergibt sich die Aufgabe

[767] *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften 2000, S. 388 ff.

[768] *Gunther Teubner*, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht, Frankfurt am Main 2003, S. 25 ff.

[769] *Rudolf Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht, Frankfurt am Main 2003, S. 13.

[770] Details hierzu, *Gunther Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 1 ff.

des gerichtlichen Zentrums, die imperialistische Besetzung des Codes durch die Peripherie abzuwehren. Der von dort vorgeschlagene Begriff des Rechts muss einem Re-entry unterzogen werden. Ist der im Rahmen der fremden Codierung entwickelte Begriff des Rechts Recht oder Unrecht? Nur durch diese Arbeit der Reparadoxierung kann man den Zustand, den Luhmann als vorhanden beschreibt, erreichen. Indem das Recht als leerer Signifikant erhalten bleibt, werden die kollidierenden Sozialsysteme durch die soziale Interaktion des Verfahrens verlasst, nach den Grenzen für die Universalisierung ihrer Logik zu suchen. Auf diese Weise kann das Recht fremdregulierend die Selbstregulierung der Sozialsysteme abstützen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Situation eine bemerkenswerte Entscheidung getroffen, die die Wesentlichkeit der Ursurpationsproblematik erkannt hat und darum den Gesetzgeber in der Pflicht sieht, „die Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie eine solche Festlegung für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich ist“.[771] Das Gericht hat die Kollisionsentscheidung damit an den demokratischen Prozess zurückgegeben. Dies ist keine Justizverweigerung sondern stellt eine kluge Form der juridifizierten Dejuridifizierung. Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass das Gericht die Abgabe des Entscheidungsprozesses in öffentliche Verhandlungsprozesse mit einer prozeduralen Anforderung verbindet: „Schließlich bedarf die Einführung einer Dienstpflicht, die es Lehrern verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild ihre Religionszugehörigkeit erkennbar zu machen, auch deshalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, weil eine solche Dienstpflicht in verfassungsmäßiger -- unter anderem mit Art. 33 Abs. 3 GG vereinbarer -- Weise nur begründet und durchgesetzt werden kann, wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden. Dies ist nicht in gleichem Maße gewährleistet, wenn es den Behörden und Gerichten überlassen bleibt, über das Bestehen und die Reichweite einer solchen Dienstpflicht von Fall zu Fall nach Maßgabe ihrer Prognosen über das Einfluss- und Konfliktpotenzial von Erkennungsmerkmalen der Religionszugehörigkeit im Erscheinungsbild der jeweiligen Lehrkraft zu entscheiden.“[772]

Dadurch stellt das Bundesverfassungsgericht die religionsverfassungsrechtliche Frage nicht ”rechtlos” sondern gibt den Sachverhalt in gesellschaftliche Kollisionsauslösungsprozesse ab, während sie diese Prozesse zugleich von rechtlichen Auflagen abhängig macht, indem sie prozedurale Normierungen für kognitive Lösungsverfahren vorgibt.[773] Für auf Anhörung anderer Interessen, Machtneutralisierung, fairen Interessenausgleich und Gemeinwohlorientierung bei gesellschaftlichen Kollisionsauflösungen zielende, prozedurale Rechtsinterventionen gibt es durchaus bereits eine lange Tradition der Verknüpfung

[771] BVerfGE 108, 282 (311).
[772] BVerfGE 108, 282 (312).
[773] *Gunther Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 65 (1996), S. 199 ff. (216 f.).

von Normativität und Kognitivität. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts knüpft daran an, stellt Gleichheitspostulate auf, sieht den demokratischen Gesetzgeber zur Kollisionsauflösung in der Pflicht und wählt daher eine der freiheitlichen Gesellschaft adäquate Form der Konfliktbearbeitung: Statt Werteerkenntnis setzt sie auf den demokratischen Prozess und die Hervorbringung egalitärer Grenzregeln für die Religionen der Gesellschaft.

3. Argumentation als funktionierende Form

Das Scheitern des epistemischen Holismus in der Abwägung hat bisher nicht zu einem Neuansatz in Theorie und juristischer Methodik geführt. So lange man sich damit begnügt, das alte Einheitstheorem nur zum Postulat abzuschwächen, führt man das alte obrigkeitsstaatliche Denken, wenn auch verschämt, weiter. Das Problem der Grundrechtskollision bleibt aber erhalten. Mit der medialen Vorgabe des Hypertextes wird sogar die holistische Dimension des Problems deutlicher sichtbar. Deswegen müssen die alten Probleme auf eine neue Grundlage gestellt werden. Zwei Schritte sind nötig: Der Holismus wird horizontal durch Vernetzung im Hypertext und praktisch durch Anschluss an die philosophischen Argumentationstheorie und Sozialtheorie.

Die in einem Sozialsystem angefertigte Selbstbeschreibung ist kein beiläufiges, sondern ein zentrales Element. An die Art, wie das System seine eigene Tätigkeit beschreibt, muss man anknüpfen, um seine diskursive Logik zu erfassen und zu verändern. Bisher wurde die im Rechtssystem vorgefundene hegemoniale Selbstbeschreibung in Form des prinzipiellen Modells der Wertungsjurisprudenz dargestellt. Diese wurde dann mit den tatsächlichen Operationen des Rechtssystems verglichen und eine Divergenz festgestellt. An dieser Stelle ist nun anzusetzen, um zu einer Verbesserung der Selbstbeschreibung des Rechts zu gelangen. Es zeigt sich dabei, dass die hegemoniale Selbstbeschreibung der Drittwirkung als Aufdeckung einer schon vorhandenen Ordnung gefasst ist. Die tatsächlichen Operationen des Systems laufen aber eher auf eine rechtliche Moderation reflexiver Selbstveränderungsprozesse hinaus. Deswegen muss das theoretische Selbstverständnis in diese Richtung verschoben werden. Der Holismus funktioniert als horizontale Vernetzung in praktischer Argumentation.

Juristisches Argumentieren heißt, den Text von Recht durch den Widerstreit der Lesarten in Arbeit zu nehmen. Der Gang dieser Arbeit am Text von Recht mit dem Ziel einer Entscheidung lässt sich entlang der Grundzüge der Argumentationssituation beschreiben. Die kann „als wechselseitige Entäußerung der Orientierungssysteme der beteiligten Personen durch argumentative Handlungen aufgefasst werden, als das Einnehmen, Sichern oder Verändern ihrer Positionen. Sie wird dadurch ausgelöst, dass die beteiligten Personen mit ihren jeweiligen Orientierungen in Konflikt geraten. Die Kontroverse nötigt die Teilnehmer, Teile ihrer Orientierungssysteme (ihrer Subjektivität) als Position zu entäußern, zur Disposition zu stellen und gemeinsam mit dem Kontrahenten zu prüfen.“[774]

[774] *Geert-Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens,

Vor Gericht tragen die Parteien ihre Orientierungen in Gestalt jener entsprechenden Semantisierungen von Normtexten vor, die sich natürlich gegenseitig ausschließen. Als Basis und Rechtfertigung ihres Anspruchs auf Recht zugleich dient ihnen der Normtext, „das Gesetz“. Sie nehmen so ihre Positionen im Rechtsstreit ein. Das Gesetz aber kann nun gerade nicht ein Text in einer bestimmten Bedeutung sein. Denn die steht gerade mit dem Streit auf dem Spiel. Das Verständnis, das die Parteien von der Zeichenkette mitbringen, ist bereits eine These. Und die ist dann natürlich dem Angriff ausgesetzt. Der stößt sie aus der Sicherheit ihrer Behauptung in die Fragwürdigkeit und schafft für ihren Erhalt die Not der Begründung. Für diese Begründung steht aber keinerlei dem Streit entzogene Instanz zur Verfügung. Das Recht steht ja gerade zur Debatte. Es kann daher nur wieder Text für Text einstehen. Die Parteien haben sich also jener Texte zugunsten ihrer Rechtsmeinungen zu bedienen, die aktuell nicht in Zweifel stehen. Ganz entsprechend der Grundformel einer Überführung von kollektiv Fraglichem in kollektiv Geltendes, ist so die eigene Rechtsmeinung durch den Nachweis ihrer Konsistenz und Kohärenz als dessen integraler Bestandteil auszuweisen und in den Stand eben des kollektiv Geltenden zu setzen. Juristisches Argumentieren ist das Bemühen um eine Anreicherung des anerkannten Textes von Recht durch den eigenen.

Ziel der Parteien ist es also, ihre Behauptungen durch den Gebrauch der dafür anerkannten Argumentformen durchzusetzen. In den kontinentaleuropäischen Traditionen sind dies die Canones, die herkömmlich als Methoden der Auslegung von Gesetzestexten verstanden werden.[775] Sie stellen als kulturell anerkannte Formen des Gebrauchs von Begründungen und damit zugleich auch als selbstdefinierende Handlungsweisen die Formen juristischer Argumentation dar.

Die Canones führen zur Integration und Widerlegung von Argumenten und tragen so zur Entscheidung über den Konflikt um die Lesart des Gesetzes bei. Sie erschließen Kontexte, seien diese historisch, genetisch oder systematisch, die es erlauben, die Bedeutung des jeweiligen Normtextes herauszustellen. Mangels einer Substanz an Recht vermögen auch nur sie diese Rolle zu spielen. Das heißt, es kann beim juristischen Argumentieren immer nur darum gehen, Text für Text zu setzen. Wenn so aber die Canones das Mittel zur Ausarbeitung von Argumenten sind, dann erhebt sich die Frage, woraus dafür wiederum die Gründe geschöpft werden können. Und die Antwort kann, ganz entsprechend dem Prinzip der Nachsicht nur lauten, aus den ganzen „Netzen eigener und fremder, mehr oder weniger zusammenhängender Orientierungen, in denen sich Personen ausdrücken, die ein bestimmtes Leben führen, etwas wissen und können.“[776] Konkret ist die Argumentation mit jenem Gewebe von

Stuttgart - Bad Cannstatt 1992, 209.

[775] Grundlegend dazu *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band 1, 8. Auflage, Berlin 2002, Rdn. 154 ff. Zum Arbeiten der juristischen Argumentformen anhand ausführlicher Beispielanalysen aus der europäischen Rechtsprechung *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band 2, Berlin 2002. Traditionsübergreifend dazu weiter *Dennis Patterson*, Recht und Wahrheit, Baden-Baden 1999, S. 195 ff.

[776] *Geert-Lueke Lueken*, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens, in: *Geert-Lueke*

Text, das den Rechtsstaat als eine Textstruktur ausmacht,[777] zu verknüpen. Damit wird Inkommensurabilität nicht aufgehoben, der im Sozialen nicht lösbare Sozialkonflikt wird nicht in eine "Rechtserkenntnisfrage" umdefiniert, sondern über die Fiktion rechtlicher Rekonstruktion rechtlicher Entscheidbarkeit zugeführt. Dadurch wird vermieden, dass der Konflikt "resozialisiert" wird. Das rechtseigene Konfliktlösungspotential der Sachdimension (Normen, Begründung, Dogmatik) kann dazu beitragen, dass der *different* ein Stück weit kultiviert wird, ohne dass er aufgelöst werden könnte.

a. Der holistische Charakter juristischen Argumentierens Juristen argumentieren, indem sie die von ihnen vorgebrachten Rechtsmeinungen auf eine Norm zurückführen. Sie entwerfen dafür ihre Überzeugungen als Lesarten der entsprechenden Texte. Die Berechtigung der von ihnen dabei im Einzelnen gesetzten Bezüge schöpfen sie aus den Argumentformen. Damit fügen sie ihre Rechtsmeinungen in das Netz der Rechtsordnung ein. Die von ihnen in der Sache geäußerten Überzeugungen werden so als Behauptung von Recht der Wahrheitsfrage zugänglich, die sich schon prinzipiell dann allerdings nur als einer nach der Kohärenz im ganzen System des Rechts stellen lässt.[778] Die Argumentformen verknoten die einzelnen Rechtsbehauptungen mit dem Netz einer ganzen Textstruktur von Recht. Zugleich aber ist deren Wahrheit strittig. Und mit ihr werden auch die für sie zur Stützung herbeigezogenen Überzeugungen aus dem ganzen Schatz juristischer Kenntnis zur Bewährung ausgesetzt. Mit jedem Argument also, das im Rechtsstreit vorgebracht wird, steht die Stabilität des Netzes in Frage. Und das kann auch gar nicht anders sein, sofern juristisches Argumentieren im Wechselspiel der Interpretation sich als Arbeit an Sprache, als Entscheidung von Bedeutung vollzieht. Weder die Sprachbedeutung so, wie sie in den von den Parteien vorgebrachten Lesarten in Erscheinung tritt, noch die Sprachform so, wie sie dem Juristen mit dem Text als Zeichen von Recht zur Hand ist, sind festgeschürzte Knoten im Netz. Sicher, dies mag halten, solange der Streit nur um das richtige Anwenden der Argumentformen geht, solange also lediglich Fragen der juristischen Kunstfertigkeit zur Debatte stehen. Im Moment ihrer Thematisierung als Streit um Recht aber droht ihnen die Auflösung und damit der Zusammenbruch des jeweilig Fraglosen.[779]

Juristisches Argumentieren ist also Arbeit im Moment des freien Falls. Mit jeder These, jeder Begründung und auch jedem Einwand ist der Knoten im Netz, der Halt für diesen Moment geben soll, immer wieder neu zu schürzen. Dafür erschließen die Argumentformen Kontexte, seien diese historisch,

Lueken (Hrg.), Formen der Argumentation, Leipzig 2000, S. 13 ff. (37).

[777] Dazu *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997, S. 99 ff.

[778] Grundsätzlich dazu *Donald Davidson*, Eine Kohärenztheorie der Wahrheit und Erkenntnis, in: *Peter Bieri* (Hrg.), Analytische Philosophie der Erkenntnis, Frankfurt am Main 1992, S. 271 ff.

[779] Grundsätzlich dazu *Willard Van Orman Quine*, Zwei Dogmen des Empirismus, in: *Ders.*, Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, Frankfurt am Main 1979, S. 27 ff. (47 ff.).

genetisch oder systematisch, die es erlauben, die Bedeutung des jeweiligen Normtextes herzustellen und im Ausgang von ihm Recht zu schaffen. Wie jederlei Bedeutung ist diese also auch holistisch. Demzufolge gilt auch für die Äußerungen, in denen die Parteien ihre Rechtsmeinungen vorbringen, dass „eine sprachliche Einheit nur im Kontext Bedeutung hat, wobei sprachliche Einheiten u.a. Wörter, Begriffe, komplexe Ausdrücke, Sätze, Überzeugungen oder Äußerungen sein können, während als Kontext u.a. Sätze, Sprachen, Theorien, Vokabulare, Überzeugungssysteme oder Äußerungszusammenhänge auftreten."[780] Und eben dieser Kontext bietet alles, was dafür nötig ist, um sprachlichen Ausdrücken ihre Bedeutung zu geben.

Juristisches Argumentieren ist Arbeit an Recht auf dessen Entscheidung hin. Mit einer jeden solchen Entscheidung, die das juristische Argument in Geltung setzt, fällt Recht als Textstruktur gleich den Teilen eines Kaleidoskops, in sich in ein neues „Bild". Juristisches Argumentieren bewegt die Textstruktur des Rechtstaats in sich. Dies verweist auf nichts anderes, als dass die Praxis von Recht, juristisches Argumentieren immer wieder „für sich selbst" zu sorgen hat. Daraus vermag weder ein Gott der Gerechtigkeit noch das Maß der Sprache zu erlösen. Die Frage ist allein, wie Juristen inmitten des Gerichtssaals die ihnen damit gestellte Aufgabe zu bewältigen vermögen, die keine andere ist, als sich beim eigenen Schopf der Argumente aus dem Sumpf der Grundlosigkeit der Gründe zu ziehen. Und die Antwort liegt ganz nüchtern und konkret in der retroreflexiven Struktur der Argumentation[781], die das Kunststück erlaubt, an Begründetem und Grund zugleich zu wirken.

b. Grundoperationen juristischer Argumentation Nun ist zwar Begründen so eng mit dem Argumentieren verbunden, dass dieses nahezu damit bestimmt wird. Juristisches Argumentieren weist indes gegenüber diesen allgemeinen Verhältnissen eine entscheidende Besonderheit auf. Vor Gericht geht es nicht mehr um eine Berechtigung der Einlassungen der Parteien als Rechtsmeinung. Die muss von vornherein schon erhöhten und instituiert regulierten Begründungsanforderungen genügen, um überhaupt für den Prozess der Entscheidung von Recht ins Spiel gebracht werden zu können. Die Begründetheit von Rechtsmeinungen ist also nicht mehr Teil des Verfahrens. Sie ist vielmehr die Eintrittskarte für die Teilnahme am Verfahren. Im Verfahren geht es dann um eine Rechtfertigung dafür, in der zu entscheidenden Sache die eine oder die andere der vorgetragenen Positionen zu beziehen. Jede der Parteien beansprucht das allein für sich. Dies macht eben die Inkommensurabilität aus. Um sich damit auch in der schlussendlichen Entscheidung von Recht durchzusetzen, bleibt also nur der Weg, die gegnerische Rechtsmeinung aus ihrer Stellung als eine

[780] *Verena Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997, S. 35 ff. Siehe auch *Mathias Schädler-Om*, Der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen, Würzburg 1997.

[781] Grundlegend dazu *Harald Wohlrapp*, Die diskursive Tendenz, in: *ders.* (Hrg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart - Bad Cannstatt 1995, S. 395 ff., hier v. a. S. 408 f. Im Einzelnen auch *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 243 ff.

solche auszuhebeln. Nicht diese ist anzugreifen, sondern die Gründe, die für sie sprechen und die sie für sich beansprucht.

Das Vorgehen der Parteien zur Begründung der eigenen und zugleich Widerlegung der gegnerischen Rechtsmeinung muss daher zwangsläufig retroreflexiv sein. Gemeint ist damit, dass Argumente nicht allein „vorwärts“ auf ihren Erfolg, bzw. auf eine Entscheidung zu ihren Gunsten gerichtet sind. Vielmehr richten sie sich als Reaktion auf den Verlauf der Argumentation zur Behauptung ihrer Stellung auch zurück auf die vorangegangenen Schritte und vor allem auch auf deren Untermauerung wiederum durch Gründe. „Der Begründungszusammenhang, der darauf angelegt ist, die These als erreichbar darzustellen, wirkt auch auf die Voraussetzungen, die in die Begründung eingehen, zurück.“[782] Da einerseits Einwände sich bereits auf Elemente vor der eigentlichen Begründung beziehen können, umgekehrt die Begründung als Verteidigung der These durch eine Reformulierung der angegriffenen Schritte erfolgen kann, bezieht sich der argumentative Klärungsprozess nicht nur auf die in der These und den Argumenten explizit angesprochenen Inhalte, sondern betrifft auch die Vielzahl von Voraussetzungen.

Juristisches Argumentieren ist durch das Widerspiel von Integrieren und Widerlegen gekennzeichnet. Als Angriffspunkt für die jeweiligen argumentativen Züge bietet sich dabei das Moment der „Rechtfertigung”, der „Garantie” bzw. der „Schlussregel” in der Struktur von Begründung an.[783] Dieses stellt die Gelenkstelle dar, die das jeweilige Argument an instituierten Wahrheiten von Recht anschließt und ihm den Weg in das juristisch Geltende ebnen soll.

Das Integrieren als positivierende Positionierung der eigenen Rechtsmeinung besteht dann darin, als Schlussregel bereits als geltend durchgesetzte Argumente einzusetzen. Da diesen so das Prestige diskursiver Wahrheit zukommt, ermöglicht es ihre Einverleibung in das eigene Argument, dessen Rechtfertigung mit der „Stützung“, dem „Rückhalt“ der jeweiligen Auseinandersetzung um das Recht überhaupt kurz zu schließen. Die Berechtigung für das eigene Argument ist damit gewissermaßen außer Konkurrenz gestellt, da sie nur noch um den Preis vom Gegner angreifbar ist, im Zuge dessen zugleich auch das Fundament der eigenen Position zu erschüttern. Damit kann der Kunstgriff gelingen, den Normtext zu besetzen, ohne sich damit zugleich der Anmaßung eines Vollzugs richterlichen Urteilens schuldig machen zu müssen, d.h. jenes Recht zu setzen, über das erst im Ergebnis des Verfahrens zu entscheiden ist.

Entsprechend geht es dem Widerlegen darum, die Rechtfertigung, bzw. Garantie von Argumenten zu erschüttern. Durch deren Ausschaltung wird der

[782] Vgl. *Harald Wohlrapp*, Die diskursive Tendenz, in: *Ders.* (Hrg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart - Bad Cannstatt 1995, S. 395 ff. (408 f.).

[783] Zur Adaption des Toulminschemas für den Bereich juristischen Argumentierens *Dennis Patterson*, Recht und Wahrheit, Baden-Baden 1999, S. 195 ff. Eingehend zur Struktur des Begründungsspiels auch in kritischer Auseinandersetzung mit Toulmins Schema *Geert-Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad-Cannstatt 1992, S. 243 ff., hier v. a. S. 249 ff.

Bezug des angegriffenen Arguments zur „Stützung“, zum „Rückhalt“ zerrissen. Das gegnerische Argument wird wieder in die Luft gehängt. Damit kann der Kunstgriff gelingen, es auszuschließen, ohne es dafür in seiner Rechtfertigung als Rechtsmeinung denunzieren zu müssen. Denn dies hieße, nicht Recht zu prozessieren, sondern das laufende Verfahren in seinen Voraussetzungen noch einmal in Frage zu stellen. Natürlich kommt dies in juristischen Auseinandersetzungen auch vor. Damit wird dann aber nicht mehr argumentativ prozessualisiert. Vielmehr wendet sich die Argumentation so thematisierend auf sich selbst zurück, um sich im Ausgang des Schlagabtauschs darum selbst entsprechend neu einzusetzen. Alles in allem stellt sich juristisches Argumentieren so als eine in den Sequenzen von Integration und Widerlegung ausgearbeitete antagonistische Begründungspraxis dar.

In juristischem Argumentieren bleibt, wenngleich nun durch eine Methode von Vernunft kultiviert, der Widerstreit am Werk. Die Begründungs- und Widerlegungssequenzen, die diese Vernünftigkeit der Auseinandersetzung prozessieren, unterminieren subversiv die Grundlegungen von Argumenten. Sowohl der Versuch der Inthronisierung der eigenen Position als Recht durch die Absorbierung der Gründe allein für sie, als auch durch Entzug aller Gründe für die gegnerische Position sind darauf gerichtet, Argumente förmlich zu „verzehren“. Gelingt es, das eigene Argument für eine Geltung als Recht durchzusetzen, dann muss und soll es aufhören, ein solches zu sein. Der thetische und damit jederzeit der Fraglichkeit ausgesetzte Charakter als Argument soll aufgehen in der unangefochtenen Geltung als Recht. Praktisch und notwendigerweise auch personifiziert wird dies im Gerichtsverfahren dadurch, dass am Ende des Argumentierens eine dritte Instanz, die des Richters den Parteien das thetische Meinen aus der Hand nimmt und es ihnen in seinem Ergebnis als Urteil über sie zurückgibt.[784] Der hat dann seine eigene reichliche Not damit, dies getreu den Anforderungen an Rechtsstaatlichkeit zu begründen.[785]

Argumentieren unter den Bedingungen der Inkommensurabilität hat nichts mit einem Ausgleich in den Überzeugungen zu tun. Argumentieren unter den Bedingungen der Inkommensurabilität so, wie es der Rechtsstreit praktiziert, läuft immer auf eine Durchsetzung der eigenen Überzeugung hinaus. Wie aber kann dann bei allem Bemühen um Begründung das Ergebnis einer solchen juristischen Argumentation eine über einen Erfolg in der Verdrängungsleistung hinaus gehende Geltung beanspruchen?

c. Das Ziel der Argumentation Juristisches Argumentieren zielt darauf ab, den eigenen Anspruch auf das Recht durchzusetzen. Dennoch hat es sich in diesem Anspruch stets zu legitimieren. Einer Akzeptanz durch alle Beteiligten steht dabei der sich praktisch durchgehend durchsetzende Charakter eines

[784] Im Einzelnen dazu *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997, S. 94 ff.

[785] Dazu insgesamt *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.

Widerstreits entgegen. Es bleibt nur die Entscheidung zugunsten einer Position, die sie in ihrer Begründetheit zuungunsten der anderen ratifiziert. An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen Geltung setzen. Und wie für alles, so muss auch hier die Praxis des Argumentierens selbst sorgen.

Sie tut dies, indem sie darauf hinarbeitet, dass sich im Streit nichts mehr gegen die Position sagen lässt. „Die Auszeichnung ‚gültig' wird dabei relativ zum Stand des argumentativen Dialogs (‚*argumentationsstandrelativ*') vorgenommen. Gültig heißt eine These dann, wenn ein Stand der Diskussion erreicht ist, in dem keine Einwände mehr vorgebracht werden (können), keine Einwände bestehen, weil sie nicht da sind. Dies lässt sich in der Formel zusammenfassen: Argumentative Geltung ist Freiheit von Einwänden, kurz: ‚*Einwandfreiheit*'. Wo keine Einwände mehr vorliegen, besteht auch kein Bedarf zum weiteren Begründen."[786] Im Rechtsstreit ist auf diese Weise eine gültige Version der umstrittenen Lektüre der einschlägigen Normtexte zu erreichen, die den Richter darin rechtfertigt, sie in den Stand von Recht als dessen Bedeutung zu erheben. Dafür müssen die Parteien die Einwände des Gegners ausräumen oder sie so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Einwandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht, und durch sie kann dann auch der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden werden.

Die Ruhe allerdings, die damit in den Gerichtssaal einkehrt, kann nur eine vor dem nächsten Sturm der Auseinandersetzung sein. Geltung qua Einwandfreiheit ist immer nur eine Lizenz von Recht auf Zeit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig. Aber eben nur „wenn". Und eben nur „solange". Der Pflicht des Juristen, solche Geltung frei von Willkür auf die im Fegefeuer der Argumentation bewährten Maßstäbe zu gründen, bleibt das Recht auf Sprache als Widerpart erhalten. Jede Geltung ist nur so gut wie die Argumentation, die sie erreicht. Auch eine argumentativ gültige Begründung kann erschüttert werden, wenn - sei es in der Rechtsmittelinstanz, sei es in der wissenschaftlichen Begleitung einer Entscheidung oder sei es durch einen findigeren Anwalt in einem neuen Verfahren - ein neues Argument gegen die bisherige Begründung vorgebracht wird. Ist dieser Einwand wirklich neu und nicht nur eine Paraphrase eines bereits erfolgreich widerlegten Einwandes, so ist zu prüfen, ob er in die bisherige Argumentation integriert oder widerlegt werden kann. Ist dies nicht möglich und betrifft der Einwand tragende Elemente der Begründung, so verliert sie ihre argumentative Gültigkeit. Hat sie Bestand, so ist neuerlich der Stand der einen Überzeugung erreicht. Aber eben: „neuerlich". Der Widerstreit ist damit nicht aufgehoben, aber ein Stück weit kultiviert.

[786] *Geert-Lueke Lueken*, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens, in: *Geert-Lueke Lueken* (Hrg.), Formen der Argumentation, Leipzig 2000, S. 13 ff. (43).

II. Von der Verdrängung zur Bearbeitung der Inkommensurabilität

In den Drittwirkungsfällen kollidieren oft nicht einfach Individuen, sondern ganze Sozialsysteme. Die Schärfe der Auseinandersetzung ergibt sich dann daraus, dass diese über keine gemeinsame Logik verfügen. Die herkömmliche Auffassung muss diese Unverträglichkeit leugnen, damit eine schon im Ganzen des Rechts vorgegebene Logik der Entscheidung unterstellt werden kann. Ein praktischer Holismus braucht die Tiefenstruktur dieser Auseinandersetzung nicht zu verdrängen. Aber es stellt sich die Frage, worin dann noch die Steuerungsfähigkeit des Rechts liegt und wie sie möglich sein soll. Für die Beantwortung dieser Frage muss man von einer indirekten Steuerung des Rechts ausgehen, welche nur dadurch möglich ist, dass die beiden getrennten Logiken sich noch in einem holistisch zu begreifenden Ganzen befinden. Nur dann gibt es die Möglichkeit, nach Kompatibilität beider Systeme zu fragen.

1. Regimekollisonen

Man erfasst die Intertextualität des Rechts nicht adäquat, wenn man Rechtsentscheidungen als *Ent*deckung im Gesetzbuch vorgegebener Entscheidungen des Gesetzgebers versteht. Wie aber dann? Um zu beschreiben, was in rechtlichen Konfliktsituationen miteinander im Streit liegt, ist eine weitere Präzisierung notwendig, die das Verhältnis des Rechts zu seinen gesellschaftlichen, natürlichen und humanen Umwelten betrifft. Herkömmlicherweise werden Rechtskollisionen, Grundrechtskollisionen und Drittwirkungsfragen als Probleme der Kompatibilisierung etatistischen Rechts gedacht. "Staatliche Schutzpflichten", "Gerichte als Adressaten der Grundrechte" etc. sind die dogmatischen Vehikel, eine jede Rechtskollision als Kollision staatlich gesetzten Rechts mit staatlich gesetztem Recht zu begreifen. Die Problemadäquanz dieser Zuschreibungs- und Kompatibilisierungstechnik ist bereits im Nationalstaat fraglich. Die Dysfunktionalitäten dieses Ansatzes werden aber offensichtlich, wenn man sich den Fragen transnationaler Interlegalität zuwendet: Der globale Rechtspluralismus ist nicht einfach Folge eines politischen Pluralismus, eines politischen "neuen Mittelalters" von vielfältigen *dominia* und *iurisdictiones*, sondern Ausdruck tiefer liegender gesellschaftlicher Widersprüche, die von miteinander kollidierenden Sektoren der Weltgesellschaft produziert werden. Bei der Fragmentierung des Rechts handelt es sich somit weder einfach um Rechtsnormenkollisionen noch um soziale Konflikte, die monokausal zu erklären sind. Vielmehr sind hier Widersprüche zwischen gesellschaftsweit institutionalisierten Rationalitäten am Werke, die das Recht mit Sicherheit nicht lösen kann.[787]

Dem Recht ist damit ein neuartiger Umgang mit seinen Normkollisionen abverlangt. Dieser muss reflektieren, dass scheinbar identische Zeichen im System der

[787] *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006, S. 10 ff.

Wirtschaft und im System der Kunst unterschiedlich gerahmt sind; ein Problem, das zur Frage der Inkommensurabilitäten inkompatibler Sprachlogiken führt.

a. Begriff der Inkommensurabilität Seinen Ursprung hat der Begriff der Inkommensurabilität in der Mathematik und Wissenschaftstheorie. Prominent geworden ist er durch die Historisierung der Wissenschaftstheorie, welche von Kuhn und Feyerabend ausging. In den von Rorty so genannten "Kuhn'schen Kriegen" ist das Reich der Wissenschaft in eine Vielzahl von Provinzen zerfallen.[788] Während man vor diesem Einschnitt noch an das Ziel einer Einheitswissenschaft glauben konnte, wurde durch die historischen Untersuchungen Kuhns deutlich, dass die Wissenschaft aus einer Vielzahl konkurrierender Erkenntnisprogramme besteht.[789] Da Theorien durch Experimente nicht direkt widerlegt werden können, sondern immer mittels Hypothesen zu ergänzen sind, wurde die Theorie zum Erkenntnisprogramm erweitert und nach Kriterien für die Auswahl unter konkurrierenden Erkenntnisprogrammen gesucht.[790] Feyerabend hat dann gezeigt, dass konkurrierende Wissenssysteme nicht untereinander vergleichbar sind. Alles, was den Maßstab für einen solchen Vergleich abgeben könnte, ist genuin Bestandteil der je verglichenen Systeme selbst. Genau das macht sie unvergleichbar, eben inkommensurabel.[791]

Treten Paradigmen also in Konkurrenz, so finden sie keine Vermittlungsinstanz. Die Entscheidung kann hier nur in einem radikalen, von Kuhn daher auch als "revolutionär" apostrophierten Wechsel liegen.[792] Mit dem Wechsel des Überzeugungssystems fällt die Welt gewissermaßen in eine andere, womit zugleich die Sprache in ihren Bedeutungen entsprechend revolviert. Normen, Definitionen und mit ihnen jene Probleme, die durch sie gelöst werden sollen, erfahren einen Umschlag. Dass es überhaupt zu einer solchen Situation eines Paradigmenkonflikts und mit ihm des Zwangs zur Entscheidung kommen kann, liegt daran, dass in dem alten Paradigma Probleme auftreten, die es hoffnungslos überfordern und sein Potential an Lösungsmöglichkeiten sprengen. Daher geht es nicht darum, bessere Antworten zu finden. Das Problem gerät selbst mit in den Sog einer Aushebelung des Überzeugungssystems. Zwischen den Paradigmen wird strittig, was überhaupt als Problem gelten und auftauchen kann. Hier

[788] *Thomas S. Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 4. Aufl., 1979, S. 171 ff. Vgl. dazu *Alan F. Chalmers*, Wege der Wissenschaft, Berlin/Heidelberg/New York u.a. 1989, S. 9 ff.

[789] *Chalmers*, ebd., S. 79 ff.

[790] Vgl. dazu *Imre Lakatos*, Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: *ders./Alan Musgrave* (Hrg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, Braunschweig 1974, S. 89 ff. Dazu *Chalmers*, ebd., S. 79 ff.; sowie *Paul K. Feyerabend*, Wider den Methodenzwang, Frankfurt am Main 1976, S. 252 ff.

[791] Vgl. zu diesem Begriff *Thomas S. Kuhn*, Bemerkungen zu meinen Kritikern, in: *Imre Lakatos/Alan Musgrave* (Hrg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, Braunschweig 1974, S. 233 ff., 258 ff.; *Paul K. Feyerabend*, Putnam on Incommensurability, in: British Journal of Philosophy of Science 38, 1987, S. 75 ff.

[792] *Thomas S. Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 4. Aufl., 1979, S. 1044 ff., 123 ff.

stößt man auf die von Kuhn so genannte "logische Lücke".[793] Inkommensurabilität hat also ihre Wurzeln in der Beziehung von Überzeugungen, Begriffssystemen und der Welt zueinander. Probleme existieren demnach nicht an sich, sondern werden von Theorien erfunden. Beide sind gerahmt von umfassenden Programmen und ganzen Weltsichten. Wobei der Rahmen immer das ist, was man nicht sieht, wenn man das Bild betrachtet. Inkommensurabilität tritt auf, wenn Rationalitätssysteme in Konkurrenz und Konflikt zueinander treten. Sie sind, wie Paul Feyerabend es ausdrückt "deduktiv getrennt".[794] Ihre Sätze und Begriffe lassen sich nicht nur nicht in Einklang miteinander bringen, sie lassen sich vielmehr überhaupt nicht zueinander in Beziehung setzen. Versucht man es dennoch, indem man Begriffe und Sätze des einen Systems im anderen gebraucht, so führt dies zu Missverständnissen. Dieses Missverständnis lässt sich überhaupt nicht artikulieren, ohne wiederum in eines der beiden Systeme zu fallen, um sich mit den nötigen Bedeutungen auszustatten. Und was für die in ihren vom System abhängigen Begriffe und Sätze gilt, gilt natürlich umso mehr für die ihren Gebrauch anleitenden Regeln und die über deren Ratio herrschenden Prinzipien und Ontologien. Aufgrund ihrer unbedingten Auswirkung auf die Sinnproduktion durch das System sind sie universell, während genau aus dem gleichen Grund diese Universalität immer nur eine den Systemen lokale sein kann.

b. Semantische Getrenntheit Nicht nur in der Wissenschaft kann man hinter der Fassade der Homogenität den Pluralismus entdecken. Auch Wittgenstein hat zunächst eine für die Welt der Tatsachen einheitliche Sprache entworfen, um dann die Pluralität der Sprachspiele zu bemerken.[795] Wenn er diesen eine "unsägliche Vielfalt" konzediert, geschieht dies ohne jeden Unterton der Klage. Kein Sprachspiel lässt sich durch ein anderes ersetzen. Keines lässt sich auf ein anderes zurückführen. Und keines lässt sich aus einem anderen ableiten. Indem die Sprachspiele von daher auch gleichrangig sind, gibt es keine übergeordnete Instanz, deren bloße Erscheinungsformen sie jeweils wären. Ordnungen in die Sprachspiele zu bringen oder gar Hierarchien in sie einzuziehen, sind wieder Spiele ganz eigener Art. Von daher kann es auch kein von ihnen unabhängiges Maß geben, geben, über dessen Kamm sie sich allesamt scheren ließen. Sprachspiele sind in ihrer Eigensinnigkeit unvergleichbar. Ihre Verschiedenheit ist "radikal".

Genau hier setzt die Zuspitzung durch Lyotard an.[796] Die Sprachspiele sind für ihn nicht nur heterogen. Sie verschließen sich in ihrem Eigensinn hermetisch. Die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Sprachspiele ist geradezu total. Wo Wittgenstein meint, noch eine "Struktur von Unterschiedlichkeit bei Überschneidung" ausmachen zu können, vermag Lyotard nurmehr eine "Struktur von

[793] *Kuhn*, ebd., S. 113.
[794] *Paul K. Feyerabend*, Der wissenschaftstheoretische Realismus und die Autorität der Wissenschaften, Braunschweig 1978, S. 179 f.
[795] Vgl. dazu *Henry Staten*, Wittgenstein and Derrida, Oxford 1985, S. 64 ff.
[796] Vgl. dazu *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 27, 32 f., 217 ff.

Heterogenität mit Abgründen" zu sehen.[797]

Die Situation ließe sich noch so lange hinnehmen, solange die in den Sprachspielen prozessierten Orientierungen schlicht koexistent wären. Brisant wird es jedoch, wenn sie in Konkurrenz oder gar in Konflikt treten. Genau das ist im juristischen Verfahren der Fall. Inkommensurabilität liegt vor, sofern sich Unvereinbares darin einig ist, denselben Platz einzunehmen. Die so miteinander über Kreuz liegenden Sprachspiele verbindet nichts, woran eine Vermittlung ansetzen könnte. Sie stehen einander in schroffer Andersartigkeit gegenüber.[798] Eine Schlichtung oder ein Ausgleich ist nicht mehr denkbar. Nicht einmal eine Beilegung, die irgend etwas von einem Einvernehmen an sich hätte. Eine Entscheidung über ihre Angemessenheit und Berechtigung kann nicht mehr zwischen ihnen getroffen werden, weil eine gemeinsame Basis fehlt. Eine Entscheidung kann nur noch im wahrsten Sinne des Wortes grundlos über sie gefällt werden. Kurzum: Es kehrt zwangsläufig der "Widerstreit" zurück als "Konfliktfall zwischen (wenigstens) zwei Parteien, der nicht angemessen entschieden werden kann, da eine auf beide Argumentationen anwendbare Urteilsregel fehlt. Die Legitimität der einen Argumentation schlösse dann nicht auch ein, dass die andere legitim ist. Wendet man dennoch dieselbe Urteilsregel auf beide an, um ihren Widerstreit gleichsam als Rechtsstreit zu schlichten, so fügt man einer von ihnen Unrecht zu (einer von ihnen zumindest, und allen beiden, wenn keine diese Regel gelten lässt)."[799]

Für das juristische Verfahren als der institutionalisierten Regulierung von Streits wäre dies fatal. Jede Entscheidung im Konflikt der Rechtsmeinungen und Lesarten der Normtexte ließe sich nur noch durch einen Akt der Gewalt, durch das Machtwort fällen. Und das juristische Verfahren selbst verlöre jede Legitimität. Die für den Rechtsstaat zentrale Unterscheidung von legitimer und illegitimer Gewalt, von guten und schlechten Entscheidungen würde damit keinen Boden mehr finden.[800] Die Frage ist allerdings, ob man Inkommensurabilität wirklich so strikt fassen kann. Denn schon die bescheidene Nachfrage, wie denn Sprachspiele, "wenn sie einerseits völlig heterogen sein sollen, andererseits überhaupt in Konflikt geraten können"[801] lässt sich dann nicht beantworten.

[797] *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 217 ff.; *Wolfgang Welsch*, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt am Main 1996, S. 419.

[798] Grundlegend zum Problem von Pluralismus und Inkommensurabilität im Bereich des Rechts: *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996, S. 114 ff.

[799] *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 32; *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 9

[800] Vgl. dazu *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 58.

[801] *Wolfgang Welsch*, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt am Main 1996, S. 319. Zu dieser Frage in Hinblick auf Feyerabend und Kuhn auch *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 31 f., 126.

c. Verbindung durch Streit um Zeichenkette Wenn Orientierungssysteme tatsächlich in jederlei Hinsicht miteinander unvereinbar und unverträglich sind, dann gibt es nichts, durch das man sie überhaupt noch in eine Beziehung setzen könnte. Inkommensurabilität wäre gar nicht feststellbar. Wenn man sie aber feststellen kann, so hat man dadurch wenigstens schon einen Aspekt des Vergleichs.

Das Konkurrenzverhältnis zwischen Theorien, Paradigmen oder Orientierungssystemen steht also im Gegensatz zu ihrer radikalen Verschiedenheit. Die führt sich genau an dem Punkt ad absurdum, an dem sie diese Verschiedenheit auf die Spitze der Annahme vollständiger wechselseitiger Abgeschlossenheit verschiedener Orientierungssysteme treibt.[802] Heterogenität kann nicht absolute Trennung heißen. Dies aber legt das Bild Lyotards vom Archipel eines insularen Nebeneinanders der Ordnungen nahe. Und auch Feyerabend und Kuhn beziehen die Inkommensurabilitätsthese auf umfassende, in sich strukturierte, weitgehend abgeschlossene Rede- und Handlungskomplexe. Die konkurrierenden Systeme sind schlichtweg ineinander unübersetzbar und damit vollkommen beziehungslos. Sie erscheinen geradezu als Käfige, aus denen man allenfalls ausbrechen kann. Dies aber nur, um sich in einem neuen wieder zu finden.[803] Wäre dieser Käfig allerdings wirklich so vollkommen verschlossen, so ließe er sich nicht als ein solcher wahrnehmen und auch zun anderen Käfigen fehlte jede Zugangsmöglichkeit. Gefangen im Käfig wäre man vollkommen frei. Zum Käfig macht ihn erst der Blick durch die Gitterstäbe, der ihn als Grenze wahrnehmbar macht. Auf der Fluchtlinie des Blicks eröffnet sich ein Raum, der die Grenzen des Käfigs sichtbar macht. Damit ist "Konkurrenz [...] ohne einen irgendwie gemeinsamen Bezugspunkt, ein gemeinsames Ziel, einen Anspruch oder einen Gegenstand nicht denkbar. Die Verschiedenheit der Theorien kann also, insofern sie konkurrieren, nicht so radikal sein, dass sich überhaupt keine Gesichtspunkte finden ließen, hinsichtlich derer sie in Beziehung zueinander gesetzt werden können."[804] Der Punkt also, an dem wir eine Verschiedenheit wahrzunehmen und zu artikulieren vermögen, ist genau die Pforte in das andere Spiel. Es ist der Berührungs- und Reibepunkt, an dem unser Spiel auf das andere trifft. Im juristischen Verfahren ist dies etwa die Absicht auf eine Entscheidung zu eigenen Gunsten. Auf diese hin werden die Äußerungen der gegnerischen Partei aufgenommen.

Die Möglichkeit des Vergleichs anhand der aus der eigenen in der anderen Welt gesetzten Gemeinsamkeiten ändert nichts daran, dass es beim Widerstreit bleibt.[805] Ebenso wie es unsinnig wäre, eine Abgeschlossenheit konkurrierender Systeme anzunehmen, ebenso widersinnig wäre es, die den Vergleich ermöglichende Gemeinsamkeit in einem gemeinsamen Grundzug zu sehen. Die Masterwelt und gar eine alles einbegreifende Universalerzählung würde ihre Ver-

[802] *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 126.
[803] Dazu *Lueken*, ebd., S. 122 ff.
[804] *Lueken*, ebd., S. 31.
[805] *Nelson Goodman*, Weisen der Welterzeugung, Frankfurt am Main 1990, S. 134 ff.

schiedenheit vollkommen verwischen, ihre Unterschiede verschwinden lassen und den Begriff der Inkommensurabilität begrifflich entsorgen statt sie zu bearbeiten. Man wäre wieder beim vertikalen und epistemischen Holismus angelangt. Für diesen war Inkommensurabilität nur vordergründig. Sie verschwindet sofort, wenn man die beiden unterschiedlichen Teile des Puzzles in die schon vorhandene Ganzheit einfügt. Für einen horizontalen und praktischen Holismus macht es dagegen keine Schwierigkeit, die Inkommensurabilität anzuerkennen. Aber es stellt sich natürlich umso dringlicher das Problem einer praktischen Bearbeitung. Lyotard behandelt dieses Problem als *litige* und *differend*. Ein *litige* ist nur möglich, wenn beide Streitparteien einen gemeinsamen Rechtsbegriff zugrunde legen. Wenn aber zwei Sozialsysteme miteinander kollidieren, fehlt es an dieser Voraussetzung, denn in der Logik der Wirtschaft ist das Recht anders gerahmt als in der Logik der Kunst oder der Religion. Eine gemeinsame Bedeutung fehlt und auch eine Schnittmenge kann nicht vorausgesetzt werden. Wenn man den Fall aufgrund eines oktroierten Rechtsbegriffs lösen würde, wäre dadurch Unrecht erzeugt. Ein *litige* ist damit nicht möglich. Daher muss das Recht den *differend* inkorporieren. Der Rechtsbegriff muss von der Besetzung durch die Logik der jeweiligen Sozialsysteme freigehalten werden. Das Recht zwingt die beteiligten Systeme in eine Auseinandersetzung und damit dazu, auf die Argumente des Gegners einzugehen. Damit wird die Relativität der eigenen Rahmung des Rechts sichtbar. Insoweit ermöglicht das Verfahren eine partielle Artikulation des Widerstreits, ein Stück weit sind ‚Worte gefunden'. Das fremdregulierende Recht ermöglicht so die Selbstregulierung zueinander im *differend* stehender Speziallogiken. Auch wenn dies gelingt, bleibt der *differend* erhalten. Die Leistung des Rechts liegt darin, dass der *differend* artikuliert ist, man Worte für ihn gefunden hat und die Gewalt der Entscheidung gemildert ist. Man hat keinen gemeinsamen Rahmen, aber man gewinnt die Chance, die auf beiden Seiten vorhandenen Rahmen durch praktische Argumentation so zu verändern, dass sie fremdregulierend selbstregulierend kompatibilisierbar werden.

2. Die Leistung des Rechts bei Regimekollisionen

Was heißt, eine Rechtsentscheidung zu treffen, wenn man den epistemischen Holismus aufgibt? Ohne die Voraussetzung eines verfügbaren und erkennbaren Ganzen kann das Recht nur den Aufschub einer gewaltsamen und einseitigen Entscheidung bewirken. Das Recht zwingt aber nicht direkt mit vorgegebenen Inhalten, sondern indirekt zur Reflexion. Die soziale Interaktion des Verfahrens steuert die Entscheidung des Konflikts nicht direkt, sondern indirekt. Aber auch diese indirekte Steuerung als gemeinsame Suche nach Kompatibilität muss funktionieren können.

a. Prinzip der Nachsicht und Rahmung Wenn weder eine geschlossene Totalität des Rechts zur Verfügung steht, in welche die Konflikte einrücken könnten, noch eine Superrationalität, welche die Teilrationalitäten in ihre jeweiligen Schranken weisen könnte, kommt eine Aufhebung der Konflikte in die harmonische Gesamtheit der (Welt-)Verfassungsinterpreten nicht in Betracht.

Will man den Konflikten nicht einfach ihren Verlauf lassen, kommt als Ziel nur eine Kompatibilisierung in Betracht. Unter der Voraussetzung der Kollision von inkommensurablen Sinnsystemen stellt sich dann allerdings die Frage, ob eine solche Kompatibilisierung durch Argumentation überhaupt möglich ist.

Deswegen muss man die Frage stellen, worin die Aufgabe der Argumentation liegt. Teubner spricht insoweit von einem re-entry des fremden Sinnmaterials in der Welt des Rechts: "Niemals jedoch ist diese interne Rekonstruktion der Außenwelt mit dem, was in der Außenwelt abläuft, selbst identisch. Wenn das Recht etwa moralische Argumente intern rekonstruiert, so haben diese den Bezug auf das Universalisierungskriterium und den moralischen Code verloren. Sie werden der Gleich-/Ungleichbehandlungsmaschinerie unterworfen, in die Programme des Rechts (Regeln, Prinzipien, Dogmatik) eingepasst und letztlich auf den Code des Rechts/Unrechts bezogen. Das gleiche geschieht mit Kostenkalkülen und Machtkalkülen und policy-Argumenten und wissenschaftlichen Konstrukten. Sie werden alle zu merkwürdigen Hybriden, die aber nunmehr allein unter der konstruktiven Verantwortung des Rechtsdiskurses stehen."[806] Um diese Aufgabe zu erfüllen, müsste die Codierung in der Argumentation semantisch verfügbar sein, was ihr dann aber sofort die herrschende Stellung entzöge. Eine Versklavung vom Recht her ist also nicht sinnvoll. Denn es würde auf kurz oder lang den Herrn wieder dem Knecht unterwerfen. Auch treten in einem solchen Konflikt nicht einfach fremde Sinnmaterialien auf, sondern Rechtsauffassungen, die sich ihrerseits der Codierung des Rechts bemächtigen wollen. Indem das Recht diese imperialistischen Angriffe abwehrt und gleichzeitig die fremden Sinnmaterialien zwingt, in den Kampf um das Recht im Raum der Sprache einzutreten, übt es keinen direkten Zwang als Oktroyierung eines festen Rahmens aus. Vielmehr wirkt es indirekt als Zwang zur Selbstreflektion und zum Lernen. Die beteiligten Sozialsysteme werden gezwungen, ihre eigene Rahmung zu sehen und andere auszuprobieren. Entscheidend ist dabei nicht, dass die beteiligten Sozialsysteme zu einem re-entry ihrer Codierung gezwungen werden, sondern dass der von ihnen vorgeschlagene Begriff des Rechts einem re-entry unterzogen wird.[807] Die Codierung des Rechts muss durch Paradoxierung immer erst freigeräumt werden, bevor die Argumentation das Verfahren wieder entparadoxieren kann.

Vor Gericht geht es nicht um Verständigungsprobleme, die man unter Berufung auf die gemeinsame Sprache beilegen könnte. Beide Parteien haben das Gesetz verstanden. Nur in unterschiedlicher Weise. Denn das Recht ist in beiden Sozialsystemen unterschiedlich gerahmt und nimmt dadurch eine andere Bedeutung an. Die Aufgabe des Rechts liegt nun darin, diesen *differend* ein Stück weit in argumentative Widersprüche zu übersetzen. Es gibt keine Möglichkeit, eine

[806] *Gunther Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 65, 1996, S. 199 ff. (211).

[807] Man kann hier zwei Re-entries unterscheiden. Das Recht rekonstruiert unter seinem Code und in seinen Programmen Sozialbegriffe. Das Recht "lernt", indem es diese zur Entscheidung von Rechtskonflikten mitbenutzt. Sozialsysteme rekonstruieren ihrerseits Rechtsbegriffe nach ihren Bedingungen und "lernen".

1:1-Übersetzung von einer Sprache in die andere, sonst müsste es Propositionen geben, die den Ersetzungsprozess kontrollieren. Diese müssten aber sprachlich formulierbar sein und würden so eine weitere Sprache darstellen. Übersetzen kann man also nur, wenn man die eigene Sprache verändert. Wenn man die eigene Rahmung oktroyiert, entstehen Missverständnisse, die vollkommen unproduktiv sind. Als Beispiel denke man an Textübersetzungen von Übersetzungscomputern.[808] Die Vorstellung der Verrechenbarkeit von Inkommensurabilität erscheint zu optimistisch. Zwar ist das Recht wirklich eine historische Maschine, die an Gleich- und Ungleichbehandlung von Fällen orientiert ist. Aber die Vernetzung von Präjudizien reicht nicht für die Entscheidbarkeit von Entscheidungen. Sie bleiben unentscheidbar. Denn im Netz der Präjudizien finden wir nicht nur "nested oppositions" als schreiende Widersprüche.[809] Sondern vor allem steht die Bindung an Präjudizien unter dem Vorbehalt der Argumentation. Teubner selbst entwickelt dazu eine weitere Überlegung: Auch würde die Gleichbehandlung als interner Gerechtigkeitsaspekt des Rechts die ökologische Fragestellung nach der Auswirkung der Entscheidung in den Sozialsystemen ausschließen. Die fremde Rationalität würde aus dem Recht exkludiert und einem Rechtsstreit unterworfen, ohne an der Erstellung der Regel mitwirken zu können. Das wäre Exklusion als Unterdrückung des Widerstreits. Gerade hier setzt der geforderte produktive Umgang mit Paradoxien an.

Wie aber sollen sich die Streitparteien einig werden können, wenn sie getrennt durch den *differend* in ein und derselben Sache bei Licht besehen nicht einmal "dieselbe Sprache sprechen"? Hier bewährt sich der Ansatz einer holistischen Semantik. Beide Sprachen sind nicht Teil eines umfassenden Ganzen, von dem aus sich der Konflikt schlichten lassen würde. Das wäre die klassische Vorstellung des Holismus. Die horizontale Vorstellung fasst das Ganze als den offenen Horizont einer möglichen Verständigung, wobei diese auch in der Artikulation von Unterschieden liegen kann. Dieser offenen Horizont als gesellschaftliches Band der Kommunikation erlaubt auch bei unterschiedlichen Idiolekten bzw. Soziolekten mindestens die Formulierung der Unterschiede. Insoweit bietet die holistische Semantik der Sprache die Grundlage, um den *differend* im Recht ein Stück weit zu artikulieren. Dabei wird der sozialen Dynamik des Verfahrens eine entscheidende Bedeutung zukommen.

Der Rechtsstreit ist die Krise von Kommunikation par excellence. Jedenfalls dann, wenn man sich unter Kommunikation mehr vorstellt, als gezwungenermaßen überhaupt noch miteinander reden zu müssen. Mehr aber ist mit dem Eintritt in das Verfahren einer Entscheidung von Recht nicht zu erwarten. Zwar wird mit ihm die ursprüngliche Brachialität der Auseinandersetzung darin gemildert, dass der "Kampf ums Recht" nur sprachlich ausgetragen werden kann. Sofern aber zugleich "das Element des Streites und des Kampfes"

[808] Vgl. dazu die Übersetzung eines methodischen Textes von *Bydlinski* durch einen Übersetzungscomputer, in: *Alexander Somek/Nikolaus Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts, Wien 1996, S. 111.

[809] *Jack Balkin*, Nested oppositions, in: Yale Law Journal, 1999, S. 669 ff.

ein "dem Rechtsbegriff' "ureigenes" ist,[810] kehrt dieses im Verfahren als der offene "Bürgerkrieg der Sprache mit sich selbst" wieder.[811] Auf eine Formel gebracht sind die Parteien in den "Kampf um das Recht im Raum der Sprache" verstrickt.[812] Die Sprache gibt keine den Parteien gemeinsame Verständigungsbasis ab. Vielmehr steht sie als Einsatz selbst auf dem Spiel. Die Parteien wollen sie durch ihr jeweiliges Verständnis vereinnahmen und dieses so als Recht im anstehenden Fall durchsetzen. Die Bedeutung der betroffenen Normtexte und Begriffe löst sich in eine Vielzahl konträrer Bedeutsamkeiten auf.

Der Streit geht über Sprache. Im Antagonismus der Ansprüche auf das "Idiom"[813] des Rechts steht jene Sprache zur Disposition, in der die jeweiligen Überzeugungen zur Sache zu ihrer Bedeutung als Ausdruck von Recht zu finden vermögen. Sie wird im vollen Ernst des Wortes der Fragwürdigkeit "ausgesetzt". Jede Einlassung und Äußerung der Parteien zum Fall, setzt Sprache deren Einsatz im Dienste des jeweils eigenen Interesses einer Entscheidung über sie aus. Die Gegenseitigkeit des Anspruchs auf sie, lässt sie in die Kluft des diametralen Gegensatzes fallen.[814]

Ein Konflikt ist soziologisch gesehen ein hochintegriertes System von Kommunikation.[815] Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbei reden müssten. Im Gegenteil. Kompetitives Handeln wie der semantische Kampf ist Inter-Aktion auf dem höchsten Niveau der wechselseitigen Angewiesenheit der einzelnen Züge der Sprecher aufeinander. Jedes Missdeuten des von ihm wird stehenden Fußes mit dem Misserfolg der eigenen Maßnahmen dagegen abgestraft. Um also im Rechtsstreit bestehen zu können, sind die Parteien geradezu darauf angewiesen, genau auf den anderen zu hören.

Erst ein Perspektivenwechsel erklärt, wieso Verständigung trotz des elementaren Mangels an gemeinsamer Sprache möglich ist. Davidson verwendet hier den Gedanken der Triangulation. Sprecher und Hörer verständigen sich in der gemeinsamen Welt der Kommunikation. Diese Zwischenwelt ist entscheidend. Jeder der beiden Beteiligten stellt aus seiner Sprache heraus Vermutungen über die Sprache des anderen an, die er bei Scheitern und Schwierigkeiten korrigiert und weiterentwickelt. Aus den gelungenen Verständigungserfahrungen entsteht dann als Phänomen der dritten Art das soziale Band der Kommunikation. Es ist ein offener Horizont sprachlicher Verständigung, der im praktischen Verhalten

[810] *Rudolf V. Jhering*, Der Kampf um's Recht, Frankfurt am Main 1992, S. 100.
[811] Diese Formulierung bei *Jean-Francois Lyotard*, Das postmoderne Wissen, Wien, 1982; Vgl. *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997, S. 68 ff.
[812] Im Sinne von *Jean-Francois Lyotard*, München 1987, S. 23, 232 f. und öfter.
[813] Allgem. dazu *Klaus Gloy*, "Der Abgrund zwischen den Sätzen" - Eine Kluft zur Sprachtheorie, in: *Gebhard Warner/ders.*, Lyotard. Darstellung und Kritik seines Sprachbegriffs, Aachen 1995, S. 81 ff.
[814] *Niklas Luhmann*, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt am Main 1999, S. 92 ff., 101.
[815] Vgl. *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 177.

der Beteiligten ständig weiterentwickelt wird. Darin liegt das Ganze der Sprache als praktischer und horizontaler Holismus. Die Akteure sind zur Verständigung nicht in der Lage, weil sie die gleiche Sprache sprechen. Vielmehr sind sie dazu in der Lage, weil sie von sich aus in der ihnen eigenen Sprache[816] Vermutungen über die Absichten und Ziele des anderen anstellen können. Verständigung ist dabei ein Vorgang, der unter den Bedingungen der doppelten Kontingenz stattfindet. Die beteiligten psychischen Systeme sind jeweils an die Kommunikation als Dimension des "Dritten" gekoppelt. In dieser, der Sozialdimension, kondensieren sich gelungene Kommunikationserfahrungen als Phänomen der dritten Art und bieten kommunikative Anknüpfungspunkte für weitere Kommunikationsakte, die ihrerseits wieder unter den Bedingungen doppelter Kontigenz stattfinden.

Gerade mit der von Davidson entwickelten Perspektive der Triangulation wird klar, wie es überhaupt zu einer Situation des förmlichen Antagonismus von Sprachen im Rechtsstreit kommen kann. Die Akteure sind nicht irgendwelchen Einflüsterungen einer ihrer Rede unterliegenden Sprache ausgeliefert, denen sie gleichermaßen auf Gedeih und Verderb folgen müssten, um einander zu verstehen. Sie werden in dem, was sie zu sagen haben und in dem, was sie verstehen, nicht von der Sprache gesprochen. Vielmehr verhalten sie sich dafür in der Sprache zu ihr. Es bleibt ganz in der Hand der Akteure dem Auftreten des anderen Sinn zu geben und diesen entsprechend zu handhaben. In dieser Distanz ist die Interpretation der Äußerungen offen. Als die Distanzierung einer Reflexion auf die Äußerung setzt Sprache die Stellungnahme frei. Die Äußerung öffnet sich kritisch der Affirmation und Negation gleichermaßen.

Sprache wird so geradezu zum Medium von Differenz und Dissens, wie Niklas Luhmann geltend macht.[817] Ganz überein mit Davidson sieht Luhmann in der Kommunikation kein "Mitteilungshandeln", in dem die Akteure Botschaften austauschen würden, die sie aufgrund ihnen gemeinsamer Schematismen zu entziffern hätten. Kommunikation ist auch für ihn eine "Verstehensoperation". In der kommt es zwar darauf dann, einen Sinn in die Äußerungen des Anderen zu bringen. Wie dies geschieht ist aber völlig offen. Denn "das Verstehen (ist) ein Vorgang, für den es unerheblich ist, ob richtig oder falsch verstanden wurde, ob sich Konsens oder Dissens ergibt, ob die Mitteilung angenommen oder abgelehnt wird."[818] Möglich ist dies, weil Sprache in jedem ihrer Momente eben selbst eine kontrastiv kritische Scheide darstellt. Damit sieht auch Luhmann in der Sprache als der bloßen Möglichkeit sich in einer Äußerung der Interpretation darzubieten, konstitutiv ein "Potential zur Widerrede"[819]. "Jede Aussage ist mit einer Gegenaussage korreliert; jede Bejahung verweist auf ihre Negation. Sprache stiftet also nicht einfach Konsens, sondern bietet immer auch die Möglichkeit zum

[816] Siehe *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, v.a. S. 193 ff.
[817] *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2001, S. 159 f.
[818] *Krämer*, ebd., S. 161.
[819] *Krämer*, ebd., S. 161.

Dissens."[820]

b. Das transversale Medium der Argumentation Im Rechtsstreit als Krise sind die Verhältnisse allerdings weit über einen bloßen Dissens hinaus auf die Spitze getrieben. Im Antagonismus des Anspruchs auf das eine Recht sind die Positionen nicht nur konträr. Sie stehen in der Konkurrenz einer völligen Unvereinbarkeit miteinander. Mit einem Wort, sie sind inkommensurabel.[821]

Genau diese Möglichkeit eines Vergleichs aus der Setzung von gemeinsamen Bezugspunkten, die die Inkommensurabilität erst in Erscheinung treten lässt, bietet den Angriffspunkt ihn in Arbeit zu nehmen und eine Ebene, auf der das Trennende festgestellt werden und mit der Formulierungen eines dafür zu schaffenden Idioms begonnen werden kann.[822] "Was zuvor unterliegen musste, weil es bestenfalls eine Stimme, aber noch keine Sprache hatte, kann sich jetzt artikulieren und Gehör finden. Die Inkommensurabilität, die zuvor unentdeckt geblieben oder übergangen worden war, kann nun expliziert und ausgetragen werden."[823] Der *differend* kann nicht überwunden werden. Er kann aber teilweise expliziert und ausgetragen werden. Dabei handelt es sich nicht um ein *litige*. Ein solcher würde entweder nur in einer der beteiligten Sprachen entscheiden oder im Zuge eine Oktroierung einer dritten Sprache den *differend* als bloße Widersprüchlichkeit verfälschend rekonstruieren. Hier wäre der Auftrag des Rechts, den Widerstreit zu artikulieren und zu kultivieren verfehlt. Das wäre nur Fremdregulierung ohne Selbstregulierung. Das heißt also, dass im Verfahren den beteiligten Streitparteien ein Einfluss auf die Erfindung der dritten Sprache eingeräumt werden muss. Sie müssen durch die Verstrickung in die Verfahrensrolle dazu veranlasst werden, das von ihnen gefühlte Unrecht in Argumenten zu artikulieren. Dazu besteht die Chance, den Widerstreit bis zu einem gewissen Grad in widersprüchliche Argumente zu transformieren. Das Thema des Unrechts ist mit der Möglichkeit einer Arbeit an Inkommensurabilität nicht erledigt. Ganz im Gegenteil. Es bekommt damit erst seine Spitze.

Mit der Artikulierung der Inkommensurabilität, durch die im Übrigen auch die eigene Position um ihre Selbstverständlichkeit gebracht und sich fremd wird, kann zwar der "Übergang vom ‚Schlachtfeld' zum ‚Gerichtssaal', von Unterdrückung zu Diskursivität" vollzogen werden.[824] Gerade weil aber dadurch die Inkommensurabilität erst in aller Schärfe in Erscheinung tritt, vermag sie durch diesen Übergang erst recht nicht mehr gelöst zu werden. "Zwar kommt es zu einer Transformation, die nicht nur die eine, die bislang unterdrückte Seite,

[820] *Krämer*, ebd., S. 161.
[821] Entsprechend zur Definition von Inkommensurabilität *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 29 ff.
[822] Vgl. *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 33 f. *Wolfgang Welsch*, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt am Main 1996, S. 322.
[823] *Wolfgang Welsch*, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt am Main 1996, S. 324 mit Verweis auf *Jean-Francois Lyotard*, Der Enthusiasmus. Kants Kritik der Geschichte, Wien 1988, S. 114.
[824] *Welsch*, ebd., S. 322.

sondern durchaus beide Kontrahenten betrifft. Sie vermögen jetzt in einen argumentativen Prozess des Austauschs ihrer Positionen einzutreten - aber dessen Ergebnis kann, sofern es sich wirklich um Inkommensurabilität handelt, nicht in einem Konsens und einer Entscheidung, sondern nur in der Klarheit darüber bestehen, dass hier keine Entscheidung mehr möglich ist. Legitimerweise kann sich nur ein Konsens über den Dissens – über den Inkommensurabilitätscharakter dessen, was ein bloßer Streit zu sein schien – einstellen."[825]

Der Rechtsstreit ist die Einigkeit im Antagonismus der Versionen innerhalb des Deutungssystems Recht. Die Parteien wollen jeweils ihre Version in die Rechtsposition rücken, ohne dass es eine neutrale Bezugsversion gäbe, die hier die Schiedsrichterrolle übernehmen könnte. Die Gemeinsamkeiten, die die Auseinandersetzung ermöglichen, liegen weder in der Sprache noch in den Überzeugungen davon, was jeweils Recht sei. Sie liegen allein in den Praktiken, aus der eigenen Position sich die andere zurechtzulegen und die eigene darauf abzustellen. Sie sind keine in der Sache vorliegende oder mit der Sprache zuhandene. Sie können nur einander unterstellt und damit für die eigene Sicht hergestellt werden. Was bleibt sind die Praktiken des Bezugs der Akteure, gewissermaßen als konkrete Ausformulierungen des "Prinzips der Nachsicht".

Welche Praktiken das im Rechtstreit sein könnten, braucht allerdings erst gar nicht gefragt zu werden. Dies ist durch den Legitimierungs- und Begründungszwang im Rechtsstreit vorbestimmt: als Rationalitätsgebot für die Auseinandersetzung vor Gericht eben der "Zwang zu argumentieren". Es stellt sich also nicht die Frage, ob argumentiert werden kann und soll. Es stellt sich vielmehr die Frage, wie angesichts der kommunikativen Verhältnisse, das heißt unter den Bedingungen der Inkommensurabilität und des Entscheidungszwangs so argumentiert werden kann, dass Unrecht nicht nur stumm ertragen werden muss, sondern vielmehr selbst noch einmal zur Sprache kommen kann.

c. Inkommensurabilität und Rahmenwechsel Juristisches Argumentieren ist die polemische Praxis von Sprache gebannt in die Formalitäten des Verfahrens. Dieses hat die Brücke zu schlagen dort, wo aufgrund der Inkommensurabilität der Überzeugungen ein Abgrund klafft. Notwendig ist dies, da ansonsten nicht einmal eine Unverträglichkeit artikuliert werden kann. Was nichts mit einander zu tun hat, kann sich auch nicht widersprechen. Das Verfahren also bringt dafür die Parteien im Streit zusammen, indem sie sich in ihm ihren Rollen als Gegner zu stellen haben. Mit dem Eintritt in das Verfahren wird der Widerstreit ihrer Überzeugungen als die Kontroverse einander entgegen stehender Positionen in Szene gesetzt.[826] Das Verfahren stellt also eine Gemeinsamkeit genau dadurch her, dass es den Gegensatz praktiziert. Es geht darum, die Parteien zu veranlassen, ihren *differend* in Argumenten zu artikulieren. Deren Widerspruch lässt sich dann abarbeiten.

[825] *Welsch*, ebd., S. 322.

[826] Allgemein zur Situationsinszenierung als Herstellung von Gemeinsamkeit und einer Begründungsbasis *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 288 ff.

In der Situation der Inkommensurabilität so, wie sie der Antagonismus der je für sich als solche berechtigten Rechtsmeinungen der Parteien vor Gericht schafft, versetzt der Einsatz von Argumentation die Beteiligten zunächst in die Lage eines Doublebind. "Sie sind an ihre eigene Position gebunden und wollen sie nur aufgrund überzeugender Einwände ändern."[827] Zugleich sind sie so dem Interesse an einer für beide geltenden Entscheidung von Recht verpflichtet. Das Verbindende daran kann nur in einer Verbindlichkeit für beide liegen. Dies für die eigene Position zu erreichen, indem sie eben in den Stand eines kollektiven Geltenden gesetzt wird, löst die Dynamik des Argumentationsprozesses aus. Und es lässt zugleich den Widerstreit immer wieder durchschlagen, da sich dieser Anspruch nur durch die Verdrängung des Anspruchs der Gegenpartei genau darauf verwirklichen lässt. "Das Paradoxe der Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass weiteres Argurnentieren die Kontroverse stets zu radikalisieren, statt sie einer [...] Lösung näher zu bringen scheint. Jeder der Kontrahenten mag eine noch so große Bereitschaft haben, zu überzeugen und sich überzeugen zu lassen, doch je stärker er diese Bereitschaft in Form von Einwänden und Begründungen in argumentatives, [...] umsetzt, in desto weitere Ferne scheint" die Konfliktlösung zu rücken[828]

Die Lösung liegt hier, wie so oft, im Problem. Man muss sie nur vor sich sehen. Der entscheidende Hinweis liegt in der Rede von "Einwänden" und "Begründungen". Argumentieren als Begründungspiel[829] heißt nicht einfach nur, zur Sache zu reden. Argumentieren verlangt immer, sich in einer reflektierenden Einstellung seinen Überzeugungen Ausdruck zu verleihen, indem zugleich die Rolle der entsprechenden Äußerungen für das Spiel deutlich gemacht werden muss. Die Frage, woraus die Begründungen und Zurückweisungen geschöpft werden können, die dieses für die jeweiligen Äußerungen leisten, verweist dann auch auf die Möglichkeit, aus einer paradoxen Doppelbindungssituation herauszutreten.[830] Die Argumentierenden können die Situation des Doublebind auseinander legen und sich aus der Verfangenheit darin lösen. Dazu kann zum einen die Äußerung als These in Arbeit genommen werden. Damit wird als erstes das Interesse der Auseinandersetzung bedient. In der neuerlichen Stellungnahme kann man Einwände erheben, die zu einer Widerlegung der gegnerischen Position führen oder seine These in die eigene Position integrieren. Damit kann das Interesse des Verharrens in den eigenen Überzeugungen bedient werden. Sei es, dass es sich bestätigt. Sei es, dass es durch Aufgeben gegenstandslos wird.

Konkret geschieht dies im Rechtsstreit dadurch, dass die Kontrahenten nicht einfach nur in ihren Rechtsmeinungen verharren und aus ihnen heraus agieren. Um sie als berechtigt auszuweisen, haben sich die Parteien in ihren Äußerungen in einen ihren Überzeugungen entzogenen Bezug zu setzen. In den zum Text, indem sie ihre Einlassungen als dessen Lesarten geltend machen. Die Arbeit des

[827] *Lueken*, ebd., S. 277.
[828] *Lueken*, ebd., S. 277.
[829] *Lueken*, ebd., S. 277, hier adaptiv um die ausdrückliche Konsensorientierung gekürzt. Eingehend dazu ebd., S. 237 ff.
[830] *Lueken*, ebd., S. 279.

Juristen ist genuin Arbeit an Text. Ohne diesen Textbezug wäre das Verfahren von der Beliebigkeit eines Schauspiels, in dem einer als Richter und einige als Anwälte verkleidet sind und im Mobiliar eines Gerichtssaals umher laufen.[831] Es wäre reine Staffage. Im Bezug zu den jeweils einschlägigen Normtexten verkörpert sich gewissermaßen der Sinn des Verfahrens als ein Streit um Recht sprachlich.[832] Von daher ist es zugleich auch dieses Übereinkommen im Text, das ihn changierend in die sich diametral gegenüber stehenden Lesearten fallen, jeweils im Austausch der Argumente kippen lässt, ohne dass umgekehrt der Text in seiner Bedeutung als Recht anders gegeben wäre als darin.[833] Er liefert also kein Drittes an Sprache, zu dem die Äußerungen der Parteien in einer äußerlichen Beziehung stünden. Vielmehr wirkt der Text nur in dem Zwang, die eigene Position in ihn zu fassen und auf die andere zu beziehen.

Diese Situation lässt sich mit jenem Bild eines Hase/Enten-Kopfes erläutern durch das Wittgenstein den Aspektwechsel beim Sehen-Als erläutert.[834] Dabei handelt es sich um eine Strichzeichnung, die man entweder als Kopf eines Hasen, oder aber als Kopf einer Ente sehen kann. Der Witz daran ist, dass diese Figur nicht beides ist. Man sieht immer nur das eine zu einer Zeit. Die Figur ist aber auch nicht nur eines von beiden und das andere dementsprechend eine Störung der Wahrnehmung. Man kann umstandslos immer das andere sehen. Wie bei all solchen Kippfiguren spielt sich hier jeweils also ein Gestaltwandel in toto ab, in der die Lineatur der Zeichnung changiert ohne je aufzuhören, genau diese Lineatur zu sein, die das tut. Analog verhält sich mit dem jeweils im Rechtsstreit zur Debatte stehenden Normtext. Der Widerstreit formuliert sich darin, dass der Text immer nur in die eine oder in die andere Lesart fallen kann. Diese Lesarten koexistieren nicht. Sie konkurrieren in derselben Stelle von Sprache, die der Normtext als komplexes Zeichen von Recht darstellt. Solange jedenfalls, solange nicht eine von ihnen Stück für Stück abgetragen, "gelöscht", ist. Wie dies geschieht, was also dafür ein juristisches Argument zu sein vermag, ergibt sich genau aus dem Umgang mit Text, den das juristische Geschäft in seiner Selbstschöpfung als gesellschaftliche Praxis zu pflegen hat.

Ist es also möglich, die universale Rationalität kollidierender Sozial-, Natur- und Humansysteme in die lokale Rationalität des Verfahrens zu überführen? Vorher kann man das nicht wissen. Aber die Chance dazu besteht. Denn das Prinzip der Nachsicht bei der sprachlichen Interaktion zwingt die Beteiligten, sich auf die fremde Sichtweise einzulassen. Trotzdem würden die Bedeutungen verschieden bleiben, solange sie von der jeweils grundlegenden Codierung beherrscht werden. Denn die grundlegende Unterscheidung bestimmt jede Äußerung und ihre

[831] Womit hier keineswegs etwas gegen die Bedeutsamkeit der Szenerie wiederum als Rechtszeichen etwas gesagt sein soll. Dazu *Thomas M. Seibert*, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, Berlin 1996, S. 155 ff.

[832] Dazu hier *Seibert*, ebd., S. 33 ff.

[833] Allgemein dazu *Seibert*, ebd., S. 166 ff.

[834] Siehe *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, Frankfurt am Main 1984, II xi. Dazu in Hinblick auf das Problem der Inkommensurabilität *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 56 ff.

Bedeutung. Deswegen stellt sich die Frage, ob auch der grundlegende Rahmen der Semantik erkannt und relativiert werden kann. Mark Twain erzählt die Geschichte, wie Tom Sawyer zum Streichen eines Gartenzauns gezwungen wird und deswegen von seinen Spielkameraden verspottet. Indem er den Arbeitscharakter des Streichens bestreitet und seine Kameraden neugierig macht, bringt er sie dazu, den Zaun mehrfach gegen Entgelt zu streichen. "Durch die inszenierte spielerische Alternative erweist sich also, dass die Bestimmung des Anstreichens als Arbeit nur eine Rahmung war. Und damit wird die Wirklichkeit in dieser Situation und im Folgenden transformiert: Zwar kann Tom auf Grund der Erfahrung dieser Rahmenaufhebung nicht etwa in Zukunft alle Arbeiten als Spiel angehen, aber er weiß, dass etwas, das als Arbeit gilt, auch Spiel sein kann. Und das öffnet seinen Blick und Mut für die Suche nach konkreten Alternativen. Bestandteil dieser Wirklichkeitstransformation ist offenbar eine Bedeutungsänderung in den Prädikaten 'arbeiten', 'Zaun streichen', 'spielen'. Etwas allgemeiner betrachtet, besteht also der Vorgang darin, dass eine Bestimmung irrt und die Negation solange festgehalten wird, bis sich in ihr der Rahmen zeigt, dessen Unbewusstheit die Widersprüchlichkeit, – hier das Problem zu beginnen – ausmacht. Das Bewusstwerden des Rahmens löst die Festigkeit auf, die Bestimmung erweist sich als nur mögliche Bestimmung, ihre Negation steht nicht mehr im Widerspruch zu ihr, womit das Problem nicht mehr notwendig ist."[835] In den meisten Situationen des Rechtsstreits werden natürlich mehr Rahmen verknüpft sein als in der vorliegenden Geschichte. Aber das Beispiel zeigt doch, dass man die Möglichkeit einer Aufhebung von Rahmungen nicht ausschließen kann.

Zwar ist die Semantik der inkommensurablen Sprachspiele getrennt, weil sie auf unterschiedlichen Leitunterscheidungen beruhen. Aber gemeinsam ist ihnen der Streit um die Zeichenkette. Für das Prozessieren des Rechts bedeutet dies: Zwar lesen unterschiedliche Parteien, Beobachter, Verfahrensbeteiligte die Gesetze verschieden. Aber immerhin beziehen sie die Texte auf einen gemeinsamen Konflikt. An der Gemeinsamkeit des Streits lässt sich arbeiten. Diese Arbeit muss sich als zeitlicher Vorgang in einem Verfahren vollziehen. Eine bloße Erkenntnis könnte keine Gemeinsamkeiten zutage fördern. Epistemische Evidenz gemeinsamer Grundlagen scheitert an der Getrenntheit der System. In Wirtschaft und Kunst, in Politik und Wissenschaft verwendet man zwar manchmal dieselben Worte, aber ihr Sinn unterliegt einer jeweils verschiedenen Codierung. Deswegen kann man im Wege der Erkenntnis nur Verschiedenheit entdecken. Gemeinsamkeiten müssen demgegenüber erfunden werden. Evidenzen lassen sich nicht auffinden, sie müssen in einer gemeinsamen sozialen Interaktion geschaffen werden. Gute Rechtsprechung kann den Zusammenprall unterschiedlicher Teilsysteme kultivieren, indem sie beide in einer sozialen Interaktion hält und an die Stelle epistemischer Evidenzen die Herstellung gemeinsamer Evidenzen im Verfahren setzt. Von der wissenschaftlichen Theorie wird

[835] *Harald Wohlrapp*, Überlegungen zu einer möglichen Lösung des Problems inkommensurabler Welten mit Hilfe des Konzepts und der Bewegung des Begriffes, in: Hegel-Jahrbuch 1981/82, S. 314 ff. (320).

diese Leistung der Gerichte allerdings noch nicht verstanden. Das Verfahren und damit die Verkörperung von Recht ist für die herkömmliche Rechtstheorie nur ein dienendes Instrument. Die Argumentation der Beteiligten und der Verlauf des Verfahrens gelten als defizitäre und nachträgliche Verkörperungen der Gerechtigkeit, die von ihrer Anwendung vollkommen unberührt bleibt.

Erst wenn man Werte durch Verfahren und Abwägung durch Argumentation ersetzt, kann man die Komplexität dieses praktischen Prozesses langsam in den Blick bringen. Gegenüber dem Inhalt der Rechtsidee ist das Verfahren ein neutrales Mittel der Rechtsfindung. Es kostet Zeit und Geld und wird häufig kritisiert, weil es sich gegenüber dem Erkenntniszweck verselbstständigt. Aber wie jeder Diener ist es eben schwer entbehrlich. "Die juristische Diskussion um die Nebenfolgen des Verfahrens konzentrierte sich lange auf die negativen Aspekte. Erst in neuerer Zeit werden zunehmend auch positive Funktionen des Verfahrens diskutiert. Den Anstoß dazu gaben Soziologen und Psychologen. Unter der Überschrift 'Procedural Justice' haben sie darauf aufmerksam gemacht, dass das Verfahren mehr leistet als ein Instrument zur Suche nach Wahrheit und Recht, indem es unabhängig von seinem Ergebnis dazu beiträgt, die Akzeptanz der Entscheidung bei den Betroffenen zu verbessern, und darüber hinaus teilweise sogar materielle Gerechtigkeit zu ersetzen vermag."[836] Hier ist eine produktive Rolle des Verfahrens schon angedeutet. Das Verfahren ist keine didaktische Inszenierung für eine vorher schon feststehende Erkenntnis. Es produziert Neues.

In der monologischen Beziehung zwischen Richter und Gesetzestext gibt es keine Instanz, welche dem Richter die zu treffende Entscheidung als Erkenntnis vorgeben könnte. Die Struktur mit ihren beiden Polen Bewusstsein und Text ist, gemessen am Entscheidungsproblem, unterkomplex. Der Richter trifft seine Entscheidung nicht im luftleeren Raum allein mit dem Text. Es geht vielmehr ein streitiges Verfahren voraus, in welchem die Parteien sich bemühen, Argumente für die ihnen günstige Lesart des Gesetzestextes beizubringen. Diese Argumente hat der Richter zur Kenntnis zu nehmen, zu würdigen und der auf dem jeweiligen Stand der Kunst besseren Argumentation Vorrang einzuräumen. Die Entscheidung vollzieht sich daher nicht im monologischen Rahmen eines Bewusstseins, sondern im sozialen Raum eines diskursiven Verfahrens.[837]

[836] *Klaus Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2001, S. 506 f.

[837] Der Begriff Diskurs wird hier in einem undramatischen Sinn als gemeinsames Sprechen, das heißt als Kommunikationszusammenhang verstanden. Vgl. zu seinen verschiedenen, darüber hinausgehenden Möglichkeiten einer Aufladung *Gralf-Peter Calliess*, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, S. 142: "Während Habermas den Begriff Diskurs ursprünglich in Abgrenzung vom Begriff des kommunikativen oder strategischen Handelns als eine handlungsentlastete mündliche Diskussion in einer idealen Sprechsituation bestimmte (Leitbild: Universitätsseminar), verbindet der Diskurs der politischen Normbegründung später subjektlos und dezentriert die Zivilgesellschaft mit Recht und Politik (Leitbild: Vernetzung unterschiedlicher Arenen und Foren) und erhält damit einen systemtheoretischen Einschlag. Bei Alexy ist der Diskursbegriff hingegen von Anfang an realitätsnäher als diskursive Auseinandersetzung mit sämtlichen in der (rechts-) wissenschaftlichen Diskussion vorgetragenen Argumenten bestimmt (Leitbild: richterliche Urteilsbegründung). Demgegenüber ist der von Teubner im Anschluss an Luhmanns Begriff der Kommunikation verwendete Diskursbegriff

Die Bedeutungsproblematik zwingt damit die Theorie dazu, den "bewusstseinsphilosophischen Rahmen" zu verlassen und das Problem richterlicher Entscheidung im diskursiven Rahmen praktischer Argumentationsprozesse neu zu stellen. In diese sind die Gesetze nur der Einstieg für ein streitiges Verfahren und dieses mündet in eine richterliche Begründung, welche die vorgebrachten Argumente verarbeitet. Im Medium Buch findet man nicht die Entscheidung des Falls, sondern ein weiteres Medium: die gesprochene Sprache des Verfahrens. Und auch in dieser gesprochenen Sprache sieht man schon den Vorgriff auf ein weiteres Medium: die vom Richter zu schreibende Urteilsbegründung. Wenn im Verfahren unterschiedliche soziale Logiken kollidieren, kann diese Begründung kein fertiges Ganzes darüber stülpen. Vielmehr zwingt das Recht die Parteien in einen diskursiven Vorgang zur Neurahmung ihres Konfliktes, der dann gänzlich nach Rechtskriterien zu entscheiden ist. Recht oktroyiert somit keine fertige Lösung, sondern veranlasst zur Reflexion. Innerhalb dieses Vorgangs wird der Holismus praktisch moderiert.

3. Das Recht als Reflexionszwang

In welchem Verhältnis zum Verfahren steht die gerichtliche Entscheidung? Ist das Urteil ein für die Stabilisierung des Rechtssystems unverzichtbarer Haltepunkt durch Entscheidung? Zwingt es also den streitenden Parteien einen bestimmten Inhalt gewaltsam auf? Das wäre eine dezisionistische Lesart. Oder ist es ein für die Dynamik des Systems nötiger Aufschub der grundsätzlichen Unentscheidbarkeit? Zwingt es die Parteien in eine soziale Interaktion und damit zur reflexiven Entwicklung einer eigenen Lösung? Das wäre eine eher dekonstruktive Lesart. Anders formuliert: Wenn nach Luhmanns entschiedener Kritik des alteuropäischen Rechtsdenkens jede objektive Grundlage für die richterliche Entscheidung als Erkenntnis wegfällt, was bleibt dann übrig?

a. Was ist eine Entscheidung? Im herkömmlichen Rechtsdenken gibt es für das Verständnis richterlicher Entscheidungen zwei Vorschläge: Einerseits wird das Urteil als Erkenntnis stilisiert, dessen Inhalt aus den Rechtsquellen abzuleiten ist.[838] Die andere, von u.a. Carl Schmitt der juristischen Elite

weiter, da auf einen schon im Begriff enthaltenen Rationalitätsanspruch zugunsten der aus Sicht der Handelnden zufälligen Selbstreproduktion von Kommunikation verzichtet wird (Leitbild: Surfen im Internet)." Vgl. im Übrigen auch *Gunther Teubner*, Die Episteme des Rechts, in: *Dieter Grimm* (Hrg.), Wachsende Staatsaufgaben, Frankfurt am Main 1990, S. 115 ff., zum Diskursverständnis bei Habermas, Foucault und Luhmann.

[838]Das Abschieben von Verantwortung auf die Gesetze fällt dem Richter im Rahmen dieses Rechtsquellenmodells leichter. Dass dies durch Annahmen über die Psychologie von Richtern gestützt werden kann, zeigt die Untersuchung von *Jeanette Schmid/ Thomas Drosdeck/Detlef Koch*, Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt, Baden-Baden 1997, S. 7 ff., 24 f. Grundlegend dazu auch *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, einerseits S. 21 ff. (Der abhängige Richter), andererseits S. 68 ff. (Der ungebundene Richter); zum Problem der Neigung von Richtern, Verantwortung auf das Gesetz abzuschieben, vgl. ebd., S. 95 ff. Die klassische Formulierung der Rechtsquellentheorie findet sich natürlich für die deutsche Tradition bei *Karl Larenz/Claus Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995 sowie *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre

vorbehaltene Alternative entscheidet sich dafür, die Entscheidung als Willensakt zu konzipieren, dessen Inhaltsbestimmung normativ einer *creatio ex nihilo* entspricht.[839] In diesem Sinne bedeutet bspw. für Schmitt die *auctoritas interpositio*: „Es ist in der Eigenart des Normativen begründet und ergibt sich daraus, dass ein konkretes Faktum konkret beurteilt werden muss, obwohl als Maßstab der Beurteilung nur ein rechtliches Prinzip in seiner generellen Allgemeinheit gegeben ist. So liegt jedes Mal eine Transformation vor [...] In jeder Umformung liegt eine *auctoritas interpositio* [...] es liegt in der Idee der Entscheidung, dass es gar keine absolut deklaratorischen Entscheidungen geben kann. Von dem Inhalt der zugrundeliegenden Norm aus betrachtet ist jenes konstitutive, spezifische Entscheidungsmoment etwas Neues und Fremdes. Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus dem Nichts geboren."[840]

Heute schlägt man meist einen Kompromiss zwischen der richterlichen Erkenntnis und dem richterlichen Willen vor.[841] Das trifft sich hinsichtlich der Texte, die die klassische Staatslehre hervorgebracht hat, am ehesten noch mit der Vorstellung Hermann Hellers, der die *interpositio auctoritatis* als eine Antwort auf die Beobachtung beschreibt, „dass die vermeintliche Bestimmtheit, Vollständigkeit und Untrüglichkeit des Gesetzesrechts nur innerhalb sehr enger Grenzen existiert."[842] „Wir wissen", so begründet Heller seine Kompromisslinie, „dass jede Konkretisierung des Gesetzes durch den Richter und Verwaltungsbeamten eine folgenreiche *interpositio auctoritatis* bedeutet. Mit der individuell und sozial bedingten Persönlichkeitsentscheidung des betreffenden Organs strömt trotz aller Bindung an das Gesetz in den Rahmen dieses Gesetzes ein vom Gesetzgeber nicht zu rationalisierendes Element ein, das die theoretische Umdeutung der soziologischen Staatshierarchie in eine logische ausschließt."[843]

Heller wählt also nicht den Weg der *creatio ex nihilo* wie sein Antipode Schmitt, sondern hält deutlich an der Gesetzesbindung fest, wenngleich er das willenhafte Moment in der „Persönlichkeitsentscheidung" bewusst macht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Linie in der Soraya-Entscheidung grundsätzlich angeschlossen und festgehalten: "Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es ins-

---

und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991.

[839] Natürlich bezieht sich Carl Schmitt auf eine ganze Tradition, die er in seinem Buch 'Gesetz und Urteil' (*Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Berlin 1912) nur fortsetzt. Vgl. zu dieser von Hobbes her zu strukturierenden Traditionslinie *Jakob Barion*, Macht und Ethos im Recht, in: Philosophisches Jahrbuch 1949, S. 191 ff.; generell zum Argumentationsmuster dezisionistsicher Theorien: *Eckard Bolsinger*, Was ist Dezisionismus? Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie, Politische Vierteljahresschrift 1998, S. 471 ff. Zur Einschätzung der methodischen Seite der Argumentation von Schmitt vgl. *Nikolaus Forgó*, Die Pathogenese einer Methodologie, in: Juridikum 1995, S. 30 ff.

[840] *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 3. Aufl. Berlin 1979, S. 41 f., Hervorhebung durch die Verf.

[841] Vgl. dazu aus der Einführungs- und Überblicksliteratur beispielsweise *Kurt Seelmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 2001, S. 100, Rn. 15 sowie S. 102 ff.; *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, S. 456 ff. sowie jüngstens *Anusheh Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004, S. 41 ff.

[842] *Hermann Heller*, Der Begriff des Gesetzes (1928), in: *ders.*, Gesammelte Schriften 2. Recht, Staat, Macht, 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 225.

[843] *Heller*, ebd., S. 225 (Hervorhebung im Original).

besondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt der bewertenden Erkenntnis, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muss sich dabei von Willkür frei halten".[844] Das Gericht folgt damit nicht einfach dem Neo-Voluntarismus in der Tradition Carl Schmitts.[845] Zwar sieht es den Moment der Willenhaftigkeit im Entscheiden, fordert aber einen willkürfreien Willen des Entscheiders. Wie beim Paradoxon der natürlichen Rechte[846] und dem der gebundenen Souveränität[847] hat man sofort das Gefühl, dass hier die rechtliche Welt nicht ganz aufgeht, dass sich die verwendeten aktiven und passiven Metaphern gegenseitig dementieren; mit anderen Worten, dass dieser Kompromiss zwischen Erkenntnis und Wille alles andere als klar ist.[848]

Diesen Zweifel bestätigt auch die Analyse des Gesamttextes. Das Gericht geht vom Wortlaut der Gesetze aus, und sagt, dass dieser häufig nicht als Entscheidungsgrundlage ausreiche. Dem würde auch Luhmann nicht widersprechen, der den Wortlaut nicht für den großen Behälter kleiner Entscheidungen hält: "Die Schriftform des Textes garantiert nicht unbedingt Grenzen der Kühnheit des Interpretierens, wohl aber die Einheit des sozialen Zusammenhangs einer kommunikativen Episode. Sie konstituiert ein soziales Medium für das Gewinnen neuer Formen, nämlich guter Gründe für eine bestimmte Auslegung des Textes."[849] Als Ableitungsinstanz ist der Wortlaut damit zwar überfordert. Aber als Fokus des Verfahrens führt er in die Argumentation und den Streit um die Validierung von Lesarten. Diesen Weg in die Argumentation will die herkömmliche Lehre und auch das Bundesverfassungsgericht in der Soraya-Entscheidung aber nicht gehen. Man bleibt bei Erkenntnis und richterlichem Willen. Wenn der Normtext als Ableitungsinstanz versagt, müssen in der Regel als weitere Instanz für die Erkenntnis die Prinzipien einspringen. Doch diese Flucht aus der Argumentation in die Erkenntnis ist versperrt: Die Vertreter der herkömmlichen Lehre „wollen die Schwierigkeiten nicht sehen, in die sie selbst geraten, wenn es darum geht, die Prinzipien, die sie aus der Systempraxis abstrahieren, zu respezifizieren. Dann versagt nämlich die reductio ad unum, und man endet bei mehreren Prinzipien, bei einer Vielzahl von konfligierenden guten Gründen und Werten und muss [...] opportunistisch verfahren."[850] Die Zweifelhaftigkeit dieser Vorgehensweise wird deutlich, wenn das Bundesverfassungsgericht von

[844] BVerfGE 34, S. 269 ff. (293), diese Formel der so genannten Soraya-Entscheidung ist inzwischen in der juristischen Diskussion ein *locus classicus*, vgl. *Anusheh Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004, S. 42.

[845] Hierzu: *Rudolf Wiethölter*, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1968, S. 56.

[846] *Niklas Luhmann*, Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 6, Opladen 1995, S. 229 ff.

[847] *Andreas Fischer-Lescano*, Die Emergenz der Globalverfassung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 717 ff.

[848] Siehe auch *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, Auslegungsparadoxien. Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation, Rechtstheorie 36 (2005), S. 143 ff.

[849] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 364.

[850] *Luhmann*, ebd., S. 522.

der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen spricht. Denn ist die Rechtsordnung wirklich ein Sinnganzes? Beweist nicht die ständige Notwendigkeit, widersprüchliche Normtexte im Wege der systematischen Auslegung[851] zu einem Ausgleich zu bringen, in jeder wirklichen Entscheidung das Gegenteil? Und selbst wenn die Rechtsordnung ein Sinnganzes wäre, wie könnte der Richter sie "ans Licht bringen" und daraus sogar Anforderungen für die Entscheidung eines konkreten Falles ableiten? Nur weil das Verfassungsgericht diese Fragen nicht stellt, kann es so tun, als sei das Ganze der Rechtsordnung für die einzelne richterliche Entscheidung verfügbar. Unfreiwillig geben solche gerichtlichen Formulierungen jedoch zu, dass sie mit partikulären Vorstellungen den Platz des Ganzen besetzen wollen. Die Schwierigkeiten eines solchen Verfügungsversuchs über das Ganze werden offensichtlich, wenn das Gericht von den Maßstäben der praktischen Vernunft und den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft im Plural spricht. Weder die praktische Vernunft noch die Gerechtigkeitsvorstellung sind in einer pluralistischen Gesellschaft hinreichend homogen, um zu garantieren, dass sich ihre Bezeichnungen gegen einen einzigen Sinn austauschen lassen: "In der alteuropäischen Tradition wird diese Norm als Sozialharmonie begriffen und auf die Gesellschaft im Ganzen bezogen, die dann ihrerseits als rechtlich geordnetes Zusammenleben begriffen wird. Das hat zu keinen konkretisierbaren Direktiven geführt, schon weil die Prämisse einer rechtlich konstituierten Gesellschaft unrealistisch ist. Aber auch wenn man die Norm der Gerechtigkeit auf ein ausdifferenziertes Rechtssystem zuschneidet, bleibt ihre Respezifikation unbestimmt."[852] Wenn aber die Gerechtigkeit sich im Prozedieren des Rechts verändert, ihre ruhige Identität gegen eine Vielheit von Bedeutungserklärungen austauscht, dann beginnt das ganze scheinbar feste und geschlossene System der Rechtsquellenhierarchie zu gleiten. Die Rechtsidee oder der Gedanke der Gerechtigkeit können den Konflikt der gegenläufigen Prinzipien nicht entscheiden. Die vom alteuropäischen Rechtsdenken vorausgesetzte objektive Erkenntnisgrundlage für die richterliche Entscheidung ist nicht verfügbar.

Luhmann behandelt daher die ehrwürdige Hierarchie der Rechtsquellen als bloße Metapher.[853] Er legt damit das, was Ingeborg Maus gegenüber Carl Schmitt als Vorwurf erhebt, d.h. sein Oszillieren zwischen Dezisionismus und Substantialität, zwischen rechtlicher Entscheidung *ex nihilo* und konkretem Ordnungsdenken,[854] zwischen Thomas Hobbes und Donoso Cortes,[855] offen: "Der Begriff der Positivität legt eine Erläuterung durch den Begriff der Entscheidung nahe. Positives Recht gelte qua Entscheidung. Das führt auf den Vorwurf des 'Dezisionismus' im Sinne einer willkürlichen, nur von Durchsetzungsmacht abhängigen Entscheidungsmöglichkeit. Das aber führt in eine Sackgasse, da schließlich

[851] *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979, S. 190 f.
[852] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 217.
[853] *Luhmann*, ebd., 1993, S. 100.
[854] *Ingeborg Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, München 1976, S. 19 ff.
[855] *Günter Meuter*, Der Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit, Berlin 1994, S. 135 ff.

jedermann weiß, dass im Recht nie und nimmer beliebig entschieden werden kann. Irgendetwas ist bei diesem Räsonnement also schiefgelaufen".[856]

In der Alternativität und den Verknüpfungsversuchen von Rechtsquellenlehre und Dezisionismus liegt hiermit ein grundlegendes Problem.[857] Die herkömmliche Lehre von den Rechtsquellen sieht den Richter als Diener des Rechts. In seinem Urteil spricht er nur aus, was in die Hierarchie der Rechtsquellen bereits vorgegeben ist. In jedem praktischen Fall muss der Richter die Rolle der Rechtsquelle als Quasi-Subjekt übernehmen. Der Diener souffliert den Herrn. Es ist eine Doppelrolle. Im Verfahren muss sich der Richter zum Herren über den Inhalt des Rechts machen, um seine Verständnisweise des Gesetzestextes gegen andere durchzusetzen, ohne selbst Verantwortung zu übernehmen. Die Unterworfenheit unter die Rechtsquelle ist die Fassade, hinter der sich der Übergang zur willkürlichen Entscheidung vollziehen kann. Die Rechtsquellenlehre liefert damit die Selbstdarstellung nach außen gegenüber anderen sozialen Systemen und insbesondere die Rechtfertigung gegen Kritik. Aber mit dem Dezisionismus gibt es eine zweite Variante juristischer Selbstreflexion.[858] Danach ist die Subsumtion unter das Gesetz nicht mehr Schluss und Ziel der Entscheidungsgründe: "In jeder Entscheidung, selbst in der eines tatbestandsmäßig subsumierenden prozeßentscheidenden Gerichtes liegt ein Element reiner Entscheidung, das nicht aus dem Inhalt der Norm abgeleitet werden kann. Ich habe das als 'Dezisionismus' bezeichnet [...] Der Sinn ist nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels."[859] Allein der Richter entscheidet, was Recht ist. Es handelt sich um eine eher nach innen zu den Fachkollegen als nach außen zu den Laien gewendete Form des juristischen Bewusstseins. Die Rechtspraxis versucht, wie die Betrachtung der Soraya-Entscheidung zeigt, diese Alternativität zu versöhnen und stellt auf den willkürfreie Willen des Entscheiders ab. Sie ergänzt die jeweilige *altera pars* nach dem Muster einer klassischen Zweierbeziehung: Die Rechtsquellenlehre liefert nach außen hin die soziale Legitimation, während der Dezisionismus die Entscheidungen trifft. Der Dezisionismus liegt im Schatten der Rechtsquellenhierarchie und liefert alle Antworten, zu denen diese Instanzen gerade nicht in der Lage sind.

Das Auseinanderfallen des alteuropäischen Rechtsdenkens in Gegensätze und der Versuch, die *unitas oppositorum* in die Form der willentlichen und zugleich willkürfreien Entscheidung zu gießen, verweisen darauf, dass das Recht der Moderne in Anspruch und Wirklichkeit von einem Widerstreit zwischen Gesetzesbindung und Entscheidungsfreiheit durchzogen ist, den es immer wieder nur als Praxis abarbeiten kann, über dem es seinem Begriff nach nie zur Ruhe kommt und der seinen tiefen Grund darin hat, dass die rechtliche Selbstbeschrei-

[856] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 38 f.
[857] *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 118 ff.
[858] *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997, S. 28.
[859] *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Aufl. Berlin 1996, S. 46.

bung nicht in letzter Instanz von einer, auf welchem Weg auch immer bestimmbaren Gesellschaftsstruktur determinierbar ist, von einem Außen, das es zu repräsentieren gelte. Rechtliche Selbstbeschreibungen bezeichnen nicht einfach, in welchen Operationen auf welche Weise das Geltungssymbol des Rechts transformiert wird, sondern sind gleichzeitig selbst und unmittelbar an der Konstitution des Rechts-Mediums beteiligt. Urs Stäheli folgert darum zu recht, dass diese beständige Neukonstitution zum einen auf die Notwendigkeit einer genealogischen Analyse von symbolisch generalisierten Medien verweist und zum anderen eine Analyse der permanenten Purifizierungsstrategien erfordert; von Strategien also, die angewandt werden müssen, um die Funktionalität des Mediums zu gewährleisten.[860] Für Theorie und Praxis juristischen Entscheidens heißt das: Die Grenzfrage über Innen und Außen des Funktionssystems Recht, über Recht und Nicht-Recht, verschiebt sich auf Auseinandersetzungen um die Artikulation des Rechts-Mediums und um die Bestimmung dessen, was überhaupt als Entscheidung zu gelten hat:[861] Die Relevanz einer derartigen Analyse des symbolisch generalisierten Mediums „Recht“ erweist sich gerade daran, dass die Aufdeckung der Lückenhaftigkeit der Selbstreferenz des Rechts, der mangelnde Ableitungszusammenhang von Rechtsentscheidungen aus Rechtsnormen, zu einer steten Verschiebung im Recht führt. Denn der Abstraktionsprozess, auf dem das Rechtsmedium beruht, trägt schon immer den Keim einer letztlich unmöglichen Selbst-Repräsentation des Rechts im Recht. Alle Prozesse und Versuche, den Rechtsbetrieb für die Alltagstauglichkeit zu normalisieren, sind darum letztlich Versuche, die Paradoxie des Systems zu entparadoxieren. Der Realwiderspruch des Rechts besteht darin, dass weder ein präexistentes Rechtssystem ein gesellschaftliches Außen repräsentiert noch ein präkonstituiertes gesellschaftliches Signifikat für das, was rechtens ist, existiert. Gesellschaftsstruktur und Rechtssemantik sind dadurch in einem zirkulären Prozess miteinander verknüpft. Der Begriff der *interpositio auctoritatis* verweist genau darauf. Aber auch das Dazwischenschalten dieser Autorität, kann den infiniten Regress auf die Frage, ob es Recht ist, dass Rechtsentscheidungen in willentlicher Willkürfreiheit zu treffen sind, nicht abschneiden, zumal gerade die Alternativität der Positionen Carl Schmitts und Hermann Hellers manifestiert, dass die Strategien zum Umgang mit der Entscheidungsbedürftigkeit des Rechts einer Entscheidung bedürfen.

b. Das Paradox der Entscheidung Es ist die rechtliche Gründungsparadoxie, die als Anwendungsparadoxie in den Entscheidungssituationen auftaucht und die es bestenfalls als Truismus erscheinen lässt, wenn Entscheidungstheorien das, was der Jurist in der entscheidenden Situation zu tun hat, schlicht als eine Wahl zwischen den im Verfahren vorgetragenen Rechtspositionen nach der Maßgabe einer Gesetzesnorm betrachten. Denn in Alternative können sich die im Verfahren vorgetragenen Rechtspositionen nur gegenüber stehen, wenn sie gle-

[860] *Urs Stäheli*, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, Weilerswist 2000, S. 184 ff.

[861] So in abstrakter Form: *Urs Stäheli*, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, 2000, S. 184 ff.

ichermaßen als Recht in Betracht kommen. Genau dieses Moment macht auch die Notwendigkeit aus, dass sich die beiden Positionen aneinander abarbeiten. Das heißt, die Prozessparteien versuchen, durch Argumente den Anspruch der Gegenpartei auf das Recht zu entziehen. Inwiefern ist aber dann noch Entscheidung notwendig? Offenbar deshalb, weil sie zum einen überhaupt als Recht zur Wahl stehen. Das macht die erste Dimension ihrer Alternativität aus. Und zugleich deshalb, weil nur eine von ihnen den Anspruch auf Recht nicht nur erheben, sondern tatsächlich auch vollziehen und verkörpern kann. Das macht die zweite Dimension ihrer Alternativität aus. Auf einen schlichten Nenner gebracht, dreht sich also die Apostrophierung der Entscheidung als Wahl um den Zirkel, sagen zu müssen, dass die widerstreitenden Positionen deshalb zur Wahl stehen, weil die Wahl nur auf eine von ihnen fallen kann, also weil sie zur Wahl stehen. Diese Tautologie deutet an, dass hier ein elementares Problem liegt; etwas, was nicht so ohne weiteres aufgelöst werden kann, um der Entscheidung von vornherein ihre Spur zu weisen; etwas, das nichts anderes ist, als die Entscheidung zu treffen, damit es sich um eine Entscheidung handelt. Es lauert hier ein Paradox, das sich mit Luhmann abstrakt anzeichnen lässt: „Manchmal wird die Mehrheit der Möglichkeiten als Alternative bezeichnet, manchmal nur jeweils eine Version aus der Menge der nicht gleichzeitig realisierbaren Möglichkeiten; und oft bleibt unklar, welche dieser beiden einander ausschließenden Bedeutungen gemeint ist. Diese Ambivalenz des Sprachgebrauchs scheint ein Indikator dafür zu sein, dass man es mit einer Paradoxie zu tun hat“.[862] Für das Recht stellt sich dann die ernste Frage, ob diese Situation anders aufgelöst werden kann als durch schiere Dezision.

„Die Paradoxie des Entscheidens“ lässt sich dabei zunächst einmal nach dem Vorbild derjenigen der Beobachtung modellieren.[863] Analog des Beobachterparadoxes sind Entscheidungsparadoxien unentscheidbar, weil jede Entscheidung ihr Gegenteil enthält.[864] Luhmann nimmt hierbei wiederholt auf den Formenkalkül von George Spencer Brown[865] Bezug, um zu markieren, dass von einer Ent-Scheidung nur dann die Rede sein könne, wenn noch etwas von einander zu scheiden sei, wenn es also nicht um mehr oder weniger langwieriges Errechnen gehe sondern um die kontingente Wahl zwischen Alternativen.[866] Mit Heinz von Foerster sagt er: „Only *those* questions that are in principle undecidable, *we* can decide.”[867] Die Entscheidung selbst lässt sich also gerade aufgrund der Voraussetzung, getroffen werden zu können und zu müssen, nicht erfassen. Ähnliches ist schon bei ihrer Charakterisierung als Alternative spürbar. Indem diese

[862] *Niklas Luhmann*, Organisation und Entscheidung, Opladen/ Wiesbaden 2000, S. 124.
[863] *Luhmann*, ebd., S. 123 ff.
[864] *Luhmann*, ebd., S. 131.
[865] *George Spencer Brown*, Laws of Form, Neudruck New York 1979.
[866] *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie der Form, in: *Dirk Baecker* (Hrg.), Kalkül der Form. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993, S. 197 ff.; *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff. (289).
[867] *Heinz von Foerster*, Ethics and Second-order Cybernetics, Cybernetics & Human Knowing 1 (1992), 9 ff. (14), zit. bei *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff. (S. 289), Hervorhebung im Original.

Alternativität zugleich auf das gleichermaßen Mögliche, also von der Entscheidung Betroffene, d.i. das „Eingeschlossene“, und auf den von der Entscheidung getroffenen „Ausschluss“ verweist. Solche Alternativen sind genau die Unterscheidungen, die sich der Entscheidung als Beobachtung verdanken: „Die Form ‚Alternative' ist also diejenige Form, die eine Beobachtung zu einer Entscheidung macht. Die Entscheidung bezeichnet diejenige Seite der Alternative, die sie präferriert.“[868] So weit, so gut. Aber das Problem wird virulent mit der Frage, „wie denn die Entscheidung sich zu der Alternative verhält, innerhalb derer sie eine der Möglichkeiten zu bezeichnen hat.“[869] Denn die Antwort kann nur lauten, „dass die Entscheidung selbst in der Alternative gar nicht vorkommt. Die Entscheidung ist nicht etwa eine der Möglichkeiten, die man wählen kann [...]. Aber ohne Alternative gäbe es auch keine Entscheidung; nur die Alternative macht die Entscheidung zur Entscheidung. Also scheint die Entscheidung das eingeschlossene ausgeschlossene Dritte zu sein; oder das Beobachten, das die Unterscheidung verwendet, sich aber bei diesem Vollzug nicht selber bezeichnen kann“.[870] Mit anderen Worten, ganz so wie sich die Beobachtung nicht beobachten kann, kann die Entscheidung sich nicht entscheiden. Und hier droht sich nun jener Abgrund aufzutun, über den im Fall des Rechts nach Carl Schmitt nur der dezisionistische Sprung helfen kann.

Die Modellierung des Urteils als Rechtsanwendung vermag über diesen Abgrund nicht hinweg zu helfen. Das war die vergebliche Mühe des Positivismus, die an der Unvollständigkeit des Ableitungszusammenhangs der Rechtsordnung im ganzen und auch daran scheitern musste, dass sich der Jurist als Entscheider unsichtbar machen muss, damit sich die Entscheidung als Rechtsanwendung vollziehen kann, dass aber selbst in diesem Prozess, wie Luhmann mit Jacques Derrida sagt, der Entscheider stets „trace[s] de l'effacement de la trace“[871], Spuren des Verwischens seiner Spuren, hinterlässt, durch die das Urteil ihm zugerechnet werden kann.[872] In der klassischen Konzeption darf es aber gerade nicht seine Entscheidung sein. Der Richter darf sie allenfalls vollziehen, weil sie sonst seine Entscheidung über Recht und nicht die Entscheidung des Rechts wäre. Allenfalls ist der Entscheider also, wie Luhmann mit Verweis auf Michel Serres[873] konstatiert, „der Parasit seines Entscheidens. Er profitiert davon, dass der Entscheidung eine Alternative zu Grunde liegt. Die Entscheidung vergeht, er bleibt. Die Entscheidung kann allenfalls noch Thema weiterer Kommunikation sein, den Entscheider kann man fragen (und damit anerkennen).“[874] Hier deutet sich nun auch der Weg nicht einer Auflösung des Entscheidungsparadoxes an, wohl aber seiner Bearbeitung im Sinne der Rationalität von Recht: „Die Entscheidung muss über sich selbst, aber dann auch noch über die Alterna-

[868] *Niklas Luhmann*, Organisation und Entscheidung, Opladen/ Wiesbaden 2000, S. 131 f.
[869] *Luhmann*, ebd., S. 133.
[870] *Luhmann*, ebd., S. 134.
[871] *Jacques Derrida*, Marges de la Philosophie, Paris 1972, S. 76 f.
[872] *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff. (S. 290); siehe auch: *ders.*, Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, S. 379.
[873] Siehe *Michel Serres*, Der Parasit, Frankfurt am Main 1987.
[874] *Niklas Luhmann*, Organisation und Entscheidung, Opladen/ Wiesbaden 2000, S. 134.

tive informieren, also über das Paradox, dass die Alternative eine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung) und zugleich keine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung).“[875] Mit der Befragung des Entscheiders als „re-entry“, mit einer Beobachtung, die ihn unterscheidet auf die Frage hin, ob seine Entscheidung von Recht zu Recht oder Unrecht besteht, kann der kommunikative Zug des Entscheidens zum Tragen gebracht werden. Und zwar in den beiden Richtungen des Vorher und Nachher. Zurückbefragen lässt sich die Entscheidung als Thematisierung ihrer Begründung. Voranbefragen lässt sie sich als Kritik. Denn „kommuniziert nicht jede Entscheidung auch die Kritik an sich selber, weil sie zugleich mitteilt, dass sie auch anders möglich gewesen wäre? Die Entscheidung muss, könnte man auch sagen, eine Meta-Information mitkommunizieren, die besagt, dass der Entscheider das Recht oder die Autorität oder gute Gründe hatte, so zu entscheiden, wie er entschieden hatte.“[876]

Hoffnungslos bleibt die Situation der Entscheidung also nur, wenn man sie aus der Zeit nimmt, wenn man sie nur für sich nimmt, anstatt sie in der Zeit und damit als kontingent zu sich kommen zu lassen. Schneidet man sie von dem Vorangegangenen ab, mit dem sie natürlich in einen neuen Zustand bricht, so bliebe in der Tat nichts anderes übrig als mit Thomas Wirtz zu konstatieren, „Argumentation besitzt für die Entscheidung selbst keinerlei Bedeutung und deckelt nur nachträglich das Begründungsloch.”[877] Demgegenüber macht aber Gunther Teubner zu Recht darauf aufmerksam, dass die „Aufdeckung des Irrationalen nicht etwa das dezisionistische Ende der Analyse ist, sondern erst ihr Anfang.“[878] Daraus ergibt sich, dass die Ansprüche an die Qualität der Begründungen im Angesichte ihrer Paradoxien gesteigert werden. „Oder anders: Das Irrationale der Entscheidung aufzudecken, bedeutet [...] nicht, die Gerechtigkeitsfrage zu suspendieren, sondern die Anforderungen an Gerechtigkeit zu intensivieren.“[879] Genau dies eben geschieht, wenn man das Paradox nicht verdunkelt mit dem Verweis auf die Faktizität, sondern es erneut aufreißt mit der Frage, warum die Entscheidung nicht anders oder gar gegenteilig getroffen wurde.

aa. Die dezisionistische Lesart des Paradoxes Doch ist eine Fokussierung dieser Frage für das Recht überhaupt möglich, ohne in eine infinite Regressschleife zu verfallen, die die Operativität zu lähmen drohte? Luhmann vertraut zunächst einmal auf die Kraft der Entscheidung beim Umgang des Rechts mit der Paradoxie. Er sieht aber, dass die Entscheidung diese Kraft nicht alleine hat. Denn als Entscheidung macht sie deutlich, dass auch anders entschieden werden könnte. Deswegen braucht sie die Begleitung

[875] *Luhmann*, ebd., S. 140.
[876] *Luhmann*, ebd., S. 141.
[877] *Thomas Wirtz*, Entscheidung. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: *Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann* (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 175 ff. (183).
[878] *Gunther Teubner*, Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différance, in: *Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann* (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 199 ff. (200).
[879] *Teubner*, ebd., S. 199 ff. (S. 200).

der Begründung. Diese stellt eine Zusatzsemantik dar und ist als Supplement der ideale Ansatzpunkt einer Dekonstruktion.[880] Luhmann konzediert daher, "dass Gründe etwas verschweigen müssen, und zwar ihre Redundanz. Sie verwenden Unterscheidungen mit ihrer bezeichneten, nicht mit ihrer unbezeichneten Seite. Was nicht bezeichnet wird, kann auch nicht benutzt werden. Als Verschwiegenes kann es nicht die Funktion eines Kriteriums übernehmen. Oder doch? Das führt auf die Frage, ob und wie das Verschwiegene zur Kritik, wenn nicht gar zur ‚Dekonstruktion' der juristischen Argumentation verwendet werden kann. Jedenfalls wohl nicht so, dass man sagt: ich weiß selbst nicht wie. Die Dekonstruktion führt nicht zur Rekonstruktion, sondern allenfalls nach der Regel ‚hit the bottom' zu einem Therapiebedarf. Man kann die Belehrung verweigern, bis man selbst hinreichend ratlos ist. Aber wer soll das Rechtssystem therapieren? Und wer übernimmt zwischenzeitlich die Funktion?"[881] Hier lässt er letztlich das Potential der Dekonstruktion ungenutzt. Es bewegt ihn dabei der Schrecken, dass man "sehr gut ohne Religion und vielleicht ohne Kunst leben" kann, "aber nicht ohne Recht und ohne Geld".[882] Luhmann fürchtet um die Stabilität der Wirtschaft und des Rechtssystems und vielleicht sind es ja tatsächlich seine biografisch bedingte,[883] "unterschwellige ordnungspolitische Phantasie"[884] und seine Fixierung auf die Ordnungsfunktion des Sozialen, die ihn hier in einen blinden Fleck treiben und ihn zu einem voreiligen Reflexionsstopp verleiten, dem Thomas Wirtz dezisionistische Züge nachzuweisen versucht hat: "Die Rechtsanwendung ist kategorisch vom Recht getrennt. Statt vorgeblich einer substantiellen Gerechtigkeit nachzuspüren, steht sie in der Zeit und damit unter Entscheidungszwang. Bestätigt wird nicht die Norm, sondern der Schein ihrer Geltung. Im Als-ob einer idealen Versöhnung finden individueller Fall und allgemeines Gesetz zusammen – während die Unberechenbarkeit auf diesem Wege im Gerichtsverfahren unsicht-

[880] Vgl. zum Sprachgebrauch "Zusatzsemantik oder Supplemente" *Niklas Luhmann*, Metamorphosen des Staates, in: ders. Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 107.

[881] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 370 f.

[882] *Niklas Luhmann*, Schwierigkeiten mit dem Aufhören, in: *ders.*, Archimedes und wir, Berlin 1987, S. 74 ff. (79).

[883] So beschreibt er in einem Radiointerview die Wahl seines Studiums unter Bezugnahme auf seine Erfahrungen als Kriegsgefangener: „Auf Jura bin ich eigentlich gekommen, weil ich das Gefühl hatte, das ist eine Möglichkeit Ordnung zu schaffen in dem Chaos, in dem man lebte, und diese vielen Verstöße gegen an sich geltendes Recht in der Gefangenschaft." (*Niklas Luhmann*, Radiogespräch mit Wolfgang Hagen, abgedruckt in: *Wolfgang Hagen* (Hrg.), Warum haben Sie keinen Fernseher, Herr Luhmann?, Berlin 2004, S. 13 ff. (17)). Am klassischen Adornozitat 'Chaos in die Ordnung bringen' schätzt wiederum Rudolf Wiethölter die paradoxe Grundbewegung (*Rudolf Wiethölter*, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?," in: *Gunther Teubner* (Hrg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1994, S. 89 ff. (107)).

[884] *Alex Demirovic*, Komplexität und Emanzipation, in: ders., Komplexität und Emanzipation, Münster 2001, S. 13 ff. (17); siehe auch *Cornelia Vismann/Albrecht Koschorke*, Vorwort, in: *dies.* (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann, Berlin 1999, 14, die meinen, also mitteilen: „Von hier aus, von der Erfahrung aus, dass es Unordnung gibt, ließe sich die Herkunft der Systemtheorie ableiten, Ordnung zu schaffen."

bar gemacht wird, tritt sie auf dem anderen ins grelle Licht der Zumutung. Denn wo erst gar keine Ordnung herrscht und die Norm nicht zur Normalität gefunden hat, muss eine Entscheidung beiden erst zur Existenz verhelfen. Die Entscheidung ist nicht abzuleiten, weil ihr überhaupt nichts vorausgeht. Sie ist dort, wo vorher Unordnung war. Beiden Zugängen (Schmitt und Luhmann) in die Entscheidung ist das Moment inhaltlicher Gleichgültigkeit gemein. In ihm bricht die Vorgeschichte des Urteils abrupt ab, das selbst wiederum mit seiner nachfolgenden Begründung nur rhetorisch verknüpft werden kann. Die Systemgeschichte des Gerichtsverfahrens ist zentriert um eine Zäsur; Fall, Urteil und seine Begründung begegnen einander in einer Leerstelle."[885]

Eine solche dezisionistische Lektüre der systemtheoretischen Entscheidungstheorie verkennt aber, dass Luhmann das Entscheiden gesellschaftlich kontextualisiert. Er schreckt nur vor der Radikalität seiner Analyse des Paradoxons im Ergebnis zurück.[886] Mit anderen Worten, ähnlich schon wie in der Konzeptionierung seines Weltrechtsmodells, das auf einen radikalen Transnationalismus verzichtet, um doch nur in alteuropäischer Tradition zu insistieren, dass Weltrecht bedeute, dass „Übersetzungsregeln von einer Rechtsordnung in andere",[887] d.h. internationale Privatrechtsordnungen, öffentlich-rechtliche Kollisionsregeln und ein völkerrechtliches Fremdenrecht, existieren, hat sein Zugang zur Rechtsentscheidung einen deutlich alteuropäischen Gestus. So sucht er, den Aufschub der Bedeutung durch die Kontexte und damit das Gleiten der Schrift nicht allein durch die richterliche Entscheidung ruhig zu stellen, sondern verlässt die Perspektive des Verhältnisses Rechtsanwender-Text: "Interpretiert wird nicht zur Selbsterleuchtung, sondern zur Verwendung in kommunikativen Zusammenhängen, wie immer selektiv dann Ergebnisse, Gründe, Argumente vorgetragen werden und wie immer die Sicherheit, weitere Argumente nachschieben zu können, zur Inanspruchnahme und Anerkennung von Autorität beiträgt."[888] Das Fixieren der Schrift geschieht nicht allein durch die Entscheidung, sondern wird ergänzt durch Argumentation und gute Gründe. Allerdings kann Luhmann nicht verleugnen, dass Gründe Texte erzeugen und Texte die Möglichkeiten erhöhen, Nein zu sagen. Im "Recht der Gesellschaft" sieht Luhmann für dieses Problem eine Lösung in der Stilisierung der Begründung. In der kontinental-europäischen Tradition wird die Begründung von ihm als richtige Exegese eines Textes postuliert und findet damit die Gestalt einer objektiven Erkenntnis. In der angelsächsischen Tradition werden Meinungsverschiedenheiten im Kollegium dagegen publiziert und damit offengelegt. Darin

[885] *Thomas Wirtz*, Entscheidung. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: *Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann* (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 175 ff. (182 f.).

[886] An der Stelle, wo Luhmann aus Furcht um die Stabilität des Rechts die Konsequenzen seiner eigenen Theorie abschneidet, wird seine dekonstruktive Selbstkorrektur ansetzen.

[887] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 573; zu diesem alteuropäischen Ansatz des Weltrechtstheoretikers: *Sonja Buckel*, Global Non-State. Ansätze für eine materialistische Theorie des globalen Rechts, in: *dies./Regina Dackweiler/Ronald Noppe* (Hrg.), Formen und Felder politischer Intervention. Zur Relevanz von Staat und Steuerung, Münster 2003, S. 50 ff.

[888] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 364.

sieht Luhmann aber kein Problem: "Allerdings darf der Unterschied, vor allem für die neuere Zeit, nicht überschätzt werden; und außerdem ist zu bedenken, dass auch die festgehaltene Einzelfallkontroverse keineswegs den gesamten Ausschließungseffekt einer gut begründeten Regel sichtbar macht."[889] Eine derartige Begründung der Notwendigkeit von Begründung steht Hermann Heller näher als Carl Schmitt. Die *interpositio auctoritatis* folgt in dieser alteuropäischen Konzeption der Logik einer Hypostasierung der Semantik, durch die dem guten Begründen als Teil des rechtlichen Verfahrens Legitimationskraft beigemessen wird.

So wie Schmitt das dezisionistische Modell geformt hat, ist hingegen nichts so überflüssig wie die Begründung. Rechtliche *auctoritas* verlieht nur die Dezision, entscheidend beim Entscheiden sind die Fragen „Quis judicabit? Oder Quis interpretabitur?“[890] Anders als noch in der Frühschrift 'Gesetz und Urteil', in der er die Funktion der Entscheidungsbegründung darin sah, dass diese eine 'Richtigkeitsüberprüfung' des Entschiedenen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtsbestimmtheit und nicht lediglich des Ergebnisses ermögliche,[891] verwirft Schmitt später deutlich den Gedanken, dass das Entscheiden etwas mit Begründung zu tun haben könnte.[892] Er verschiebt das Grundproblem des Rechts von der Kommunikation und den Anschlusszusammenhängen weg, hin zur rein formalen Frage nach der letzten Entscheidungsinstanz, in der bei ihm auch das Souveränitätsproblem selbst aufgeht, da Rechtsnormen letztlich nichts darüber auszusagen vermögen, wer das Entscheidungsmonopol innehabe.[893] Das rechtliche Formproblem – das Luhmann paradox konzipiert hatte, vor dessen Radikalisierung er dann aber im „Recht der Gesellschaft“ zunächst noch zurückgeschreckt war – wird von Schmitt daher zwar gesehen, aber in seiner Iterativität unterschätzt. „Bei der selbstständigen Bedeutung der Entscheidung“, so schreibt er, „hat das Subjekt der Entscheidung eine selbständige Bedeutung neben ihrem Inhalt. Es kommt für die Wirklichkeit des Rechtslebens darauf an, *wer* entscheidet. [...] In dem Gegensatz von Subjekt und Inhalt der Entscheidung und in der Eigenbedeutung des Subjekts liegt das Problem der juristischen Form.“[894]

Schmitts Dezisionismus lässt damit, man kann das durchaus als neukantianisch bezeichnen,[895] den individuellen Entscheider mit dem Text allein. Das Rechts-

[889] *Luhmann*, ebd., S. 370.

[890] *Carl Schmitt*, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes (1938), Berlin 1982, S. 174; *ders.*, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimer – Genf – Versailles, 1923-1939, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 50 und S. 206.

[891] *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 82 ff.

[892] Siehe nur *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922), 7. Aufl. Berlin 1996, S. 42 f.

[893] *Eckard Bolsinger*, Was ist Dezisionismus?: Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie, Politische Vierteljahresschrift 1998, S. 471 ff. (481).

[894] *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 3. Aufl., Berlin 1979, S. 46.

[895] So auch der Ansatz für Kritik in dem ansonsten affirmativen und gegen die Kritik von Bernd Rüthers verteidigenden Beitrag von *Wolfgang Spindler*, Bleibende Missverständnisse. Carl Schmitts politisches Denken, Die neue Ordnung 56 (2002), S. 423 ff. (430).

formproblem ist für ihn ein Subjekt-Inhalt-Problem, was bereits in 'Gesetz und Urteil' zum Ausdruck kommt, wo er die Kriterien für eine "richtige" Entscheidung dekontextualisiert und personal zentriert. Schmitts Formel lautet: "Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, dass ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. 'Ein anderer Richter' bedeutet hier den empirischen Typus des modernen, rechtsgelehrten Juristen."[896] Es ist diese Typenmodellierung, aus der heraus er dann die Autolegitimation von Rechtspraxis durch Rechtspraxis begründet.[897] Das bleibt aber subjektivistisch, es setzt nicht auf kommunikative Operationen sondern auf Personen, auf Entscheider. Damit unterschätzt Schmitt, dass das Charakteristikum der Entscheidung nicht in der Alternativität sondern in dem von der Alternativität eingeschlossenen Ausgeschlossenen liegt, dass also der empirische Typus des modernen Juristen erst durch Texte konstruiert wird. Schmitt blendet die gesellschaftliche Umwelt dieser Prozesse aus und thematisiert die paradoxe Struktur, dass die Entscheidung den Entscheider generiert, in dem sie ihn vor die Wahl stellt, nicht. Obwohl er also an anderer Stelle durchaus zu recht die Fragmentierung gesellschaftlicher Anschlussbereiche konstatiert und Wirtschaft, Recht, Politik etc. als "relativ selbständige Sachgebiete" beschreibt,[898] fällt er in eine isolationistische Subjekt-Text-Form zurück und begeht auf diese Weise einen voluntaristischen Grundfehler, der das zirkuläre Verhältnis von Semantik und Gesellschaftsstruktur, das im Kern einer jeden Entscheidung über Innen und Außen steht, vernachlässigt. Das Formproblem, das eines zwischen Recht und Nicht-Recht ist, wird von ihm letztlich in eine "Verstandestätigkeit"[899], "einen intellektuellen Vorgang",[900] abdrängt und kann im Ergebnis weder das rechtliche Ent-Scheiden noch die Dezentrierung des Politischen angemessen beschreiben. Beides leidet daran, dass er auf individuelle Idiosynkrasien abstellt und die sozialen Prozesse der Zuschreibung, Purifizierung generalisierter Medien und der Konstituierung von Symbolwelten ignoriert. Dieses Defizit lässt sich auch an seiner Konzeptionierung der Freund/Feind-Grunddifferenzierung festmachen, die letztlich doch nur von der Annahme geleitet ist, dass man aus dieser Unterscheidung die „spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen,“[901] gewinnen könne.

[896] Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 71.
[897] *Schmitt*, ebd., S. 86.
[898] *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932), 7. Aufl., Berlin 1996, S. 26
[899] *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Berlin 1912, S. 98.
[900] *Schmitt*, ebd., S. 98.
[901] *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932), 7. Aufl., 1996, S. 26; Schmitt übernimmt die Freund/Feind-Differenzierung von Baltasar Álamos de Barrientos: „Lo político es la distinción entre amigo y enemigo“ (so in der Widmung in *B. Álamos de Barrientos*, Tacito expañol ilustrado con aforismos, Madrid 1614; zit. nach *Günther Maschke*, Drei Motive im Anti-Liberalismus Carl Schmitts, in: *Klaus Hansen/Hans Lietzmann* (Hrg.), Carl Schmitt und die Liberalismuskritik, Opladen 1988, S. 55 ff. (75, FN 29); das Werk von Baltasar Álamos de Barrientos liegt mittlerweile in einer Neuedition vor: *José Antonio Fernández-Santamaría* (Hrg.), Aforismos al Tácito expañol, Madrid 1987).

bb. Die dekonstuktivistische Lesart des Paradoxes Es ist Schmitts Grundentscheidung für ein alteuropäisches Theoriedesign in dezisionistischem Gewand, von dem sich Luhmann nachhaltig und wiederholt ironisch[902] distanziert hat. "Nun mag man", schreibt er bspw. in 'Die Paradoxie des Entscheidens', "vom Denken halten, was man will: es ist jedenfalls nicht so friedlich wie das Wahrnehmen."[903] Und sein Weg der Paradoxieentfaltung unterscheidet sich darum an einer entscheidenden Stelle von Schmitts Subjekt-Text-Form: "Begriffe wie Entscheidungsrationalität oder Handlungsmotivation werden üblicherweise als Bezeichnung von Leistungen der an der Organisation teilnehmenden, 'in ihr' arbeitenden Menschen verstanden. Man müsste den entsprechenden Tatbeständen dann mit biologischen, neurophysiologischen oder psychologischen Untersuchungen nachgehen. Das dürfte wenig Erfolg versprechen."[904]

Luhmann hält es darum für unabdingbar, dass man diese "Begriffsbedeutung [...] 'dekonstruiert'".[905] Bei der Entscheidungskomponente "Willkür" handele sich nicht um ein psychologisches Moment, sondern um ein Erfordernis der Lokalisation von 'entscheidenden' Stellen im Netzwerk der Kommunikation. Man müsse diejenigen beobachten, die Willkür attributieren: "Willkür scheint eine attributionsdienliche Fiktion zu sein; oder vielleicht sogar: Unzurechnungsfähigkeit eine Voraussetzung für Zurechnung."[906] Die Paradoxie formuliert er darum als Selbigkeit des Differenten und es geht ihm um die Einheit der Differenz, mithin den Punkt, "wo Hegelianer ihr Glückserlebnis der 'Aufhebung' haben."[907] Die *interpositio auctoritatis* liegt damit nicht in der autoritativen Entscheidung als solche, auch nicht im Entscheider, sondern die *auctoritas* liegt explizit in der *interpositio*, in der Zwischenwelt des Rechts, das vor der Entscheidung ein anderes ist als nach der Entscheidung. Die Begründung einer Entscheidung und damit die Argumentation lässt die feste Regel des Rechts nicht unangetastet, sondern verschiebt sie: Danach markiert jede Entscheidung gleichzeitig die Möglichkeit anderer Entscheidungen: "Dies Dilemma des Einschlusses des Ausgeschlossenen, dies Problem des Systemgedächtnisses, das auch die nichtaktualisierten Möglichkeiten festhält, wird als Text verbreitet. Das multipliziert die Möglichkeiten, den Text anzunehmen oder abzulehnen, das heißt: die Entschei-

[902] Luhmanns Äußerungen zu Schmitt sind in der Regel apodiktisch distanzierend, siehe bspw. *Niklas Luhmann*, Der Wohlfahrtsstaat zwischen Evolution und Rationalität, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 4, Frankfurt am Main 1995, S. 113; besonders deutlich Luhmanns Kritik an Schmitts Parlamentarismuskritik, in *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, S. 334: „Vor allem Carl Schmitt hat mit unübertroffenem Sinn für Überholtes am Begriff der Repräsentation festgehalten und von da aus den verfassungsmäßig realisierten Parlamentarismus als Verfehlung des Prinzips beurteilt. Entweder Identität oder Repräsentation, und dann Repräsentation nur als Repräsentation der Identität. Das wird zwar dem ursprünglichen Sinn des Begriffs besser gerecht als jede andere Darstellung, belegt damit aber nur die Obsolenz dieser Semantik der Selbstbeschreibung des politischen Systems."

[903] *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff. (305).

[904] *Luhmann*, ebd., S. 287 ff. (305).

[905] *Luhmann*, ebd., S. 287 ff. (305).

[906] *Luhmann*, ebd., S. 287 ff. (290).

[907] *Luhmann*, ebd., S. 287 ff. (290).

dung als Prämisse für weitere Entscheidungen zu verwenden – oder auch nicht. Die Information, also die konstative Komponente des Textes, die besagt, dass der Text kraft seines Ursprungs verbindlich ist, besagt noch nicht, dass er im weiteren Verlauf als verbindlich behandelt wird. Dazwischen vergeht Zeit, und Zeit heißt unabwendbar: Offenheit für Einflüsse aus dem unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen. Von der Texttheorie her gesehen, bedeutet dieser Befund, dass die im Text vorgesehenen Unterscheidungen dekonstruierbar sind und dass der Text selbst dazu den Schlüssel liefert."[908]

Dekonstruktion ist darum keine äußere Kritik des Rechts, welche von romantischen Individuen aus geht.[909] Sie ist vielmehr nicht nur inneres, sondern auch konstitutives Moment des Rechts. Nur auf diese Weise kann man die Differenz zwischen der Entscheidung als Behauptung von Recht und ihrer Kommunikation als Entscheidung, die auch anders sein könnte, in ihrer Fundamentalität erfassen. Das performative Element der Entscheidung lässt sich vom konstativen Element der behaupteten Rechtserkenntnis nicht festbinden. Darin liegt eine Stärke des Rechts. Es kann sich damit über Irritationen an gesellschaftlichen Strukturwandel anpassen. Die Begründungstexte der Gerichte speichern nicht einfach Vergangenheit, um sie der Gegenwart als mit sich identischen Sinn zur Verfügung zu stellen, sondern sie halten nicht aktualisierte Möglichkeiten fest und stellen sich neuen Kontexten zur Sinnverschiebung durch Lektüre bereit. Sie öffnen damit das Recht für "den unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen."[910] Die Regel bleibt also durch ihre beständige Begründung gerade nicht fest und unangetastet, sondern sie verschiebt sich und macht Metamorphosen durch. Das Recht beendet nicht den Streit der Bürger in der Stabilität der Entscheidung. Sondern die für das Recht kontingenten Streitigkeiten der Bürger verschieben ständig das Recht und zwingen es in Metamorphosen.[911]

Aber kann darin eine Stärke liegen, dass das Recht den Bürgern nicht aufgezwungen wird, sondern von diesen beständig verschoben? Die funktional differenzierte Gesellschaft hat, evolutionstheoretisch betrachtet, die Schwierigkeit, Varietät von Restabilisierung abzugrenzen. Anders formuliert, sie hat ihre Restabilisierung dynamisiert, so dass Veränderung zur Konstante wird. Genau an dieser Stelle setzt die Rolle der Dekonstruktion ein. Sie hebt in der Begründung neben dem Moment der Reduktion das der Varietät heraus und öffnet damit das Recht für Außeneinflüsse und sein jeweils Unbeobachtbares. Hier lag der blinde Fleck vordekonstruktiver Beschreibungen. Die unbestreitbare Leistung, die Autonomie des Sozialen zu begründen und

[908] *Niklas Luhmann*, Metamorphosen des Staates, in: *ders.* Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff. (106 f.).

[909] *Niklas Luhmann*, Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 172: "Überhaupt darf man die romantische Bewegung als die vorläufig letzte gezielte Opposition gegen die Dominanz des binären Codes Recht/Unrecht einschätzen."

[910] *Niklas Luhmann*, Metamorphosen des Staates, in: *ders.* Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff. (S. 107).

[911] Vgl. dazu auch *Niels Werber*, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: *Uwe Wirth* (Hrg.), Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2002, S. 366 ff. (381 f.).

gleichzeitig mit der System/Umwelt-Unterscheidung seine Auskernung in verschiedenen Sprachspielen zu belegen, macht diese Theorie "notwendig blind für Sinn-Zusammenhänge, die in Kommunikation und Bewusstsein oder die Gesellschaft und Individuen übergreifen."[912] Das heißt also, dass die Beobachtung von Sprachspielen, die sich zu Institutionen ausgekernt haben, mit dem Risiko behaftet ist, diese Systeme zu isolieren. Beziehungen zwischen diesen Sprachspielen muss die Systemtheorie dann mit Hilfe der Kategorie struktureller Kopplung und Interpenetration ins Innere des jeweiligen Sprachspiels verlegen. Die Situation der Überdeterminierung eines Ereignisses durch mehrere Systeme kommt damit nicht in den Blick. Die Systemtheorie beobachtet nur die Irritationen in einem der beteiligten Systeme, nicht aber ihren Streit: "Die notwendige Blindheit der System/Umwelt-Unterscheidung wirkt sich dann massiv im systemtheoretischen Begriff der Gerechtigkeit aus. Entgegen verbreiteten Vorurteilen verabschiedet Luhmann nicht etwa Gerechtigkeit als abgestandenes alteuropäisches Gedankengut, sondern platziert sie an zentraler Stelle seiner Rechtstheorie, nun aber nicht mehr als internen Maßstab für die Entscheidung von Einzelfällen, auch nicht mehr als höchste innere Norm des Rechts, auch nicht mehr als externen politischen oder moralischen Wert, an dem sich das Recht ausrichten sollte, sondern als Kontingenzformel des Rechts, also als Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt. Nach Luhmann ist Gerechtigkeit adäquate Komplexität des Rechtssystems, höchstmögliche innere Konsistenz angesichts extrem divergierender Umweltanforderungen. Aber auch hier offenbart sich der Mangel, dass die Umweltrelation zwar angesprochen, aber nicht als solche ‚systemtheoretisch erfasst werden kann, sondern nur asymmetrisch, entweder aus der Innenperspektive des Rechtssystems oder aus einer externen Beobachterperspektive. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft selbst, die Übersetzung von einem System in das andere, verschwindet im blinden Fleck der System/Umwelt-Unterscheidung. Diese Art von Gerechtigkeit wird daher allenfalls dem Rechtssystem selbst gerecht."[913]

Man muss also, wenn man die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen der binären Codierung Recht/Unrecht rechtstheoretisch einbeziehen möchte, die Rechtspraxis der Supplementierung in die Beschreibung aufnehmen. Die Rechtspraxis arbeitet mit Supplementen, um umweltsensibel zu werden und neben der Herstellung von Redundanzen seine zweite Aufgabe der Varietät zu erfüllen. Gerechtigkeit bleibt damit permanente Aufgabe. Die theoretische Betrachtung der von der Praxis genutzten Kontingenzformel muss an dieser Stelle ergänzt werden durch die Beobachtung der Art, wie die Entscheidung die Argumente im Verfahren berücksichtigt. Erst nach dieser dekonstruktiven Wendung kann man die von Teubner konstatierte "enge strukturelle Kopplung von Entscheidungsnetzen und Argumentationsnetzen, die entscheidungsstrukturierende Kraft von Argumenten und die Steuerung von Redundanz und

[912] *Gunther Teubner*, Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différance, in: *Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann* (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 209.
[913] *Teubner*, ebd., S. 210.

Varietät der Entscheidung durch Argumentation",[914] angemessen in den Blick nehmen. Der Schritt über den Dezisionismus hinaus führt also nicht in Sprachfassaden, welche nur die Funktion haben, die Brutalität der Entscheidung zu verdecken, sondern er führt in eine neuartige, so in der Entscheidungstheorie noch nicht formulierte Problemstellung: Wie kann das Recht einen Ausgleich zwischen Redundanz und Varietät über die Streitigkeiten und Argumente der Rechtssubjekte herstellen? Wenn die Begründung als Supplement der Entscheidung die Argumente der Verfahrensbeteiligten aufnimmt, relativiert sie damit den gewaltsamen Charakter der Entscheidung. Die zu Grunde gelegte Regel wird damit nicht einfach aus dem normativen Nichts den Beteiligten oktroiert. Vielmehr wird über die Argumentation und die Darstellungszwänge des Richters in der Begründung die Erfindung der Regel für die Mitgestaltung durch die Beteiligten, eine kritische Öffentlichkeit, Politik etc. geöffnet. Die Entscheidung ist dadurch mit dem vorangegangenen Verfahren, den betroffenen Rechtssubjekten, *amici curiae*–Stellungnahmen, der Beobachtung durch die Massenmedien und der Beobachtung durch das politische System – und all diese natürlich untereinander – verknüpft. Wenn im Rechtsstaat ein Prozess verloren geht, gibt es in der Regel die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen und diese sind nur sinnvoll, wenn es Maßstäbe gibt, an denen überprüft werden kann, ob es sich nur um eine Entscheidung oder um eine rechtlich begründete Entscheidung handelt. Die Möglichkeit, dies zu beurteilen, Skandaliserungsprozesse, Gesetzesprojekte, AGB-Änderungen etc. anschließen zu lassen, wird durch das Supplement der Entscheidung geschaffen.[915] Rudolf Wiethölter stellt daher heraus: „Rechts-Gewinnung ist Begründung in Anwendung, eher ‚Herstellung' als ‚Darstellung', eher context of discovery als context of justification, eher Frage als Antwort, eher Möglichkeits-Findung als Wirklichkeits-Suche, eher Wahr-Nehmung als Wahr-Sagung".[916]

c. Entscheidung als Möglichkeit reflexiver Kompatibilisierung Die Entscheidung als Paradoxie zu begreifen, ist ein Risiko. Denn es macht ein Stück der vom Gesetz nicht kontrollierbaren richterlichen Macht sichtbar und bringt damit eine politische Dimension ins Recht. Die Frage ist, ob damit nicht das Recht seine Einheit verliert und nicht mehr zu unterscheiden ist von der Politik.

Auf den ersten Blick ist die Abgrenzung zwischen Recht und Politik in der Systemtheorie klar. Es handelt sich um verschiedene soziale Systeme. Aber auf den zweiten Blick wird diese Abgrenzung schwierig. Der Rechtsordnung fehlt ja ein stabilisierender Zentralsinn, ein letzter Obersatz, welcher der richterlichen Erkenntnis Halt geben könnte. Nach der Verabschiedung der alteuropäis-

[914] *Teubner*, ebd., S. 200.

[915] Dass dies mit Kompatibilitätsschwierigkeiten verbunden ist, zeigt *Thomas-Michael Seibert*, Urteile sind unverständlich: Über die Notwendigkeit einer Rechtstheorie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 87 (2001), S. 1 ff.

[916] *Rudolf Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, S. 1 ff. (13).

chen Rechtsquellenlehre wird die Rechtsordnung damit zum Enthymem. Trotzdem scheint Luhmann die von ihm immer wieder betonte Geschlossenheit des Rechtssystems[917] dadurch nicht für gefährdet zu halten. Zur Stabilisierung dient dabei die Unterscheidung von Code und Programmen. Codierung ist im Recht die Unterscheidung von Recht und Unrecht. Programme sind Regeln, die über die Zuteilung dieser Werte in einem konkreten Fall entscheiden. In komplexen Gesellschaften können diese Programme sehr viel an Offenheit für wechselnde Umweltbedingungen aufweisen. Dies "führt jedoch niemals zur Auflösung der Einheit des Rechts, solange diese im System durch einen (und nur einen) Code präsentiert wird, der nirgendwo sonst in der Gesellschaft benutzt werden kann."[918] Das Wörtchen "solange" hat es in sich. Die Geschlossenheit des Rechts hängt daran, dass die Codierung stabil bleibt. Denn mit Hilfe der Codierung bewältigt das System die Kontingenz und die Vielzahl wechselnder Beobachter. Die Codierung schafft dies, indem sie die Kontingenz auf die Programmebene abschiebt. Aber damit stellen sich für die Codierung dieselben Probleme, die wir schon bei der Idee der Gerechtigkeit beobachtet haben. Der Zentralsinn oder die Codierung kann nur herrschen, wenn er leer bleibt. Sobald man ihn bestimmt, wird er zu einer bestreitbaren Aussage neben anderen. Man müsste die Codierung also semantisch gegen die Ebene der Programme abdichten können. "Wie aber lässt sich die Grenze zwischen einer Codebestimmung und einer semantischen oder einer semiotischen Unterscheidung ziehen? Ist der Code wahr/unwahr, nur eine funktionale und referenzlose Diskriminierung oder bereits eine semantisch induzierte Beobachtung? Und lässt sich eine semantisch leere Beobachtung überhaupt durchführen?"[919] Natürlich braucht man zur Beobachtung eine Unterscheidung und insoweit ist sie leer nicht möglich. Damit ist das "solange" der Geschlossenheit des Rechtssystems eine praktische Frage, die sich in jedem Verfahren stellen kann. Die Geschlossenheit des Rechtssystems ist nicht einfach vorhanden, sondern sie steht auf dem Spiel. Aber solange der Begriff des Rechts ein leerer Signifikant bleibt, erhält das Recht seine eigene Codierung der Unterscheidung von Recht und Unrecht.[920] Sonst unterliegt das Recht dem Risiko der Zweitcodierung durch andere Unterscheidungen.

Eine solche Zweitcodierung läge vor, wenn die Unterscheidung Recht/Unrecht inhaltlich besetzt wird und der Begriff des Rechts fixiert wird. Diese Besetzung muss nicht explizit erfolgen. Sie kann sich vielmehr stillschweigend vollziehen im Schatten der enthymematischen Struktur der Rechtsordnung. Das Enthymen beruht also auf der Ableitung des Falls aus dem Allgemeinen, ohne dies ausdrücklich zu machen. Der Schluss des Enthymens lässt die entscheidenden Prämissen unerwähnt, indem er offen lässt, was jeder weiß. Seine durchschlagene Kraft gewinnt aus der Glaubhaftigkeit eines Systems von Überzeugungen. Es beruht auf Plausibilität. Schon Aristoteles hatte daher das Enthymen als Umgang mit

[917] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, Kap. 2, S. 38 ff.
[918] *Luhmann*, ebd., S. 93
[919] Vgl. dazu *Natalie Binczek*, Im Medium der Schrift. Zum dekonstruktiven Anteil in der Systemtheorie N. Luhmanns, München 1994, S. 260.
[920] Vgl. zu diesem Begriff *Ernesto Laclau*, Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?, in: *ders.*, Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 65 ff.

Wahrscheinlichkeit verhandelt. Man äußert gewisse Prämissen nicht, da sie sich ohnehin verstehen und daher als unnötig, langweilig und quälend empfunden würden. Brisanter wird dies, wenn diese Figur der Aufrechterhaltung zweifelhafter Prämissen dient. Das Recht könnte auch Unrecht sein. Vor dieser Frage bewahrt allein der bleibende Stand der Überzeugung. Und den erreicht man am besten, indem man sie nicht ausspricht und so dem Angriff der möglichen Negation aussetzt. Das Enthymen zielt auf Vereinnahmung. Selbstverständliche Prämissen bleiben unausgesprochen und zur geflissentlichen Komplettierung anheim gestellt. Es erscheint formal als unmittelbarer Schluss von a auf b und belässt es beim Stillschweigen über das „aufgrund c", das c so scheinbar unangetastet belässt.

Im Schweigen des Obersatzes überhört man das Dröhnen der Hegemonie. So vollzieht sich die Usurpierung des Obersatzes durch die Macht. Das gelingt umso besser, je stärker eben diese Macht zur Bemächtigung ist. Denn damit wird sie in ihrer schlichten Wirkungsfaktizität unbefragbar. Und das ermöglicht es, das Paradox durch Verschweigen zum Verschwinden zu bringen. Mit der Vereinnahmung des letzten Obersatzes von Recht kann die hegemoniale Macht als die Kraft der Deparadoxierung auftreten.

Die Frage nach dem Recht von Recht wird damit ersetzt durch die Frage, was unter den gesellschaftlichen Verhältnissen plausibel ist. Nach einer Antwort braucht in der azentrisch ausdifferenzierten Gesellschaft nicht lange gesucht zu werden. Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Mediensystem, Sozialwesen, Moral und andere stehen bereit, das Recht durch Zweitcodierung für sich einzunehmen. Auf diesem Wege soll es gelingen, aus partieller Macht das normative Kapital universaler Rationalität zu schlagen. Recht droht so vom Austragungsort von Konflikten zum Vehikel von Durchsetzung von Macht zu werden. Das gilt für das Kosten-Nutzen-Denken ebenso wie etwa für den militärischen Kalkül der Bedrohung und Abwehr. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit, oder Sicherheit treten an die Stelle der Gerechtigkeit. Das hat dann zur Konsequenz, dass die demokratisch legitimierte Ordnungsleistung des Rechts in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt.

Wie ist eine solche Zweitcodierung des Rechts zu erklären? Dazu muss man die Beobachtungsweisen von Systemtheorie und Dekonstruktion kombinieren.[921] Wenn man vor-dekonstruktiv allein von der Unterscheidung System/Umwelt ausgeht, kann mein eine Zweitcodierung des Rechts nicht erfassen, weil Politik nur Politik machen kann und Recht nur Recht. Man muss dann annehmen, dass eine außerrechtliche Beeinflussung des Rechts unmöglich ist, weil das Recht entweder seine Autonomie behauptet, oder untergeht. Aber schon Luhmann selbst räumt die Möglichkeit von Grenzverletzungen ein: "Damit sind tiefgreifende Umgestaltungen des Rechts etwa als Folge politischer Umwälzungen natürlich

[921] Vgl. zu dieser Forderung *Gunther Teubner*, Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différance, in: *Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann* (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 199 ff., S. 204 f.

nicht ausgeschlossen (...). Es ist bezeichnend genug, dass die nationalsozialistische Umfärbung des deutschen Rechts nicht primär über Gesetze geleitet wurde, sondern sich drastischer personalpolitischer Mittel bedient. Nur durch außerrechtliche Beeinflussung der richterlichen Entscheidungspraxis war zu erreichen, dass das gesamte Recht innerhalb kurzer Frist nach Maßgabe einer neuen 'Gesinnung' uminterpretiert wurde."[922] Diese Konzession ist auch folgerichtig. Denn wie wir bereits gesehen haben, ist die grundlegende Codierung eines Sozialsystems eine Unterscheidung und eine solche kann man immer nur semantisch treffen. Eine Semantik lässt sich aber gegen Kontexte nie abdichten und ist deswegen beständig davon bedroht, Teil des Spiels zu werden. Es stehen sich in einem Rechtsstreit nicht einfach zwei Sozialsysteme gegenüber, an die dann das Recht verteilt wird, sondern es stehen sich zwei Rechtsauffassungen gegenüber, zwei unvereinbare Vorstellungen von Recht und Unrecht.

Hier bewährt sich die von Teubner vorgeschlagene perverse Konstellation Systemtheorie und Dekonstruktion wechselseitig auf ihren blinden Fleck aufsitzen zu lassen. Die Grundunterscheidung der Dekonstruktion ist die von Signifikant/Signifikat, wobei wir auf der Seite des Signifikats immer nur weitere Signifikanten finden. Dadurch hat sie Schwierigkeiten, Stabilität zu erklären. Hier hilft die Ersetzung durch die Unterscheidung von System und Umwelt. Umgekehrt hat die Systemtheorie Schwierigkeiten, die Beziehung Recht/Gesellschaft zu präzisieren. Hier kann ihr die Unterscheidung von Text/Kontext anstelle der Unterscheidung von System und Umwelt helfen. Die Vorstellung, dass jede Wiederholung zu einer Verschiebung der Regel führen kann, macht aus der Form etwas Gespenstisches und Unscharfes. Dieser Nachteil bei der Beschreibung von Stabilität hat aber den Vorteil, Veränderungen besser erklären zu können. Es wird damit deutlich, dass die Codierung nicht so unberührt über den Programmen schwebt, wie es die Systemtheorie meist nahe legt. Sie ist vielmehr über Semantisierung ständig von imperialistischen Übernahmen bedroht.

Daraus ergibt sich die Aufgabe des gerichtlichen Zentrums, die imperialistische Besetzung des Codes durch die Peripherie abzuwehren. Der von dort vorgeschlagene Begriff des Rechts muss einem re-entry unterzogen werden. Ist der im Rahmen der fremden Codierung entwickelte Begriff des Rechts Recht oder Unrecht? Nur durch diese Arbeit der Reparadoxierung kann man den Zustand, den Luhmann als vorhanden beschreibt, erreichen. Indem das Recht als leerer Signifikant erhalten bleibt, werden die kollidierenden Sozialsysteme gezwungen, in der sozialen Interaktion des Verfahrens herauszufinden, wo die Grenzen der Universalisierung ihrer Logik liegen.

Worin liegt der Unterschied zwischen der Performanz des Rechts und der Performanz der Macht? Der Macht geht es um Dezision, die mit Verfahren und Argumentation nichts zu tun hat. Nur das Ergebnis zählt. Aber der Traum des Dezisionismus von der Aufhebung des Konflikts in der Entscheidung ist nicht einlösbar. Der Konflikt bleibt. Denn es hätte ja auch anders entschieden werden

[922] *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main 1975, S. 149.

können. Deswegen braucht man die Begründung. Aber natürlich reicht auch das nicht. Denn die Entscheidung hat etwas entschieden, was durch Erkenntnis nicht entschieden werden kann. Deswegen gibt es das Verfahren und die Argumentation. Sie ziehen die Streitparteien in die Entscheidung hinein. Auch dadurch wird der Konflikt nicht gelöst. Aber er hat im Durchlauf durch die Kühlsysteme des Verfahrens seine Temperatur geändert. Die abgegebene Hitze verändert natürlich auch das Kühlsystem. Es muss durch Rückkopplung neu justiert werden. Aber nur durch Änderung bleibt es stabil.

Dem Recht geht es um Aufschub durch Supplemente. Nur dadurch gerät es in Metamorphosen und bleibt lernfähig. Recht wäre damit die Verzögerung und Erschwerung des Machtspruchs durch Verfahren, Argumentation und Begründung. Der Entzug des Rechts aus dem Gesetz in das Verfahren, von dort in die Entscheidung, ihre Begründung und die daran anschließende Kritik kann negativ begriffen werden als auslieferndes Recht an die Macht. Aber es kann auch positiv begriffen werden als von Regeln der Kunst geordneter Versuch, die Verdinglichung der Gerechtigkeit zu verhindern.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu erzeugen. Erzeugen heißt aber nicht etwas zu generieren, das gerade fehlt, etwas, das abwesend ist, anwesend zu machen. Das wäre nur eine Verlängerung der Präsenzmetaphysik. Recht ist weder im Gesetzestext anwesend, noch im Sprechen der Parteien, noch in der richterlichen Begründung. Rechtsentscheidungen sind auch nicht eine *creatio ex nihilo* durch einen autoritativen Entscheider, sondern sind Ereignisse, die einen Signifikationsprozess in ein Vorher und ein Nachher scheiden, ohne durch Unsicherheitsabsorption die Zukunft des Signifikationsprozesses determinieren zu können. Die dem zugrunde liegende, das Recht konstituierende Unentscheidbarkeit der Rechts- und Unrechtsfrage, die im Mittelalter in den Begrifflichkeiten *abrogatio/derogatio* behandelt wurde,[923] kann nicht durch dezisionistische Machtentscheidung aufgelöst werden. Sie durchzieht das Recht bis heute. Denn Rechtsentscheidungen sind ein Aufschub von Recht. Recht ist im Text allein nicht zu finden, deswegen muss über Recht gesprochen und gestritten werden. Doch weil das Sprechen über Recht nur selten in herrschaftsfreien Diskursen zu einem Konsens führt, muss entschieden werden. Aber weil auch anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung. Und weil auch diese nicht ausreicht, braucht man dazu noch Rechtsmittel. Doch auch

[923] In besonders eleganter Systematisierung findet man diese Zustandsbeschreibung auch schon bei Immanuel Kant und seiner Lehre vom „zweideutigen Recht“, in der, so formuliert es Luhmann, *ius aequitatis* und *ius necessitatis* so „sauber ineinandergefugt“ werden, „als ob es gelte, die Paradoxie dadurch zu verschlüsseln, dass sie als Zwilling, ja geradezu als ‚*symbolon*' im ursprünglichen Sinne dieses Wortes dargestellt wird“ (*Niklas Luhmann*, Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 133ff. (142f.)). Kant hatte das zweideutige Recht vielsagend auf die Grenze der Systematik gestellt und konstatiert, dass es sich um Fälle handele, für die "*keiner, der sie entscheide*, ausgefunden werden kann, und die gleichsam in Epikurs Intermundia hineingehören" (*Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), in: *ders.*, Werkausgabe (hrg. von *Wilhelm Weischedel*), Bd. VIII, 1964, S. 309 ff. (S. 341), Hervorhebung durch die Verf.); Epikur spricht von den *intermundia* als kosmoslose Räume zwischen den Welten.

hier endet der Aufschub des Rechts nicht mit der Rechtskraft. Denn es gibt keine letzten Gründe, nur vorletzte. Die *auctoritas* ist in eine beständig fluktuierende *interpositio* verschoben. Sie ist personal, sachlich und temporal nicht fixierbar.

3. Kapitel: Von der divisionalen zur reflexiven Grundrechtstheorie

Seit der Auseinandersetzung zwischen Nipperdey und Dürig wird die Diskussion um die Geltung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen unter der Rubrik unmittelbare bzw. mittelbare „Drittwirkung der Grundrechte“ geführt.[924] Die zunehmende europarechtliche Umformung der Regelungsgegenstände hat den binären Schematismus Privatrecht/Öffentliches Recht durch eine zusätzliche unionsrechtliche Dimension erweitert und insofern in parallele Fragestellungen geführt, als auch die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Interlegalitätskonstellation Europarecht/nationales Recht in die Frage geführt hat, ob die unionsrechtlich garantierten Grundfreiheiten und Grundrechte mit mittelbarer oder gar unmittelbarer Drittwirkung für Privatrechtsverhältnisse ausgestattet sind.[925] Unabhängig von der Diskussion um die dogmatische Systematisierung und die Herleitung der „unmittelbaren“ bzw. „mittelbaren“ Drittwirkungstheoreme ist hierbei bereits die Terminologie umstritten. Folgt man der engen Drittwirkungskonzeption, sind unter Drittwirkung nur Konstellationen zu verstehen, in denen Rechtsgeschäfte und unerlaubte Handlungen von Privatrechtssubjekten gegenüber anderen Privatrechtssubjekten an Grundrechten und Grundfreiheiten gemessen werden.[926] Diese Fassung hat sich in der Lehre mehr oder weniger durchgesetzt. Seismografisch sei auf die einschlägigen Publikationen

[924] Siehe die Bestandsaufnahmen bei *Stefan Oeter*, ‚Drittwirkung' der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 529 ff.; *Claus Dieter Classen*, Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 65 ff.; *Michael Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz: Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2001; klassisch: *Hans Carl Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, in: ders. (Hrg.), FS E. Molitor, München 1962, S. 17 ff.; *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *Theodor Maunz* (Hrg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.; siehe auch *ders.*, Besprechung des 'Lüth-Urteils , in: DÖV 1958, S. 194 ff.; ders., in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrg.), Grundgesetz, München 1994, Art. 3 I Rdn. 510 ff.

[925] So insbesondere im Anschluss an die Entscheidungen des EuGH vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995. I-4921, Bosman; vom 13.4.2000, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681, Lehtonen und vom 6.6.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Angonese. Umfassende Bestandsaufnahme bei: *Kara Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005.

[926] *Claus-Wilhelm Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, in: *Hartmut Bauer* u.a. (Hrg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. FS Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 29 ff. (32).

von Claus-Wilhelm Canaris verwiesen.[927] Demgegenüber sollen im Folgenden drei grundrechtstheoretische Ablösungen im Hinblick auf die Geltung der Grundrechte im Privatrecht expliziert werden:

- Anstelle einer einheitlichen Werte- und Prinzipienordnung sind Kollisionen unterschiedlicher Erwartungsensembles anzusetzen, deren grundrechtliche Durchformung nicht auf einen Werte- und Prinzipienkern reduziert werden kann. Die Polyzentrik der Gefährdungslagen muss zu einer polyzentrischen Grundrechtstheorie führen. Das Programm: *Vom monistischen zum polyzentrischen Grundrechtsmodell.*
- Die Funktion der Grundrechte liegt nicht darin, allgemeine Handlungsfreiheiten zu sichern. Das unterschätzt, dass 'Handlung' selbst ein rechtlich generiertes Konzept darstellt. Stattdessen ist es die Aufgabe des Rechts in der Kollision unvereinbarer Rationalitäten gesellschaftliche Autonomieräume zu gewährleisten. Das Programm: *Von der Handlungs- zur Kommunikationsfreiheit.*
- Die Grundrechtsgeltung in Privatrechtsverhältnissen folgt nicht lediglich einer Ausstrahlungslogik von höheren in niedere Rechtsnormen, sondern ist Ergebnis einer Inbezugsetzung von einfachen und grundrechtlichen Rechtstexten. Damit gelten Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen nicht lediglich mittelbar sondern binden unmittelbar. Die grundrechtliche Durchformung der Staat-Bürger-Relation kann allerdings nicht einfach auf nicht-staatliche Grundrechtsgefährdungen übertragen werden, nicht jedes intersubjektive Verhältnis ist als Grundrechtskollisionslage darstellbar. Vielmehr bedarf die Polyzentrik grundrechtlicher Gefährdungslagen einer differenzierten Verteilung von Rechtfertigungslasten in Fällen von Grundrechtsgefährdungen durch kommunikative Matrices. Das Programm: *Von der mittelbaren zur unmittelbaren Grundrechtsgeltung in Privatrechtsverhältnissen.*

Daran dass sich Grundrechte auch in der Relation nicht-staatlicher Rechtssubjekte auswirken können, besteht in Rechtspraxis und -lehre kein Zweifel. Die Frage ist aber *wie* sie dies tun: Nur vermittelt über die Generalklauseln? Geben sie subjektive Rechte oder nur objektive Pflichten? Gelten sie unmittelbar oder nur mittelbar? Während die Rechtspraxis, wie zu zeigen sein wird, in allen drei Fragenkomplexen realitätsnahe Antworten sucht, verharrt die Grundrechtstheorie jedoch in einer eigentümlichen Paralyse, die die Antwort auf die Gefährdungslagen für Grundrechte in der dogmatischen Fassung einer ‚mittelbaren Drittwirkung' bzw. ‚mittelbaren Grundrechtsgeltung' konzeptioniert und dadurch vertikal holistisch vorgeht.

[927] *Canaris*, ebd., S. 29 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht: Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), S. 202 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz, Berlin 1999, S. 30 ff.

I. Grundrechtszusammenhang: Vom monistischen zum polyzentrischen Grundrechtsmodell

Die theoretische Begründungslogik für die „mittelbare Drittwirkung“ folgt dem Muster, dass die Grundrechte nach Art. 1 III GG nur die öffentliche Gewalt binden. Über die strukturelle Grundrechtswirkung kommen mittelbare Drittwirkungstheorien zu einer Berücksichtigungspflicht von Grundrechten durch die öffentliche Gewalt und suchen das System über übergeordnete Werte- und Prinzipien und deren untergeordnete Werte- und Prinzipienbündel zu administrieren.

1. Würdezentrale?

Am deutlichsten wird dies bei Günter Dürig, der sich auf Arbeiten Rudolf Smends und Willibalt Apelts berief.[928] Dürig hat die Grundrechte unter Rückgriff auf Kant in einer Werttheorie ausbuchstabiert und sah in ihnen unter Übernahme der Begrifflichkeit ein ”Wertsystem” realisiert.[929] 1956 formuliert er: „Man wird jedoch erkennen, daß das positivrechtliche System der Freiheitsrechte jedenfalls insoweit auch rechtslogisches System ist, als das Grundgesetz gemäß Art. 1 in Verbindung mit Art. 19 II und 79 IIII ein unantastbares Wertsystem errichtet. Es kann dann bei keinem Einzelfreiheitsrecht trotz scheinbar positivrechtlicher Deckung […] eine Grundrechtsauslegung geben, die dem in Art. 1 I anerkannten und in Art. 19 II und 79 III zusätzlich gesicherten obersten Konstitutionsprinzip unserer Verfassung (unantastbarer Achtungsanspruch auf Menschenwürde) zuwiderläuft.“[930]

Dürig glaubte, den Problemen gesellschaftlicher Ausdifferenzierung durch eine werteholistische Form des rechtslogischen Systemdenkens Herr werden zu können. Der Würdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG wird bei ihm zur Zentralnorm, die das ganze System zusammenhalten soll. So wendet er sich gegen Nipperdeys unmittelbares Drittwirkungsmodell,[931] dem er vorwirft, durch die Überhöhung

[928] Umfassend *Wolfgang Graf Vitzthum*, Zurück zum klassischen Menschenwürdebegriff! Eine Erinnerung an Lüth, Dürig und Kant, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005, S. 349 ff.

[929] *Günter Dürig*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrg.), Grundgesetz, München 1958, Art. 1 I GG, Überschrift zu Rdn. 1 ff.

[930] *Günter Dürig*, Der Grundrechtssatz 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. (122).

[931] *Hans Carl Nipperdey*, Die Würde des Menschen, in: *ders./Franz L. Neumann/Hans Nipperdey/Ulrich Scheuner* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 1 ff. (18 ff., 35 ff.). Nipperdey sieht die Grundrechtspflichten und Berechtigungen aus dem Grundsatz der Menschenwürde um die Dimension eines status socialis erweitert: „Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten das Grundrecht des Art. 1 Abs. 1, so zeigt sich aber weiter, daß die Kategorien des status libertatis gegenüber der öffentlichen Gewalt und des status socialis im Verhältnis zu den Rechtsgenossen seinen Gehalt nicht erschöpfen. Vielmehr ist Art. 1 Abs. 1 ein Grundrecht des status libertatis (Abwehrrecht) und des status positivus (Schutzrecht) gegenüber der Staatsgewalt und des status socialis (negativus) im Privatrechtsverkehr.“ (ebd., 20).

des Art. 1 Abs. 1 GG als auch im Privatrechtsverkehr unmittelbar zwingendes Recht gerade die Dezentrierung und letztliche „Abnutzung“ der Menschenwürde zu bewirken. Stattdessen tritt Dürig zunächst für eine allgemeine Generalklausel „Menschenwürde“ zur Schließung vorhandener Schutzlücken im Privatrecht ein. Der Grund: „Art. 1 I bringt aber nicht nur in das System der gegen den Staat gerichteten subjektiven Rechte eine „ethische Unruhe“, die ebenso neuartig wie begrüßenswert ist, sondern er zwingt den Staat auch dazu, seine *Gesamtrechtsordnung* (vor allem also das Privatrecht) so auszugestalten, daß auch von außerstaatlichen Kräften eine Verletzung der Menschenwürde nicht möglich ist. Zwar gibt Art. 1 I auch angesichts dieser staatlichen Schutzpflicht dem Einzelnen kein subjektives öffentliches Recht auf Erlass neuer und zusätzlicher Schutznormen. Aber das vorhandene Normensystem ist von den Rechtsanwendern stets auch dann nach Art. 1 I GG zu interpretieren, wenn man Verletzungsvorgang selbst der *Staat in keiner seiner Funktionen* beteiligt ist.“[932] Später postuliert er aus grundsätzlichen Erwägungen („man darf ruhig sagen: zum *Schutz* der Grundrechte“)[933] die mittelbare Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht über die auslegungsfähigen Begriffe der Privatrechtsnormen. Damit verzichtet er zwar auf die Forderung einer ausdrücklichen Generalklausel „Menschenwürde“, verbleibt aber im Paradigma des universellen Menschenwürdebezugs und damit auch im vertikal-holistischen Modell, das meint, das rechtslogische System von seinem obersten Konstitutionspunkt, der Menschenwürde aus, administrieren zu können. Jeder Rechtssatz hat sich an der Würdegarantie zu orientieren, wodurch Art. 1 Abs. 1 GG die Formalbegriffe 'Wesensgehalt' und 'Menschenrechtsgehalt' werterfüllt macht und kontingenzentrückt.[934]

Dürig setzt damit an entscheidenden Stellen auf Leerformeln wie Wesensgehalt oder Objektformel und der scheinbar so bestechende Vorschlag wirkt dysfunktional: Der Gedanke, eine Wesensverletzung liege vor, „wenn der Grundrechtsträger vom Staat lediglich als Objekt behandelt wird, erweist sich als Leerformel, da man Menschen überhaupt nur als Objekt behandeln kann, denn jedes Behandeln setzt Vergegenständlichung voraus. Es bleibt weiterhin Dürig oder anderen überlassen zu entscheiden, wann ein solches Behandeln so skandalös ist, daß eine wesentliche Grundrechtsverletzung vorliegt. Leerformeln verdecken zumeist apokryphe Normen, oder, was schlimmer ist, Normbildungskompetenzen.“[935]

---

[932] *Günter Dürig*, Der Grundrechtssatz 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. (123), Hervorhebungen im Original.

[933] *Günter Dürig*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Grundgesetz, München 1973, Art. 3 Abs. I Rdn. 509.

[934] *Wolfgang Graf Vitzthum*, Zurück zum klassischen Menschenwürdebegriff! Eine Erinnerung an Lüth, Dürig und Kant, in: *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Hrg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005, S. 349 ff. (351).

[935] *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 60, FN 18; siehe auch die Zusammenfassung der Kritik an Dürigs Objektformel bei *Gerhard Sprenger*, Legitimation des Grundgesetzes als Wertordnung, in: *Winfried Brugger* (Hrg.), Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 1996,

Die theoretische Begründungsstrategie Robert Alexys verlässt nicht die verfassungstheoretische Traditionslinie Günter Dürigs. Zwar lässt sich Alexy keiner der vertretenen Drittwirkungstheorien eindeutig zuordnen. Er tritt kompromisshaft für ein Kombinationsmodell ein, zumal er die Theorien von Dürig, Nipperdey und Schwabe für ergebnisäquivalent hält, weil „in allen Fällen dasselbe Ergebnis erzielt werden *kann*."[936] Dieses Desinteresse am Detail hat fatale Folgen, weil Alexy so die grundrechtlichen Kollisionslagen nicht ansatzweise bearbeiten kann. Es ist aber symptomatisch für ein Theoriemodell, das vorgibt, von den Berggipfeln aus die kollidierenden Lithosphärenplatten administrieren zu können. Daran dass Alexy den Würdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG einer Norm mit Prinzipiencharakter – dem Prinzip der Menschenwürde – zuordnet und dass er das Prinzip der negativen Freiheit im Prinzip der Menschenwürde aufgehen lässt,[937] wird aber bereits deutlich, dass er kaum mehr als eine semantische Reformation des holistischen Wertesystems Günter Dürigs betreibt. Die konzeptionellen Probleme des Wertepragmatismus reproduziert er, indem er das Prinzip der Menschenwürde formell-materiell bestimmt, es der negativen Freiheit überordnet, seine Einschränkbarkeit durch „'hinreichende Gründe' (Rechte anderer und kollektive Interessen"[938] annimmt und so „auf den ersten Blick auseinanderdriftenden Facetten der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu einem widerspruchsfreien Ganzen" verhelfen möchte.[939] In seiner vertikal holistischen Strategie ist dieses Unternehmen Alexys strukturanalog zu Günter Dürigs Konzeption der Menschenwürde als oberstem Verfassungswert.

2. Polyzentrisches Grundrechtsmodell

Gegenüber diesem Modell findet ein polyzentrisches Grundrechtskollisionsrecht seinen Ausgangspunkt in einer Theorie reflexiver Grundrechte. Interlegalität, Hypertextualität und Inkommensurabilitäten gesellschaftlicher Erwartungsensembles sind unmittelbare Konsequenz gesellschaftlicher Ausdifferenzierungsprozesse. Dadurch generierte Grundrechtskollisionen sind nicht vertikal holistisch auflösbar,[940] sondern bedürfen der Kompatibilisierung in kontingenten Entscheidungsprozessen. In rechtstheoretischer Hinsicht ergeben sich aus diesen Herausforderungen drei wichtige Konsequenzen: (1) Das Recht

S. 219 ff. (229 ff.).

[936] *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 483, Hervorheb. im Original. An anderer Stelle hält er jedoch die Theorie unmittelbarer Drittwirkung wiederum für problematisch, da sie davon ausgehe, dass Gleichgeordnete Adressaten von Grundrechten sein können (ebd., S. 412).

[937] *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 325.

[938] *Alexy*, ebd., S. 324.

[939] *Alexy*, ebd., S. 326.

[940] Dass dies keine Grundrechtsbeliebigkeit nach sich ziehen kann, versteht sich von selbst. Insbesondere Matthias Herdegens Neukommentierung des ursprünglich von Günter Dürig bearbeiteten Art. 1 Abs. 1 GG im von Theodor Maunz und Günter Dürig begründeten Grundgesetzkommentar missversteht an dieser Stelle die Prozesse der Emergenz von Unverfügbarem im Recht (*Matthias Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, 44. Lfg., München 2005; prägnante Kritik an Herdegen bei *Felix Hanschmann*, Kalkulation des Unverfügbaren, in: *Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst* (Hrg.), Rückkehr der Folter – Der Rechtsstaat im Zwielicht?, München 2006, S. 130 ff.).

kann nur um den Preis eines angemessenen Realitätsbezuges die Inkompatibilitäten gesellschaftlicher Rationalitäten leugnen und als Herstellung von Homogenität beschreiben, was adäquat eine Bearbeitung von Inkommensurabilitäten zu nennen ist. (2) Anstelle einer Fokussierung beliebiger Schemata zur Werte- und Prinzipienabwägung muss die Theorie die Herausforderungen der Praxis annehmen und den rechtskreativen Moment in den argumentativen Auseinandersetzungen in der Kollision unterschiedlicher Grundrechte ernst nehmen. (3) Die Schwierigkeit ist dann, die theoretische Bearbeitung von Grundrechtskollisionen der Praxis anzunähern, d.h. in erster Linie, die Wert- und Prinzipientheoreme durch sozialtheoretische Modellierungen zu substituieren: Das, was in Grundrechtskollisionslagen einander zugeordnet und kompatibilisiert wird, sind nicht Kern- und Randbereiche divergierender Prinzipien, sondern institutionelle Erwartungsensembles, in deren Kollisionen unterschiedlicher Rationalitäten behandelt werden. Die Aufgabe des Rechts in diesen Kollisionslagen ist es, Umgangsregeln für hochgezüchtete Sozialsysteme zu schaffen. Denn in der polyzentrisch ausdifferenzierten Gesellschaft stehen Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Mediensystem, Sozialwesen, Moral und andere bereit, das Recht und die gesellschaftlichen Umwelten durch Zweitcodierung für sich einzunehmen. Recht droht so vom Austragungsort von Konflikten zum Vehikel zur Durchsetzung von ökonomischen, politischen, religiösen und wissenschaftlichen etc. Rationalitäten zu werden.[941] Das gilt für das Kosten-Nutzen-Denken ebenso wie etwa für den militärischen Kalkül der Bedrohung und Abwehr. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit, oder Sicherheit suchen die Stelle der Gerechtigkeit einzunehmen und ihre partialen Teilbereichslogiken gesellschaftsweit zu institutionalisieren, notfalls auch auf Kosten des gesellschaftlichen Pluralismus. Das birgt die Gefahr, dass die demokratisch legitimierte Ordnungsleistung des Rechts in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt. Die Herausforderung ist eine doppelte, d.h. es geht einerseits darum einen wirksamen Grundrechtsschutz für Sozialsysteme gegen Expansionstendenzen anderer Systeme zu etablieren und gleichzeit zu vermeiden, dass eines der beiden Systeme das Recht usurpieren kann.

II. Schutzrichtung: Von der Handlungs- zur Kommunikationsfreiheit

Um auf diese neuartigen Grundrechtsgefährdungen adäquat reagieren zu können, müsste das Recht eine Sensibilität für konfligierende gesellschaftliche Rationalitäten entwickeln.[942] Anstelle der Absicherung von Kern- und Randbereichen universeller Prinzipien und Werte ginge es dann um die rechtliche Abstützung der Autonomien von Code- und Programmbereichen heterogener sozialer Felder. In jedem Fall muss eine zeitgemäße Form der Immediatisierung der Grundrechtsgeltung die schwarzen Löcher werthafter Leerformeln ausloten,

[941] Hierzu: *Gunther Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 65, 1996, S. 199 ff.
[942] Hier setzt *Karl-Heinz Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004, S. 12 ff., an.

um darin versteckte Gesellschaftskonzeptionen aufdecken und reformulieren zu können. Denn die Bedingungsermöglichung der Selbstkonstitution der Individuen und der Autonomiegarantie für gesellschaftliche Räume kann ihren Ausgangspunkt nicht wie in Dürigs vertikal holistischem System in der Transformation der Privatrechtsverhältnisse durch die Inkorporation einer „ethischen Unruhe“ finden. Genauso wenig kann die atomistische Monopolisierung des Grundwerteschutzes im Privatrecht der Weg sein. Vielmehr muss das Recht auf die Ausdifferenzierung der Gesellschaft reagieren und Schutz vor polyzentrischen Gefährdungen bieten. Mit anderen Worten, die grundrechtlich gebotene Generierung von Unverfügbarem im Recht kann durch Mechanismen, die das Recht an außerrechtliche und in der modernen Gesellschaft ihrerseits höchst umkämpfte Wertekonzepte binden, nicht geleitet werden. Sofern die Grundrechtsargumentation hier mit Summenkonstanzannahmen von Würde/Freiheit und Sozialbindung argumentiert, baut sie einen Widerspruch in ihre Prämissen ein, der jede beliebige Deduktion möglich macht: „So müht sich die Dogmatik wie Sisyphus, die von den Gipfeln der Grundrechte herabrollende Problematik aufzufangen und wieder nach oben zu wälzen, stets in Versuchung, schon auf halber Höhe ein Pathos anzuwenden, das nur Göttern ziemt.“[943]

1. Vom Schutz des Wertkerns zum Autonomiebereich

Während die herkömmliche Theorie Grundrechte als um Sinn- und Wertzentren gruppierte geschlossene Systeme versteht, die ein bestimmtes Menschenbild rechtlich fixieren, geht es hier um eine Perspektivenerweiterung: Grundrechte als Bollwerke gegen gesellschaftliche Totalisierungen zu stärken und Kommunikation von der Herrschaft durch Zentren, sei es die Politik, sei es das Wirtschaftssystem, sei es die Technik, zu emanzipieren. Grundrechte dienen dazu, ”das Kommunikationswesen so zu ordnen, daß es im großen und ganzen für eine Differenzierung offen bleibt. Die Garantie von Freiheit ist nichts anderes als die Garantie von Kommunikationschancen.”[944]

Das führt dazu, dass man das herkömmliche Muster der Konfliktlösung und Einheitsbildung durch teleologische Aufladung einzelner Prinzipien zum Konstituierungsmoment des Ganzen kritisch hinterfragen muss. Dann das besondere Risiko teleologischer Auslegung liegt darin, dass „das vermeintliche Abzielen auf den abstrakt gültigen Regelungszweck [...] nicht verdecken [kann], dass hier tatsächlich massive Vorurteile, Wert- und Normvorstellungen rechtspolitischer, allgemeinpolitischer, moralischer und religiöser Art unreflektiert zur Wirkung kommen.“[945]

Die Verwendung des teleologischen Arguments wird auf der Textoberfläche kenntlich, wenn dort nach „Sinn und Zweck“, „Ziel“ oder dem „Geist“ der Regelung

[943] *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 59.
[944] *Luhmann*, ebd., S. 23.
[945] *Dietrich Busse*, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: *Friedrich Müller* (Hrg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989, S. 93 ff. (99).

gefragt wird.[946] Auch die Wendung „Zweck“ erscheint häufig bei Berücksichtigung eines teleologischen Arguments. Eine weitere Wendung, die teleologische Argumentation anzeigt, ist „sollen“ oder das Wort „dient“. Die teleologische Auslegung zählt zu den zusammengesetzten Schlussformen, weil der Zweck zunächst begründet werden muss, bevor mit ihm gearbeitet werden kann. Die traditionelle Methodenliteratur sieht im Recht ein Instrument zur Verwirklichung staatlicher Zwecke. Im deutschen Rechtskreis wurde das vor allem von der sogenannten Wertungsjurisprudenz ausbuchstabiert. Allerdings ist die instrumentelle Sicht des Rechts unterkomplex. Sie übersieht bereits die funktionale Differenzierung zwischen Recht und Politik. Vor allem aber macht die Sprache und macht der rechtliche Kommunikationsprozess jeden Instrumentalismus zunichte. Zwecke kann man nur *in der Sprache* formulieren und verfolgen. Sie liegen ihr nicht im Sinn eines Repräsentationsmodells zu Grunde. Man sieht das schon daran, wie die herkömmliche Lehre die Zwecke des Gesetzes formuliert: es wird einfach eine bestimmte Lesart des Normtextes zum Zweck des Gesetzes ernannt. So ist es etwa der Zweck einer Schadenersatznorm, dem Geschädigten zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen. Dieses Vorgehen ist nicht nur zirkulär, sondern führt vor allem auch zu einem Voluntarismus, der willkürlich einzelne Lesarten als grundlegende Zwecke des Rechts auszeichnet. Das Risiko dieser Vorgehensweise wird noch erhöht, wenn man der teleologischen Auslegung Vorrang einräumt[947] und sie sogar zur Grenze vertretbarer Rechtsansichten macht: „Um eine sichere Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu gewährleisten und dem Gewaltenteilungsprinzip Beachtung zu verschaffen, darf im Wege der Auslegung die objektiv erkennbare Zielsetzung des Gesetzes nicht verfehlt werden. Diese bildet eine Grenze für die Rechtsanwendung in allen ihren Erscheinungsformen.“[948] Auch wenn man den Zweck nicht einfach behauptet oder aus einer Paraphrasierung des Normtextes gewinnt, sondern ihn mit Hilfe der Canones ableitet, liegt hier das Willkürrisiko darin, dass dieser Zweck an die Stelle der Wortlautgrenze tritt. Aus der instrumentellen Sicht wird so eine Instrumentalisierung des Rechts für die jeweiligen politischen Zwecke des Zeitgeistes.

Gebunden bleibt die Rechtserzeugung mittels teleologischer Auslegung dadurch, dass sie als zusammengesetzte juristische Schlußform zunächst eine Begründung des fraglichen Zwecks voraussetzt. „Die teleologische Interpretation ist kein selbstständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist,

[946] Vgl. *Albert Bleckmann*, Rechtsquellen, in: *Manfred Dauses* (Hrg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Band I, München 1997, Rdn. 15, Fn. 23, 25, 26.

[947] *Markus Frisch*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, Münster 2000, S. 10; *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin / Heidelberg / New York 1991, S. 343 ff., *Franz BydIinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien / New York 1991, S. 556 f.

[948] *Markus Frisch*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, Münster 2000, S. 11.

disqualifiziert sich als *normgelöste* subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbstständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die Canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem 'Telos' der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten."[949] Die Herleitung des Zwecks entscheidet über die Einordnung des teleologischen Arguments. Wird er aus Wortlaut oder Systematik abgeleitet, spricht man von der objektiv teleologischen Auslegung. Wird der Zweck aus den Materialien bezogen, heißt die Methode subjektiv teleologische Interpretation.

Aus der Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich auch das besondere Problem mit ihr. Auch sie führt keineswegs zur Sicherheit, sondern erbringt eine konfligierende Vielfalt von Ergebnissen. Dies gilt auch für die objektive Teleologie dort, wo der Normtext explizit eine Zweckbestimmung zum Ausdruck bringt. Die teleologische Auslegung kann nie den festgefügten Bahnen der Kausalität folgen. Das ergibt sich schon daraus, „dass historische Prozess und damit alles menschliche Handeln nicht objektiv bestimmt sind, sondern ins Reich der Möglichkeiten fallen, d.h. immer auch anders ausfallen können als im konkreten Fall."[950] Zum zweiten ist die teleologische Auslegung einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Man kann sich angesichts der vielen divergierenden Zielsetzungen, die sich in einer pluralistischen und zudem hochdifferenzierten Gesellschaft mit der einen Norm verfolgen lassen, nicht ihrer Wirkungen sicher über den Zweck sein. Die Kunst der teleologischen Auslegung ist es, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eigenen doppelten Kontingenz fertig zu werden und sie nicht durch das päpstliche Werturteil zu überspielen.

Die herkömmlicherweise gegen eine unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr vorgebrachten Erwägungen erweisen sich in diesem Licht nicht nur als zirkulär sondern transportieren ihre eigene Kontingenz gleich mit. Exemplarisch sei hier auf Claus-Wilhelm Canaris verwiesen. In einem neueren Text, der die europarechtliche Drittwirkungsdogmatik vor dem Hintergrund der deutschen Drittwirkungstheorien diskutiert, fasst er die wichtigsten Einwände gegen eine unmittelbare Grundrechtsgeltung in drei Überschriften zusammen, deren Struktur auf eine teleologische Argumentation hinweist, die ihr quod erat demonstrandum nicht verbirgt und darum das zu Zeigende als Gezeigtes ausgibt, ohne invisibilisieren zu können, dass die von Canaris behauptete spezifische Signifikats-Signifikants-Beziehung kontingent ist. Unter den Titeln „Normstruktur der Grundrechte: Umkehrschluß aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, Funktion der Gesetzesvorbehalte und Bedeutung des Übermaßverbots", „Die Gefährdung

[949] *Friedrich Müller / Ralph Christensen*, Juristische Methodik, 9. Aufl., Berlin 2004, Rdn. 364.

[950] *Philippe Mastornardi*, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, in: Gesetzgebung heute 1998, S. 69 ff. (69).

der Privatautonomie und der Grundstrukturen des Privatrechts“ und die „Problematik der sozialen Macht“ verhandelt Canaris die üblicherweise gegen eine unmittelbare Geltung vorgebrachten Argumente. Auch wenn diese in allen Texten der herrschenden Lehre mantraartig wiederholten Gründe hier als bekannt vorausgesetzt werden können, seien sie kurz skizziert: (1) Art. 1 Abs. 3 GG binde nach seiner *Normstruktur* nur die Staatsgewalt. (2) Art. 9 Abs. 3 GG *belege durch seine bloße Existenz*, dass dann, wenn die Grundrechte privatrechtliche Folgen anordnen wolle, dies explizit gemacht worden sei. (3) Die Systematik der Gesetzesvorbehalte passe im Privatrecht nicht. Insbesondere ließen sich die Gesetzesvorbehalte nur mit dem verfassungsrechtlichen Übermaß *sachgerecht* anwenden. (4) Das Privatrecht habe mit den §§ 138, 242, 826 BGB eigene Übermaßverbote, die *aus gutem Grund* gerade nicht auf den Maßstäben der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit aufbauten. (5) Die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung führe zu *übermäßigen* Einschränkungen der Privatautonomie, für die die Maxime stat pro ratione voluntas *schlechterdings essentiell* sei. (6) Mit dem Kriterium der sozialen Macht könne eine unmittelbare Drittwirkung nicht begründet werden, weil sich private Macht von öffentlicher Gewalt *grundlegend unterscheide* usw.[951]

All diese Formulierungen führen ihr eingeschlossenes Ausgeschlossenes auf der Innenseite mit. Die zahlreichen Argumentationsverstärker „schlechterdings essentiell, grundlegend, sachgerecht, bloße Existenz, aus gutem Grunde“ können nicht darüber hinwegtäuschen, dass man die Geschichte der Drittwirkung anders erzählen kann, als Claus-Wilhelm Canaris dies in seinem Beitrag tut. Man könnte dann mit frühen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts auf einen „Bedeutungswandel der Grundrechte“ hinweisen und darauf dringen, dass „zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, […] vielmehr Ordnungssätze für das soziale Leben [sind], die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den privaten Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben […] Auch das normative Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat (Art. 20, 28), das für die Auslegung des Grundgesetzes und anderer Gesetze von grundlegender Bedeutung ist, spricht für die unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechtsbestimmungen, die für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen und sozialen Gemeinschaft unentbehrlich sind.“[952] Man könnte auf die Notwendigkeit verweisen, im Privatrechtsverkehr

[951] *Claus-Wilhelm Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: *Hartmut Bauer* u.a. (Hrg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. FS Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 29 ff. (35 ff.).

[952] BAGE 1, 185 (193f.); siehe auch BAGE 24, 438 (441) ; BAG NJW 57, 1688 (1689) und BGHZ 13, 334, 338, der BGH geht hier davon aus, dass „das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde und freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates von jedermann zu achtendes Recht anerkennt“. Aus der Literatur: *Hans Carl Nipperdey*, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, S. 445 ff. (447); *Hildegard Krüger*, Die Verwaltung als Arbeitgeber und Dienstherr von verheirateten weiblichen Angestellten und Beamtinnen, DÖV 1950, S. 701 ff. (703). Vgl. auch *Hans Carl Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht. Eine Universitätsrede, in: *ders.* (Hrg.), Festschrift für Erich Molitor, München

verhindern zu müssen, dass Freiheitsräume dazu verwendet werden, andere Bürger „an der Verwirklichung ihrer gleiche Freiheit tatsächlich oder rechtlich zu hindern oder in unzumutbarer Weise einzuschränken.“[953] Und man könnte auf Art. 1 Abs. 2 GG deuten, wonach die Grundrechte „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ sind. Liest man diese Norm in Zusammenhang mit der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG eröffnete sich ein ganz anderer Blick und vor allem die die Möglichkeit, die Grundrechte zu entsubstantialisieren und Schutzmechanismen gegen polyzentrische Gefährdungen von Autonomieräumen in die Privatrechtsverhältnisse einfließen zu lassen. Der Rekurs auf „(ungeschriebene) Schranken der Privatautonomie“, ohne den Claus-Wilhelm Canaris nicht auszukommen glaubt,[954] erweist sich dann als obsolet, da er den Geltungsumfang der Grundrechte beschränkt und durch ungeschriebene Normen in gewachsenen Ordnungen zu ersetzen sucht.

Das wichtigste Argument gegen die von Canaris benutzte Argumentation der mittelbaren Drittwirkung ist allerdings, dass diese Theorie an ihren eigenen Voraussetzungen scheitert. Zwar verzichtet sie, anders als noch Dürig und Nipperdey, auf die Fixierung eines einheitlichen Menschenbildes der Verfassung und setzt an die Stelle einer Homogenisierung des Rechts über dieses einheitliche Menschenbild die Sache Recht im Rahmen eines hermeneutischen Konzepts des juristischen Verstehens. Doch hier wiederholt sie den Grundfehler der aporetisch vorgehenden Würde-Zentriker, indem sie den Begriff der Privatautonomie außer Streit zu stellen sucht. Übermäßige Einschränkungen der Privatautonomie, für die die Maxime stat pro ratione voluntas schlechterdings essentiell, seien zu vermeiden, ist das Credo, das der Strategie folgt, die Möglichkeitsbedingungen der Privatautonomie zu invisibilisieren. Gerade um diese dreht sich aber der Streit um die Grundrechtsgeltung in Privatrechtsverhältnissen, weshalb Canaris letztlich nur die Formel ‚Privatautonomie ist Privatautonomie' variiert, deren grundrechtliche Bedingtheit negiert und das Privatrecht im Zeitalter gesellschaftlicher Differenzierung über eine vorgeblich außer Streit stehende Idee der Privatautonomie zu administrieren und aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten sucht.

2. Kompatibilisierung von Autonomiebereichen

Ein solcher archimedischer Punkt, von dem aus man die Einheit des Rechts fixieren könnte, ist allerdings nicht verfügbar. Die verfassungsrechtliche Durchformung des Privatrechts macht nicht halt bei der grundrechtlichen Absicherung eines vorrechtlichen Privatautonomiekonzeptes. In frühen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs kommt genau dies zum Ausdruck. So hat der BGH für den Fall heimlicher Tonbandaufnahmen 1958 entschieden: „Die Bestimmungen in Art. 1 und 2 GG, in denen die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht eines jeden auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit als Grundwerte

1962, S. 17 ff. (24 und 26).

[953] *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 264 ff. (272).

[954] *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff. (235).

unserer Rechtsordnung anerkannt sind, binden nicht nur den Staat und seine Organe, sondern sind auch von jedermann im Privatrecht zu achten. In die gleiche Richtung weist auch der die private Rechtssphäre schützende Art. 8 der in der Bundesrepublik Deutschland seit dem 3. September 1953 geltenden Konvention des Europarats zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950".[955] Hier weist die Semantik der Grundwerte bereits daraufhin, dass der BGH unter dem Eindruck der Debatte zwischen Nipperdey und Dürig und im Geist einer Zeit sprach, die die Unantastbarkeit der Menschenwürde, so wie sie in Art. 1 Abs. 1 GG garantiert ist, als ein werthaltiges Konzept verstand und auf diese Weise suchte, oberste Grundwerte entweder vollständig dezentriert zu denken und in zivilrechtliche Semantik zu übersetzen (Nipperdey) bzw. sie in ein durch ein Würdezentrum gesteuertes rechtslogisches System zu überführen (Dürig).[956]

Die Alternative hierzu ist: Die ubiquitäre Privatautonomiebalancierung und ihr Bezug zum Sozialstaatsprinzip ist aufzugeben, da es nicht gelingt, ein verfassungsrechtliches Menschenbild zu fixieren und einen darauf bezogenen konsistenten Schutzstandard rechtlich zu stabilisieren. Argumentationen, die als Telos eine Trennung von Staat und Gesellschaft einführen und meinen, von der Innenseitte dieser Unterscheidung, d.h. vom Staat, aus, die Grundrechte in ein rechtslogisches System überführen zu können, sind durch ein polykontexturales Konzept, das auf gesellschaftliche Autonomieräume setzt, zu substituieren. Denn die Begriffe Freiheit und Würde sind als werthaft formulierte Bezeichnungen für die Innen- und Außenproblematik der Selbstkonstitution von Individuen zu verstehen und sichern unabhängige Erwartungsbildung fern der systemischen Zentren:[957] „Denn Selbstdarstellung ist jener Vorgang, der den Menschen in Kommunikation mit anderen zur Person werden läßt und ihn damit seiner in seiner Menschlichkeit konstituiert. Ohne Erfolg in der Selbstdarstellung, ohne Würde, kann er seine Persönlichkeit nicht benutzen. Ist er zu einer außreichenden Selbstdarstellung nicht in der Lage, scheidet er als Kommunikationspartner aus".[958] Nicht die „Aufdeckung" ungeschriebener Voraussetzungen der Privatautonomie ist dann das Programm, auch nicht die Administration hochspezialisierter Sozialsysteme über ein Würdezentrum, son-

[955] BGHZ 27, 284 ff. (285f.).

[956] Eine Parallele findet sich in der internationalrechtlichen Diskussion in der Alston-Petersmann-Kontroverse, in der zum Ausdruck kommt, dass die Referenzautoren es entweder nur der UN (Alston) oder vornehmlich der WTO (Petersmann) zutrauen, für einen adäquaten Grundrechtsschutz zu sorgen, siehe: *Philip Alston*, Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann, European Journal of International Law 13 (2002), S. 815 ff.; *Ernst-Ulrich Petersmann*, Time for a United Nations ‚Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration, European Journal of International Law 13 (2002), S. 621 ff. und *ders.*, Taking Human Rights, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston, European Journal of International Law 13 (2002), 845 ff.; zur Diskussion: *Andreas Fischer-Lescano / Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006, S. 78 f.

[957] *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 98.

[958] *Luhmann*, ebd., S. 69.

dern die Generierung rechtlicher Unverfügbarkeiten in rechtlichen Konstitutionalisierungsprozessen, in denen die kontextspezifischen Gefährdungen für die Selbstkonstituierung der Individuen einzuhegen sind und komplementär dazu gesellschaftliche Autonomieräume rechtlich abzusichern sind. Denn die Vielzahl gesellschaftlicher Medien ist Ausdruck sozialer Differenzierung. Sie "erklärt die Vielzahl der Grundrechte und die Unmöglichkeit sie auf eine einzige ideologische oder dogmatische Formel zu bringen. Deshalb kann es kein dogmatisches 'System der Grundrechte' geben und deshalb sollte die Auslegung der Grundrechtsbestimmungen das soziologische Vorfeld nicht länger vernachlässigen."[959]

Weder Werte-, noch Prinzipien stehen als Höchstwerte rechtslogischer Einheitsbildung zur Verfügung und auch methodisch geleitete Interpretationstechniken, die das Werkzeug zur Erzeugung der Rechtseinheit den Hilfsbehältern der teleologischen Auslegung entnehmen wollen, laufen immer wieder zirkulär auf. Es geht darum im Fall von Widersprüchen kollidierender Grundrechte nicht um die Herstellung von Einheit sondern um die Entwicklung eines Umgangsrechts in der Kollision gesellschaftlicher Autonomiebereiche.

a. Funktionäre der Rechtsordnung Als Ludwig Raiser den Rechtsträger "als Mittel zum Zweck des Institutionenbegriffs" und als "Funktionär der Rechtsordnung" bezeichnete,[960] knüpfte er an Formulierungen Hans Kelsens an, der das subjektive Recht als eine Rechtsmacht formuliert, die einer Rechtsperson die gerichtliche Geltendmachung eines Reflexrechts, d.h. einer "Pflicht, deren Nichterfüllung durch die Ausübung der Rechtsmacht geltend gemacht wird",[961] ermöglicht. In beiden Formulierungen kommt ein Verhältnis von Rechtsperson und Recht zum Ausdruck, das ungleich komplexer ist, als es die traditionelle Formulierung subjektiver Rechte impliziert. Beide Formulierungen legen das Konzept "subjektiver Recht" als rechtsdogmatisches Konstrukt – der Rechtszugangskanalisierung[962] – offen. Das transsubjektive Moment dieses Konstruktes liegt darin, dass der individuell zu entscheidende Fall Ausdruck eines gesellschaftlichen Konfliktes ist – "Was mir geschehen ist, ist ja nur ein einzelner Fall und als solcher nicht sehr wichtig, da ich es nicht sehr schwer nehme, aber es ist ein Zeichen eines Verfahrens, wie es gegen viele geübt wird. Für diese stehe ich hier ein, nicht für mich."[963]

Die doppelte Leistung des Verfahrens ist es, den individuellen Konflikt in Rechtsprache zu transformieren und rechtlich entscheidbar zu machen. Im Verfahren kulminieren zwei Dimensionen eines rechtlichen Signifikationsprozesses:

[959] *Luhmann*, ebd., S. 36.

[960] *Ludwig Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Tübinger Juristenfakultät (Hrg.), Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S. 145 ff. (159).

[961] *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 140.

[962] "Als Markierung einer Form mit zwei Seiten begriffen, bietet das subjektive Recht eine Freiheitsgarantie in doppeltem Sinne: für den Rechtsinhaber und für den, gegen den mit solchen Rechten nichts auszurichten ist." (*Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 488).

[963] *Franz Kafka*, Der Prozess (1914/15), Rede von K. vor dem Untersuchungsrichter.

Anlässlich konkreter Einzelkonflikte werden "Grundsatzfragen" erörtert, die über den jeweiligen Einzelfall hinaus normative Erwartungen stabilisieren sollen. Welches Erwarten zukünftig zu Recht von anderen erwartet werden kann, ist die Frage, die die Individualkonflikte transzendiert und jede Gerichtsentscheidung auch zu einer Entscheidung in einem gesellschaftlichen Konflikt macht. Wenn hierbei eine sachgerechte Entscheidung gelingen soll, ist der gesellschaftliche Realkonflikt in die Rechtsfrage zu übersetzen, sind etatistische Reduktionismen zu vermeiden und müssen im Recht Fälle der Gefährdung der Leib/Seele-Integrität von Menschen durch gesellschaftliche „Institutionen", d.h. in erster Linie private formale Organisationen und private Regimes (Wirtschaftsunternehmen, private Verbände, Krankenhäuser, Schulen, Universitäten als formale Organisationen; allgemeine Geschäftsbedingungen, private Standardisierungen und ähnlich private Normierungen als private Regimes),[964] thematisiert werden. *Die Dramatik der Probleme wird sichtbar, die Schärfe der Entscheidungsoptionen gewinnt an Profil, wenn im Verfahren auf die Augenwischerei der Prinzipien- und Werteoptimierung verzichtet wird. Denn diese versucht gesellschaftliche Auseinandersetzung über institutionelle Probleme mit vertikal-holistischer Tendenz zu kaschieren.* Das hat dysfunktionale Auswirkungen, da es nicht annähernd möglich ist, die integritätsgefährdenden Kommunikationsaktverkettungen rechtlich abzubilden und ihre expansiven Dynamiken sichtbar zu machen. Den Fokus auf institutionelle Inkommensurabilitäten umzustellen, ist zugleich Möglichkeitsbedingung rechtlicher Formbarkeit von Inkompatibilitätsnormen zwischen Menschen, Personen, natürlichen Umwelten und Institutionen.

b. Institutionenbegriff Der Institutionenbegriff ist seinerseits eine Simplifizierung, die vor allem die komplizierten Übersetzungsleistungen bei der Kommunikation über Außerkommunikatives nicht transparent machen kann. Das Abstellen auf Institutionen hat aber "für Juristen, die sich gezwungenermaßen an Normen und Personen orientieren, den unschätzbaren Vorteil, dass Institution als Normenbündel definiert ist und zugleich personifiziert werden kann."[965] Damit unterscheidet sich die rechtssoziologische Konzeption freilich von dem in frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verwendeten Institu-

[964] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private' transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E., hier auch die Nachweise zur Renaissance des Institutionenbegriffs: *Julia Black*, New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis Institutionalist Approaches to Regulatory Decision Making, Law & Policy 19 (1997), S. 51 ff.; *W. Richard Scott*, Institutions and Organisations, 2. Aufl., Thousand Oaks 2001, S. 21 ff.; *David E. Apter*, Institutionalism Reconsidered, International Social Science Journal 43 (1991), S. 463 ff.; *Peter B. Evans/Dieter Rueschemeyer/Theda Skocpol* (Hrg.), Bringing the State Back In, Cambridge 1985; *Peter A. Hall*, Governing the Economy: The Politics of State intervention in Britain and France, New York 1986; *James March/Johan P. Olsen*, The New Institutionalism: Organisational Factors in Political Life, American Political Science Review 78 (1984), S. 734 ff.

[965] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private' transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E.

tionenbegriff[966] und den in Anknüpfung an die Formulierungen Carl Schmitts sogenannte Institutsgarantien.[967] Die Weimarer Verfassungslehre entwickelte hierbei die Tendenz, die Realverhältnisse durch Identifizierung übergeordneter Institutsgarantien dem Zugriff durch den (verfassungsändernden) Gesetzgeber zu entziehen.

Im Unterschied zu einem solchen institutionalistischen Denken, das in der Tradition von Maurice Hauriou, Santi Romano bis zu Carl Schmitt gesellschaftliche Kräfteverhältnisse als "Institution" festzuschreiben und vor gesellschaftlichen Veränderungsprozessen zu immunisieren sucht,[968] geht es hier gerade um die gegenläufige Strategie: die gesellschaftlichen Umwelten sind vor den anonymen institutionellen kommunikativen Matrices zu schützen, gesellschaftliche Normierungsprozesse "in dynamischen Netzwerken von Beziehungen, die ständig um- und neugeschrieben werden," sind rechtlich abzustützen.[969] Das trifft sich mit den Grundgedanken einer "inpersonalen" Grundrechtstheorie, die von Helmut Ridder im Hinblick auf die Pressefreiheit ausgearbeitet wurde.[970] Helmut Ridders Konzept ist weitaus anspruchsvoller, als die Kritik am Grundrechtsinstitutionalismus aus der Schmitt-Schule vermuten lässt, die simplifizierend darauf abstellt, dass die Institutionalisierung von ursprünglich rein individuell zu verstehenden Freiheitsrechten, die "nachdem sie aus deren Bereich hinaus- und in neue Bahnen anderen Ursprungs hereingewachsen sind" und durch einen "Vorgang der 'Funktionalisierung'" einen Prozess gesellschaftlicher Institutionalisierung durchlaufen haben,[971]

[966] Siehe bspw. BVerfGE 10, 118 (121). Das Bundesverfassungsgericht meidet den Begriff nach anfänglich häufiger Verwendung mittlerweile, vgl. die Darstellung bei *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, Tübingen 1996, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, Rdn. 68 f.

[967] *Carl Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, Berlin 1931; *ders.*, Verfassungslehre, 1928, S. 170 ff.; die Kritik von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff. (1533), an institutionellen Grundrechtsinterpretationen in frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts argumentiert vom Standpunkt eines Schmittianisch geprägten Institutionenbegriffs aus und setzt Eingriffe in außerpolitische Institutionen im Rahmen eines Summenkonstanzprinzips mit Freiheitsverlusten gleich. Dieser Freiheitsbegriff reduziert Freiheit auf Staatsferne und will von subtileren Formen der Freiheitsgefährdung nichts wissen. Hingegen rückt zwar *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962, vom Verständnis der Vorbehaltsgesetzgebung als Eingriff in vorkonstituierte Grundrechte ab, kehrt dann aber zum rein formalen, vertikal-holistischen Modell einer Abwägung zurück, darum "weist seine Schrift den Weg nicht" (*Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 208, FN 11).

[968] Siehe bspw. *Maurice E. Hauriou*, Die Theorie der Institution, Berlin 1965; Santi Romano, Die Rechtsordnung (L'ordinamento giuridico) Berlin 1975; *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 2. Aufl., Berlin 1993.

[969] *Thomas Vesting*, Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie, Der Staat 41 (2002), S. 73 ff. (90); siehe auch *ders.*, Prozedurale Rundfunkfreiheit, Baden-Baden 1997, S. 220 ff.

[970] *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 81 ff.; *ders.*, Die öffentliche Aufgabe der Presse im System des modernen Verfassungsrechts, Wien 1962.

[971] *Helmut Ridder*, Die Meinungsfreiheit, in: *Franz L. Neumann / Hans Nipperdey / Ulrich Scheuner* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 242 ff. (250).

eine Freiheitsbeschränkung im Sinne übergeordneter politischer Zwecke der jeweiligen Institution impliziere.[972] Die Kritik missversteht, dass institutionelle Grundrechtskonzepte mit der Verteilschema-Dichotomie des Schmittianischen Freiheitsbegriffs nicht annähernd erfasst werden können. So setzt beispielsweise Ridders Institutionenbegriff weder an der Privat- noch in der Politiksphäre an, sondern sucht Selbststeuerungskapizitäten "inpersonaler" Normenbündel in einer eigenen Sphäre des Öffentlichen nutzen und originär demokratischen Regulierungsformen zugänglich zu machen.[973] Karl-Heinz Ladeur hat dieses Konzept prägnant zusammengefasst: "Es geht dann verfassungsrechtlich um eine Art Kollisionsrecht, das Fremdregulierung nur so weit zuläßt, wie Selbstorganisationsprozesse in der Presse sich selbst zu blockieren drohen oder – etwa im Rundfunk, jedenfalls in der Vergangenheit – Freiheit nur durch eine staatliche Vorgabe für die Organisation von Vielfalt möglich erschien. Jedenfalls erweist sich die Formel von der inpersonalen Freiheit insofern als produktiv, als sie im Gegensatz zur Unterstellung einer objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte die Selbstorganisation von Regeln durch einen geschützten Handlungsbereich stärker akzentuiert und damit 'Ausgestaltung' von vorneherein auf die Kooperation von Selbst- und Fremdregulierung festlegt. Inpersonale Freiheit bezeichnet damit den Schutz der Selbstdefinition eines Prozesses der Meinungsbildung, dem auch die Fähigkeit zur Reflexion auf seine Regelhaftigkeit zugeschrieben wird. Diese Fähigkeit zur Selbstorganisation wird durchaus plausibel als Freiheit geschützt, deren inpersonaler Charakter sich darin zeigt, daß es nicht um die Selbstdefinition von Individuen, sondern die distribuierte Erzeugung einer eigenständigen Regelhaftigkeit geht."[974]

III. Von der mittelbaren zur unmittelbaren Geltung der Grundrechte

Generalisiert man dies und fasst die institutionellen Grundrechtskollisionslagen im Ridderschen Sinn, erweisen sich Summenkonstanzannahmen von individuellem Freiheitsprinzip und polit-systemischer Sozialbindung als inadäquat. Sie berechnen die subtilen Freiheitsgefährdungen in anderen "öffentlichen Sphären" nicht mit und sie verkennen, dass die Funktion subjektiver Rechte darin liegt, an Stellen, an denen gesellschaftliche Autonomieräume gefährdet sind, rechtliche Zugangsmöglichkeiten zu eröffnen. Keine Rechtsentscheidung kann hierbei ohne die Bezugsetzung zu grundrechtlich gesicherten Autonomieräumen beurteilt werden. Die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen im Bereich der Privatrechtsverhältnisse liegt nicht in einem grundrechtlichen Vakuum, sondern jede Berufung auf ‚das Recht' im Privatrechtsverkehr – sei es in

[972] *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff. (1533).

[973] *Helmut Ridder*, Die Meinungsfreiheit, in: *Franz L. Neumann/Hans Nipperdey/Ulrich Scheuner* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1954, S. 242 ff.; *ders.*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 85 ff.

[974] *Karl-Heinz Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 32 (1999), S. 281 ff. (290).

Vertragsbeziehungen, sei es innerhalb privatrechtlicher Organisationen, sei es innerhalb von Rechtfertigungsargumentationen in Bezug auf unerlaubte Handlungen, sei es im Rahmen rechtlich eingehegter Netzwerkverhältnisse, sei es im Rahmen der Bildung von Gewohnheitsrecht – auch eine grundrechtliche Dimension entfaltet. Das Recht, anders gesagt, ist ohne Verfassungsbezug nicht zu haben.[975]

1. Drei Dimensionen der Grundrechtsbindung

Daraus ergeben sich insbesondere drei Dimensionen[976] der Zuteilung von Rechten unmittelbar aus den Grundrechten, wenn die Vereinbarkeit von einfachem Recht mit Verfassungsrecht in Frage steht:

a. Grundrechtsbindung der Legislative Die erste Dimension bezieht sich auf den Privatrechtsgesetzgeber. Es entspricht der herkömmlichen Auffassung von Grundrechten als Abwehrrechte, dass sie gegen Eingriffe des Privatrechtsgesetzgebers in grundrechtliche Autonomieräume Schutz bieten.[977] Die Versuche, eine solche Bindung zu entkräften, stellen regelmäßig darauf ab, dass Privatrechtsgesetzgebung vornehmlich dem Ausgleich privater Interessen diene und öffentliche Belange bestenfalls am Rande berühre.[978] Das verkennt, dass der Privatrechtsgesetzgeber als Gesetzgeber öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG und damit an die Grundrechte gebunden ist und dass der Ausgleich privater Sphären kein privatrechtliches Spezifikum bildet. So verwendet das Bundesverfassungsgericht in den Fragen der Kollision allgemeiner Persönlichkeitsrechte und Meinungsfreiheitsrechte in zivilrechtlichen wie auch strafrechtlichen Auseinandersetzungen in Sache und Wortlaut (nahezu) identische Formulierungen.[979] Wenn der privatrechtsgestaltende Gesetzgeber in Grundrechte eingreift, dadurch dass er bspw. das Recht auf freie Meinungsäußerung beschneidet, kann er von seiner Grundrechtsbindung nicht durch die Figur der Grundrechte als objektive Grundsatznormen entbunden werden.[980] Dies beförderte eine ‚Flucht ins Privatrecht', da dann Regelungen im BGB im Unterschied zu Regelungen im

[975] Zur Situation im englischen Recht: "The values embodied in articles 8 and 10 [ECHR] are as much applicable in disputes between individuals or between an individual and a non-governmental body such as a newspaper as they are in disputes between individuals and a public authority." (Lord Nicholls of Birkenhead in *Campbell v. MGN Ltd.* [2004] 2 W.L.R. 1232).

[976] Dass die Exekutive an die Grundrechte gebunden ist, ist eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit und mit dem Vorbehalt des verfassungswidrigen Gesetzes verknüpft. Das muss hier nicht eigens ausgeführt werden.

[977] Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 87, 348, 355 ff.; 84, 168, 178 ff.

[978] *Ingo von Münch*, in: *ders. / Philip Kunig*, Grundgesetz, 5. Aufl., 2000, vor Art. 1-19, Rdn 33.

[979] *Johannes Hager*, Grundrechte und Privatrecht, JZ 49 (1994), S. 373 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

[980] So aber: *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff. (2 ff.); differenzierend aber in der Tendenz ebenso: *Jost Pietzcker*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: *Hartmut Maurer* (Hrg.), Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig, München 1990, S. 345 ff. (352).

Bundesimmissionsschutzgesetz in unterschiedlichem Maße grundrechtsgebunden wären[981] und verkennt die in Art. 20 III GG wiederholte Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte, die auch bei privatrechtsgestaltender Legislation gilt. Die Grundrechtsfunktion der Eingriffsabwehr kann bei der Gesetzgebung im Privatrecht nicht einfach ausgeschaltet werden, zumal privatrechtliche Normen mit öffentlich rechtlichen Normen vielfach verknüpft sind. Beispielsweise sind im Bereich der Unterlassungsansprüche und Strafbarkeitsfragen im Hinblick auf Vermögens- und Persönlichkeitsdelikte ohne interlegale Inbezugsetzung nicht beantwortbar.

b. Grundrechtsbindung der Judikative Die Bindung an die Grundrechte gilt auch für die Judikative. Auch sie ist öffentliche Gewalt im Sinn von Art. 1 Abs. 3 GG. Für Schwabe war dieser Grundsatz im Rahmen seiner "etatistischen Konvergenztheorie"[982] das Einfallstor zu einer umfassenden Kritik der „sogenannten Drittwirkung der Grundrechte“,[983] im Zuge derer er die umfassende Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte zu begründen suchte. Er verstand den Rechtsschutz für privates Handeln als Durchsetzung grundrechtsgebundenen Verhaltens und nahm eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater und im Ergebnis eine Grundrechtsbindung der Rechtsprechung an.[984] Die herrschende Meinung hat sich diesem dogmatischen Unternehmen stets widersetzt. Sie hat zwar eine Bindung der Judikative an den Gleichheitssatz angenommen, allerdings eine abwehrrechtlich begründete Grundrechtsbindung abgelehnt.[985] Letzteres überzeugt allein schon deshalb nicht, weil immer dort, wo unter staatlicher Urheberschaft Grundrechtspositionen geschmälert werden, Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatlich verantwortete Eingriffe

[981] *Johannes Hager*, Grundrechte und Privatrecht, JZ 49 (1994), S. 373 ff. (375).

[982] *Josef Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, Heidelberg 1992, § 111, Rdn. 118.

[983] *Jürgen Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971, 88 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 185 (1985), S. 1 ff.; *ders.*, Bundesverfassungsgericht und ‚Drittwirkung' der Grundrechte, AöR 100 (1975), S. 442 ff., *ders.*, Drittwirkung und kein Ende, NJW 1976, S. 229 f.; *ders.*, Ins Horn gezwickt, JZ 2004, S. 393 ff. (396 f.). Das in der letztgenannten Schrift aufgeführte Beispiel eines Vertriebsverbots von Schoko-Puffreis-Osterhasen zeigt die undifferenzierte Differenzierung der Lehre auf, nach der gegen die Privatrechtsgesetzgebung anders als bei der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung Grundrechte als Abwehrrechte nicht anwendbar seien. Interessanter als die Frage der Einordnung der legislativ erlassenen Primärnorm sind allerdings die Fälle, in denen über die Grundrechtsbindung Privater bei vertraglichem und tatsächlichem Verhalten zu entscheiden ist, ohne dass eine legislativ strukturierte Entscheidung bereits vorläge. Schwabe verhilft sich hier mit einer Erlaubniszurechungsfiktion, gegen die abwehrrechtlich vorgegangen werden könnte. Tatsächlich geht es aber darum, die dezentralen Gefährdungen durch dezentrale Abwehrrechte unmittelbar gegen Privatverhalten – und unabhängig von der Einordnung des entscheidenden Gerichtskörpers als staatliche Gewalt – bearbeiten zu können.

[984] Aus jüngerer Zeit: *Jürgen Schwabe*, Grundrechte und Rechte anderer, in: *Manfred Aschke* (Hrg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich von Zezschwitz, Baden-Baden 2005, S. 29 ff.; *ders.*, Phantomjagd: die Grundrechts-Drittwirkung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Lerke Osterloh* (Hrg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. FS Peter Selmer, Berlin 2004, S. 247 ff.

[985] *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 122 ff.

zur Geltung kommen müssen.[986] Andererseits überdehnen etatistische Konvergenztheorien den Begriff der staatlichen Urheberschaft und rechnen durch die Fiktion einer '(schwachen) Erlaubnisgesetzgebung durch Unterlassen' jede nicht-staatliche Gefährdung von Autonomieräumen staatlicher Regelung in Form 'schwacher Erlaubnis' zu.[987]

Während etatistische Reduktionismen die Polyzentrik der Gefährdungslagen verkennen und im Ergebnis zur rechtlichen Etablierung einer politischen Totalverantwortlichkeit führen, die die Virulenz der Inkommensurabilitätsherausforderungen unterschätzt, ist die Auffassung, dass Grundrechte lediglich objektive Wertentscheidungen darstellen, aus denen Abwehrrechte nicht fließen können, unhaltbar, weil sie die Rechtsprechungsfunktion auf Rechtsnormerkenntnis reduziert und die auctoritatis interpositio unterschlägt: Gerichtliche Rechtsentscheidungen haben einen eigenen rechtskreativen Moment. Jede Gerichtsentscheidung bringt eine Entscheidungsregel zur Welt. Dass diese durch das Bundesverfassungsgericht einer grundrechtlichen Überprüfung und als Rechtsregel an Grundrechten gemessen wird, zeigt jede Urteilsverfassungsbeschwerde. Auch wenn eine rechtliche Überprüfung bisweilen nur eingeschränkt erfolgt, hat dies seinen Grund nicht in Fragen der Grundrechtsgeltung sondern in einer Zurücknahme der Kontrolldichte, die die verfassungsgerichtliche Übernahme von Aufgaben einer ‚Supervisionsinstanz' zu verhindern trachtet. „Grundrechte strahlen nicht aus, Grundrechte gelten", hat Gerhard Robbers in diesem Zusammenhang formuliert.[988] Und in der Tat: Die Fachgerichte konkretisieren verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte, ohne dass sie Subsumtionsautomat des einfachen oder des verfassungsrechtlichen Gesetzgebers sind. Vielmehr kommt ihnen in einem eigenständigen Sinne die Rolle als Kreationär von Rechtssätzen zu. Die in der Verfassungsjudikatur entwickelten Heck'schen und Schumann'schen Formeln,[989] die fragen, wann ein gerichtlicher Entscheidungssatz als legislativer Rechtssatz grundrechtliche Abwehrrechte verletzen würde, suchen dieses Moment einzufangen. Warum fachgerichtlich generierte Rechtsregeln anders als legislative Rechtsnormen außerhalb des Geltungsbereichs der Grundrechte liegen sollen, ist dabei nicht einsichtig. Konsequenterweise ist die verfassungsgerichtliche Praxis denn auch nach anfänglichen Irrwegen[990] mittlerweile davon geprägt, dass sie die Bindung der Gerichte an geltende Grundrechte annimmt. Die Fachgerichte, so der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts, müssen „dem durch zivilrechtliche Normen ausgestalteten Grundrecht Rechnung tragen, damit dessen wertset-

[986] *Claus-Wilhelm Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, in: *Hartmut Bauer* u.a. (Hrg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. FS Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 29 ff. (31).

[987] Vor allem *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985, S. 88 ff.; *Jürgen Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971, S. 213 ff.

[988] *Gerhard Robbers*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, S. 935 ff. (937).

[989] Letztere nach *Ekkehard Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963, S. 207.

[990] Siehe nur BVerfGE 73, 261.

zende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt."[991] In einer jüngeren Entscheidung ist das Bundesverfassungsgericht dann zu Recht so weit gegangen, dass es einen funktionellen Unterschied von gerichtlich gebildeten und legislativ generierten Rechtsnormen verneint. Indem es eine Pluralität von Formen der Regelungskreation anerkennt, weitet das Bundesverfassungsgericht den Anwendungsbereich des § 79 Abs. 2 BVerfGG dahingehend aus, dass es keinen wesentlichen Unterschied machen dürfe, „ob eine nicht mehr anfechtbare Entscheidung im Sinne dieser Regelung auf der verfassungswidrigen Auslegung einer Rechtsnorm oder auf einer verfassungswidrigen Vorschrift beruht. Im ersten Fall hat das Bundesverfassungsgericht, wenn von mehreren nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen möglichen Deutungen des Norminhalts wenigstens eine mit dem Grundgesetz übereinstimmt, die Norm als solche nicht beanstandet, sie vielmehr verfassungskonform ausgelegt und nur die als verfassungswidrig erkannte Interpretationsvariante verworfen […]. Für die Zukunft bleibt diese Variante wie die nichtige und die mit dem Grundgesetz nicht vereinbare Bestimmung in den Fällen der Nichtig- und der Unvereinbarerklärung von der weiteren Rechtsanwendung ausgeschlossen."[992]

c. Grundrechtsbindung Privater Wie gezeigt, hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass der Lehre von der so verstandenen unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aus systematischen, historischen und teleologischen Erwägungen heraus nicht gefolgt werden könne. Im Einklang mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur[993] wendet das Bundesverfassungsgericht[994] darum lediglich eine mittelbare Drittwirkungsdoktrin an, die sich auf eine Grundrechtsgeltung im Bereich der Privatrechtsordnung konzentriert und dabei zugleich impliziert, dass die privaten Akteure selbst keiner direkten Verpflichtung aus Grundrechten unterliegen.[995] Wie das Adjektiv „mittelbar" allerdings bereits andeutet, geht die Grundrechtstheorie dabei von einer Grundrechtsgeltung zwischen Privaten aus, wenn eben auch mediatisiert durch die Normen des Privatrechts.

Dies unterschätzt die polykontexturalen Gefährdungslagen, die durch totalisierende Medien nicht polit-rationaler Natur generiert werden können. Es

[991] BVerfG 100, 289 (304).

[992] BVerfG, 1 BvR 1905/02, Beschluss vom 6. Dezember 2005, Rdn. 38.

[993] *Ingo von Münch*, in: *ders./Philip Kunig*, Grundgesetz, 5. Aufl., München 2000, Vorb. Art. 1-19 Rn 31 m. w. N.

[994] BVerfGE 7, 198 (205) - Lüth Urteil; 73, 261 (269); 84, 192 (194).

[995] Diese Implikation wird besonders deutlich bei *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), S. 202 ff. (210 ff.) und *ders.*, Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz, Berlin 1999, S. 30-62; *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003, S. 366, macht eine Ausnahme im Hinblick auf die Unantastbarkeit der Menschwürde; *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchung über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998, S. 236 f.; deutliche Kritik dieser Implikation, weil sie gesellschaftliche Räume letztlich grundrechtsfrei hält, bei *Gert Brüggemeier*, Constitutionalization of Private Law – The German Perspective, in: *Tom Barkhuysen/Siewert Lindbergh* (Hrg.), Constitutionalization of Private Law, im Erscheinen 2006, Manuskript S. 15 ff.

ist damit weder problemadäquat noch rechtsdogmatisch konsequent, denn die Grundrechte binden im Rahmen des *status socialis* in der Gesellschaft als solcher (siehe Art. 1 Abs. 2 GG ["als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft"] und Art. 19 Abs. 2 GG ["In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden."]). Die Konsequenz dieser Bindung wird in ihren Details noch zu präzisieren sein. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass Grundrechte zwischen Privaten unmittelbar gelten. Das betrifft vertragliches, aber auch rein tatsächliches Handeln. Die Grundrechte sind der Kontrollmaßstab für die in Rede stehenden Rechtsgeschäfte. Wenn eine Grundrechtsverletzung vorliegt, können weder einfachgesetzliche noch private Regelungen die grundrechtlichen Anforderungen desavouieren. Auch bei tatsächlichem Verhalten geht es darum, diejenigen privaten Verhaltsformen zu identifizieren, die in ihrer Gefährdungsrichtung strukturanalog zu gefährdenden Tendenzen politischer Machtausdehnungen sind, gegen die sich die Grundrechte als Abwehrrechte ursprünglich konzipiert wurden.[996] Es wird sich erweisen, dass diesbzgl. aufgestellte Zukunftsbeschreibungen, die mit untragbaren Rechtsfolgen einer solchen Konzeptionierung argumentieren, falsche Horrorszenarien aufbauen, in den – etwas undiplomatischen – Worten des südafrikanischen Verfassungsgerichts gesagt: "The second point concerns a pervading misconception held by some and, I suspect, an egregious caricature propagated by others. That is that so-called direct horizontality will result in an Orwellian society in which the all-powerful state will control all private relationships. The tentacles of government will, so it is said, reach into the marketplace, the home, the very bedroom. The minions of the state will tell me where to do my shopping, to whom to offer my services or merchandise, whom to employ and whom to invite to my bridge club. That is nonsense. What is more, it is malicious nonsense preying on the fears of privileged whites, cosseted in the past by *laissez faire* capitalism thriving in an environment where the black underclass had limited opportunity to share in the bounty. I use strong language designedly. The caricature is pernicious, it is calculated to inflame public sentiments and to cloud people's perceptions of our fledgling constitutional democracy. "Direct horizontality" is a bogeyman."[997]

2. Von der Vermittlung durch die Generalklauseln zu dynamischen Vernetzungen

Eine Drittwirkung kommt in der herkömmlichen Lesart insoweit in Betracht, als das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente "objektiver Ordnung" aufgerichtet hat. In diesem Fall werde auch das Privatrecht bei der Auslegung von ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen und von Generalklauseln

[996] Siehe auch *Johannes Hager*, Grundrechte und Privatrecht, JZ 49 (1994), S. 373 ff. (377 f.).

[997] Constitutional Court of South Africa, 15.5.1996, Du Plessis v de Klerk, 1996 [3] SA 850, Rdn. 120, *Kriegler*; zur Rechtslage in Südafrika ausführlich: *Sebastian Seedorf*, Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in Südafrika, Baden-Baden 2005, insbes. S. 158 ff.

beeinflusst.[998] Die objektive Seite der Werte bietet in dieser Argumentation in Grundrechtskollisionslagen einen rhetorischen Fixpunkt und verlangt nach einem verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechten, d.h. nach praktischer Konkordanz**.** In der Mutzenbacher-Entscheidung[999] hat das Bundesverfassungsgericht für eine Kollision von Jugendschutz und Kunstfreiheit den Vorgang wie folgt präzisiert: "Gerät die Kunstfreiheit mit einem anderen Recht von Verfassungsrang in Widerstreit, müssen vielmehr beide mit dem Ziel der Optimierung zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu [...] Bei Herstellung der geforderten Konkordanz ist daher zu beachten, daß die Kunstfreiheit Ausübung und Geltungsbereich des konkurrierenden Verfassungsrechtsgutes ihrerseits Schranken zieht (vgl. BVerfGE 77, 240 [253]). All dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Belange und verbietet es, einem davon generell – und sei es auch nur für eine bestimmte Art von Schriften – Vorrang einzuräumen."[1000] Diese Abwägungstechnik bietet für die Fälle der Interlegalität von einfachem Recht und Verfassungsrecht eine wechselseitige Zuordnungslösung. Durch den Bezug auf generalklauselförmige "Brückennormen" fließen höherrangige Normen in niederes Recht.

a. Systematische Auslegung Radikalisiert haben den vertikal holistischen Bezug von Verfassungsrecht und einfachem Recht frühe Entwürfe der Lehre verfassungsrechtlicher Teilverfassungen. Hier wäre Rupert Scholz zu nennen, der praktische Konkordanz bei der Kollision „gesellschaftsverfassungsrechtlicher Subsysteme“ fordert. Was er darunter versteht ist offensichtlich und knüpft bereits begrifflich an das Theoriemodell gewachsener Ordnungen an: „ein Maß an höchstmöglicher Rücksichtnahme auf gewachsene Strukturen und Eigengesetzlichkeiten eines konkreten gesellschaftsverfassungsrechtlichen Subsystems sowie die prinzipielle Pflicht zu funktionalen Äquivalenten, wenn ein gesellschaftsverfassungsrechtliches Subsystem zugunsten oder mit Mitteln eines anderen, gleichrangigen Subsystems verändert oder (in relevanter Weise) relativiert wird“.[1001] Die Formeln praktische Konkordanz und Systemgerechtigkeit signalisieren, dass hier gesellschaftliche Strukturen in unzulässiger Form mit verfassungsrechtlichen Normen gleichgesetzt und somit rechtlich dignisiert werden. Scholz führt auf diese Weise subsystemische Einheiten unter gemeinsamen Oberprinzipien zusammen, eine Technik, die die Unterschiede zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht im Rahmen der Teilbereichsverfassungsbildung nivelliert.[1002] Damit verbleibt er im vertikal holistischen Paradigma, nur dass er die Höchstwerte austauscht und in die gewachsenen Ordnungen legt.

[998] Statt aller: BVerfGE 7, 198 (2077); 73, 261 (269); 76, 143 (161); 89, 214 (229); 90, 27(33ff.); 97, 169 (175).
[999] BVerfGE 83, 130 ff.
[1000] BVerfGE 83, 130 (143).
[1001] *Rupert Scholz*, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit, Berlin 1978, S. 166.
[1002] Siehe die Kritik von *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485 ff. (509 ff.).

Das ist dann aber "immer dieselbe Themse, nur immer anderes Wasser."[1003] Dieser Blick auf Teilverfassungsrechtsordnungen, als verfassungsrechtliche Durchformung von Rationalitätsbereichen stellt die Gesellschaftsverfassungsfrage interessegeleitet und verengt sie auf ein Stabilitätsgesetz für Gewachsenes, lässt von der klassischen Verfassung, die Gesetzgebung einerseits und Grundrechte andererseits in ein mixtum compositum zu bringen versuchte, nichts übrig[1004] und verkennt: Wirtschaftsverfassungsrecht ist Kollisionsrecht.[1005] Als Kollisionsrecht muss Gesellschaftsverfassungsrecht die Kernfrage adressieren, nämlich: "an was (wie, warum) der (Verfassungs-) Gesetzgeber seinerseits inhaltlich gebunden sei, auf was sich (wie, warum) das (Verfassungs-)recht als gesellschaftliches Verhältnis beziehe, worin Funktionalität und Prozeduralisierung (jenseits von Formalisierung und Materialisierung) für Verhältnisse von Politik, Ökonomie, Recht bestehe."[1006]

Eine solche Frageperspektive muss an der Semantik der „objektiven Wertordnung" des Bundesverfassungsgerichts selbst ansetzen. Deren Funktion ist zunächst einmal die Umschreibung der Gesetzesbindung an die Verfassung. Aber wenn man nur diesen Aspekt sieht, verfehlt man den weitergehenden Gehalt, den diese Konstruktion für die Selbstbeschreibung des Justizsystems liefert. Die objektive Seite der Werte bietet eine rhetorische Referenzstelle. Im praktischen Vorgehen des Gerichts spielt diese Rhetorik allerdings keine Rolle. Die Grundrechte sind bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen heranzuziehen, und zwar als Teilaspekt der systematischen Auslegung.[1007] So muss man nach dem Bundesverfassungsgericht etwa bei der Frage, ob ein Buch über eine Boulevardzeitung erscheinen kann, untersuchen, ob seine Publikation einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Presseverlags darstellt. Bei der Auslegung des Merkmals „rechtswidrig"

[1003] *Rudolf Wiethölter*, Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, in: *Peter Römer* (Hrg.), Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation. Referate und Diskussionen eines Kolloquiums aus Anlaß des 70. Geburtstages von Wolfgang Abendroth, Frankfurt am Main 1977, S. 158 ff. (222).

[1004] *Rudolf Wiethölter*, Diskussionsbeitrag, in: *Peter Römer* (Hrg.), Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation. Referate und Diskussionen eines Kolloquiums aus Anlaß des 70. Geburtstages von Wolfgang Abendroth, Frankfurt am Main 1977, S. 230 ff. (231).

[1005] *Rudolf Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: *Alexander Lüderitz / Jochen Schröder* (Hrg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main 1977, S. 213 ff. (214).

[1006] *Rudolf Wiethölter*, Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts), in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8 (1982), S. 38 ff. (46).

[1007] Wie weit das Bundesverfassungsgericht in seiner Überprüfung gehen darf, ist allerdings sehr umstritten. Ansatzpunkt ist dabei die „Soldaten sind Mörder"-Entscheidung, BVerfG, NJW 1992, S. 2750 ff. sowie BVerfG, NJW 1994, S. 2943 ff. Kritik am Prüfungsspielraum von *Gerhard Herdegen*, „Soldaten sind Mörder", NJW 1994, S. 2933 ff.; *Horst Sendler*, Kann man Liberalität übertreiben?, ZRP 1994, S. 343 ff.; *Herbert Tröndle / Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 52. Aufl., 2004, § 193, Rn. 15 ff.

muss man die Kunstfreiheit des Autors berücksichtigen, der sich beim Verlag verdeckt eingeschlichen hatte. Man darf aber auf Seiten des Verlags die Pressefreiheit nicht vergessen und muss zwischen diesen beiden Grundrechten eine Relationierung herstellen und ihre Kollision prozeduralisieren.

Die grundrechtliche Horizontalwirkung erscheint dann als Sonderfall der systematischen Auslegung des einfachen Rechts unter Akzentuierung des verfassungsrechtlichen Rechtssatzes. So wird es gerade bei Urteilsverfassungsbeschwerden sichtbar. Auch dort prüft das Verfassungsgericht, weil es keine Superrevisionsinstanz ist, nicht die Auslegung einfachen Rechts nach den herkömmlichen Regeln der Auslegung. Es überprüft vielmehr lediglich, ob bei der Auslegung die Bedeutung und Tragweite des Verfassungsrechts richtig bestimmt wurde. Es untersucht damit nur einen Teilaspekt der systematischen Auslegung des einfachen Rechts. Ob man bei der Auslegung des Wortes „beschimpfen“ im StGB die Meinungsfreiheit[1008] heranzieht oder bei der Auslegung der §§ 1004, 823 BGB die Kunstfreiheit ist strukturell der gleiche Vorgang. Insoweit unterscheidet sich die Frage unmittelbarer Rechtsbegründung durch Grundrechte von der verfassungskonformen Auslegung, welche ja voraussetzt, dass zu einem Normtext zwei Lesarten bestehen und die Lesart wählen lässt, welche mit der Verfassung im Einklang steht. Bei dieser Vorzugsregel wird die Auslegung mit der Normkontrolle kombiniert. Dieses Moment fehlt bei der Geltung der Grundrechte im Rahmen von Privatrechtsverhältnissen, die sich auf eine systematische Auslegung des einfachen Rechts im Lichte der Verfassung beschränkt.

b. Keine Sonderrolle von Generalklauseln Wenn solche Normbildungsprozesse rechtlich einzufangen und im Rahmen dynamischer Vernetzungsverhältnisse auf Dauer zu stellen sind, meint die Forderung normative Kompatibilitäten zu schaffen,[1009] gerade nicht, dass über Teilbereichsverfassungen gebündelte einfachgesetzliche Normenensembles verfassungsrechtlich dignisiert werden. Das nivelliert neben der Unterscheidung zwischen Verfassungs- und Gesetzesrecht zugleich normative Spannungen innerhalb der teilverfassungsrechtlich gebündelten Großkomplexe. Stattdessen zielt die verfassungsrechtliche Durchformung einfachgesetzlichen Rechts auf die Stabilisierung der Inbezugsetzung grundrechtlich geschützter Autonomienormen und einfachen Rechts. Durch die reflexive Methode des Vorgehens ist im Rahmen der systematischen Auslegung eine dynamische Vernetzung herzustellen, die die gesellschaftliche Responsivität einfachrechtlicher Normen jedweder Provenienz sichert.

Gerade hier bietet sich dann die Möglichkeit zur komplexitätsadäquaten Differenzierung, indem an die Stelle einer vertikal-holistischen Zentralverwaltung im Rahmen des Vorgangs der praktischen Konkordanz durch den

[1008] BVerfG, in: NJW 1999, 204 ff.

[1009] Dazu *Marc Amstutz*, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: *Christian Joerges / Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, 213 ff.

Systemgerechtigkeitsbegriff eine differenzierte Betrachtung unterschiedlicher Autonomiegarantien rückt.[1010] An der Begründung Dürigs, weshalb sich der grundgesetzliche Einfluss auf das Privatrecht nur über die Generalklauseln realisieren dürfe, wird das vertikal holistische Konzept besonders deutlich: "Die normativen *Mittel* zur Abwehr von Angriffen aus der Drittwirkung, mit deren Hilfe bei Fehlen spezieller zivilrechtlicher Schutznormen das objektive Privatrecht seinen *Schutzauftrag* (vgl. Art. 1 I Satz 2 GG) erfüllt, sind seine *wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln.* Der Weg über ihre Anwendung wahrt einerseits die nach grundrechtlicher Anerkennung der privaten Dispositionsfreiheit im Drittrechtsverkehr *rechtslogisch* und *rechtssystematisch* notwendig gewordene *Eigenständigkeit des Privatrechts*, und wahrt andererseits die selbstverständlich nötige *Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral.*"[1011]

Neben den vertikal holistisch gebauten Grundannahmen ist an diesem Versuch der Begrenzung von Grundrechtsgeltung, dem herrschende Meinung gefolgt ist,[1012] problematisch, dass sich der Ganzheitlichkeitsbezug nicht autoritativ einschränken lässt. Eine Sonderrolle von Generalklauseln stellt Spezialklauseln außerhalb der Grundrechtsordnung. Das widerspricht jedoch der Bindung des Gesetzgebers aus Art. 1 Abs. 3 GG und führt zu den hinlänglich bekannten Problemen einer grundrechtlich ungeleiteten Generierung von Macht- und Wichtigkeitsbalancierungen, die im Ergebnis den Grundrechtsschutz aushebeln: „Die eigentliche, große Gefahr der Lehre von der ‚mittelbaren Drittwirkung' – dies kann nicht genug betont werden – liegt gerade darin, daß man nicht den Rückweg zu einer Inhaltsermittlung der Grundrechte antreten könnte, welche trotz der Allgemeinheit der sie aufnehmenden Blankettnormen eine erträgliche Abgrenzung gestatten würde, sondern daß man ‚irgendwie' Generalklauseln des BGB ‚plastischer zu machen' sich bemüht. Durch maßstabslose ‚Wertschärfungen' einer-, unkontrollierbare ‚Intensivierung' u.ä.m. andererseits würde jedoch der Rechtssicherheit ein schlechterer Dienst erwiesen, als es durch eine ‚unmittelbare' Anwendung droht. Man mag zur Beruhigung des ‚zivilistischen Gewissens' BGB-Vorschriften mitzitieren – übernommen werden aus dem Verfassungsrecht

[1010] Siehe auch *Thomas Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, Baden-Baden 1997, S. 232 ff.

[1011] *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *Theodor Maunz* (Hrg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff. (176 f.), Hervorhebungen im Original; siehe auch *ders.*, Besprechung des 'Lüth-Urteils , in: DÖV 1958, S. 194 ff.

[1012] Statt aller: *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdn. 356; *Gerhard Spieß*, Inhaltskontrolle von Verträgen – das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?, DVBl. 1994, S. 1222 ff.; *Dieter Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35 ff.; *Claus-Wilhelm Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, in: *Hartmut Bauer* u.a. (Hrg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. FS Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 29 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht: Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), S. 202 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz, 1999, S. 30 ff.; *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 475 ff.; ferner die Nachweise bei *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 12 ff.; siehe auch BVerfGE 73, 261, 269, nach dem die Grundrechte „insbesondere" über die Generalklauseln wirken.

keine beziehungslosen Begriffe, sondern Normkomplexe, welche subjektive private Rechte schaffen oder ihnen in gewisser Weise – etwa als schweigender Minimalgehalt – immanent sind."[1013]

Entgegen herkömmlichen Mediatisierungs- und damit Eingrenzungsvorstellungen kann weder der Konkretisierungsvorgang hinsichtlich der Generalklauseln noch in Bezug auf präziser gefasste Normen unter Suspension der grundrechtlichen Inbezugsetzung erfolgen.[1014] Dies gilt umso mehr, da die Qualifikation als „Generalklausel" eine pragmatische Größe ist, für deren Bestimmung kein Kriterienkatalog angegeben werden kann. Die Unterscheidung in General- und Spezialklauseln ist, anders gesagt, nicht durchhaltbar, weil eine jede Rechtsnorm zugleich sowohl generell als auch speziell ist: generell, weil sie für eine unbestimmte Zahl an Fällen und Fallgruppen gilt; speziell, wenn sie im Einzelfall zur Bildung einer Entscheidungsregel herangezogen wird. Sofern der Begriff der Generalklausel eine inhaltliche Weite anzeigen soll, scheidet eine Skalierung von Klauseln im Hinblick auf Generalitätsgrade aus, weil jedes Tatbestandsmerkmal im Kontext anderer Rechtsnormen steht und dadurch auch isoliert betrachtet noch so präzise formulierte Texte dergestalt zum Ganzen hin geöffnet werden, dass eine präzise Fassung der an präzise Normen zu stellenden Anforderungen, die eine Unterscheidung von General- und Spezialklauseln ermöglichten, nicht geleistet werden kann.

c. Ununterscheidbarkeit von grundrechtlichen Kern- und Randbereichen Das gleiche gilt im Hinblick auf den Geltungsbereich der Grundrechte. Sowenig wie der Holismus auf die Generalklauseln beschränkbar ist, so wenig ist die Geltung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen auf einen vermeidlichen Wertekern bzw. den Wesensgehalt der Grundrechte reduzierbar. Das scheitert an der Ununterscheidbarkeit von Kern und Rand. Substantialisierungen, wie sie in der älteren Lehre noch vertreten wurden,[1015] gehen genauso fehl wie Ansätze, die der „Funktion des Grundrechts ‚für das soziale Leben im Ganzen'" einen "absoluten Kern der Grundrechte" entnehmen wollen.[1016] Sofern die Grundrechtstheorie sich solchen Lesarten widersetzt hat und im Rahmen einer durch Verhältnismäßigkeitsgrundsätze geleiteten Relationierung das "Leerlaufen" von Grundrechten verhindern will, setzt sie zwar zu Recht die Grundrechte in den Gesamtzusammenhang ihrer gesellschaftlichen Funk-

[1013] *Walter Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, München 1969, S. 371.
[1014] So auch *Johannes Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff. (376); siehe auch *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht 184 (1984), S. 201 ff. (222 ff.).
[1015] *Peter M. Huber*, in: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* (Hrg.), Grundgesetz, 4. Aufl., München 1999, Art. 19 Rdn. 189 ff.; *Herbert Krüger*, Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, S. 597 ff. (600f.); *Burkhard Even*, Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG für die Grundrechte, Frankfurt am Main 1988, S. 124 ff.; siehe aber auch *Peter Lerche*, Grundrechtsschranken, Handbuch des Sttaatsrechts, Band V, Heidelberg 1992, § 122, Rdn. 28; *Klaus Stern*, Allgemeine Lehren der Grundrechte. Staatsrecht III/2, München 1994, S. 865 ff. (875 f.).
[1016] Statt aller: *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdn. 334.

tion.[1017] Sie verwendet diesen Begriff allerdings im Singular. Im Dickicht der Theoriekombinationen objektiv-absolut, objektiv-relativ, subjektiv-absolut, subjektiv-relativ[1018] sieht sie nicht, dass sie Fragen der polyzentrischen Kontextualisierung rechtlich generierter Eigenwerte so ungeschickt mit der Frage verknüpft, ob an diese Eigenwerte des Rechts auch subjektive Rechte einzelner Rechtspersonen angeheftet sind, dass sie den Konstruktionsfehler ontologischer Theorien, die auf eine Bestimmbarkeit der objektiv-subjektiv-relativ-absolut gebauten Kombinationen insistieren, reproduziert. Anders gesagt, die Behandlung kollidierender Grundrechte in der herkömmlichen Grundrechtstheorie bleibt in der Alternativität eines vertikalen Holismus einerseits und eines Atomismus andererseits. Auf dieser theoretischen Ebene ist eine Klärung nicht zu erwarten. Die alternative Forderung beinhaltet darum zweierlei: (1) Der Schematismus von absolut und relativ ist zu verlassen und die Bestimmung des Wesensgehalts durch eine reflexive Modellierung zu ersetzen. (2) Die automatische Verknüpfung der Bestimmung des Geltungsbereichs der Grundrechte mit der Frage nach den Möglichkeiten einer Subjektivierung der Durchsetzbarkeit von Grundrechtsautonomien ist aufzuheben.

Während, wie auszuführen sein wird,[1019] die der Durchsetzung von Grundrechten dienende Subjektivierung zu einer differenzierten Zuschreibung subjektiver Rechte führen muss, impliziert die Ablösung des Schematismus absolut/relativ durch ein reflexives Modell die Forderung, dass grundrechtliche Kollisionsbewältigung als Inbezugsetzung kollidierender Erwartungsensembles verstanden wird, deren Kommensurabilisierung in argumentativen Auseinandersetzungen eine Entscheidung erfordert, die verschiedene Autonomieräume miteinander relationiert. ‚Relative' Wesensgehaltstheorien kommen diesem Gedanken nahe, indem sie den grundrechtlichen Wesensgehalt mit der Verhältnismäßigkeit verknüpfen. Diese Verknüpfung nivelliert allerdings die Eigendynamiken der kollidierenden Grundrechte und führt zu einer Heterodeterminierung der Autonomiebereiche. Stattdessen wird eine reflexive Grundrechtstheorie zu Selbstbeschränkungen kommunikativer Matrices führen müssen, in denen das Recht einzelne Erwartungen, wie das Folterverbot, unantastbar stellt, andere Erwartungsensembles wiederum so beschränkt, dass sie kollidierende Codes nicht usurpieren können.

[1017] *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrg.), Grundgesetz, Band I, Tübingen 1996, Art 19 II, Rdn. 12; i.d.S. sucht auch die Debatte um den "Gewährleistungsgehalt" von Grundrechten, die durch eine Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausgelöst wurde, eine rationalitätsbezogene Geltungsreduktion zu begründen: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Staat 2004, S. 203 ff.; siehe schon: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, Der Staat 42 (2003), S. 165 ff. Die Diskussion gießt alten Wein in neue Schläuche, indem sie die Fragestellungen und Inkommensurabilitätsproblematiken nicht adäquat modifiziert sondern lediglich die systematische Verortung von Kollisionsfragen verschiebt. Instruktiv zur Grundsatzproblematik: *David Wenger*, Die objektive Verwertung der Grundrechte, AöR 130 (2005), S. 618 ff.

[1018] Details hierzu: *Manfred Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Wien 1991, S. 49 ff.

[1019] Siehe hierzu den Folgeabschnitt.

Dabei kann nicht zwischen geltenden Kern- und nicht-geltenden Grundrechtsrandbereichen differenziert werden. Gerade der Vorgang der Abwägung zeigt, dass die Grundrechte in ihrer gesamten Bandbreite in die argumentativen Kompatibilisierungsvorgang einzustellen sind. Die Entscheidung, bestimmten grundrechtlich geschützten Erwartungen den Vorrang vor anderen zu geben, erfolgt hierbei unter Berücksichtigung aller in diesem Bereich „geltenden" Normen, reproduziert deren Geltung und legt Vorrangregeln fest. Wenn man hinsichtlich grundrechtlicher Autonomiebereiche überhaupt eine Differenzzierung einführen möchte, dann die zwischen Code und Programm: Während das Recht die Funktionscodes anderer Rationalitäten als leere Signifikanten offen[1020] und von Heterodeterminierungen frei halten muss – an dieser Stelle stellt sich in Kompatibilisierungsvorgängen immer nur eine binäre Entscheidungsmöglichkeit –, ist in Bezug auf die jeweiligen Programme der Sozialbereiche eine differenzierte Kollisionsbearbeitung möglich. Programme sind die Leitstrukturen von Sozialsystemen, die die Kreuzung des Codes, mit welchen interpretatorischen Spielräumen auch immer, führen. Hier ist Raum für Festlegungen dafür gegeben, in welchen Hinsichten Systeme Kognition zu prozessieren haben, an welcher Stelle also Aufgeschlossenheiten zu Umweltbedingungen eingeschrieben werden können.[1021] Das kann dann aber nicht zu der Forderung führen, dass bestimmte Codes zu stabilisieren sind, auch nicht zu differenzierten Geltungsannahmen. Es kann lediglich die Kompatibilisierung kollidierender Grundrechte insofern transparent gestalten, als die Schärfe dessen, was zur Wahl steht, im Fall tangierter Programme geringer ist als dann, wenn der Code selbst Gegenstand von Rechtsentscheidungen wird.

3. Unmittelbare Gewährung subjektiver Rechte

Die Ablösung der Dichotomie relativer und absoluter Wesensgehaltstheoreme wäre im Bereich der subjektiven[1022] und objektiven[1023] Modelle durch eine

[1020] *Urs Stäheli*, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, Weilerswist 2000, S. 255 ff.

[1021] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 93.

[1022] Durch Art. 19 II GG vermittelte subjektive Rechtspositionen anerkennen u.a.: *Joachim Chlosta*, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährung, Berlin 1975, S. 40 ff.; *Erhard Denninger*, in: Alternativkommentar-Grundgesetz, Bd. 1, Neuwied 1984, Art. 19 Abs. 2, Rdn. 5 f.; *Georg Herbert*, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1985, S. 321 ff. (324); *Wolfram Höfling*, Grundrechtstatbestand – Grundrechtsschranken – Grundrechtsschrankenschranken, JURA 1994, S. 169 ff. (172); *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrg.), Grundgesetz, Band I, Tübingen 1996, Art 19 II, Rdn. 9.

[1023] In Art. 19 II GG lediglich objektive Rechte ohne Einräumung subjektiver Ansprüche verwirklicht sehen: *Peter M. Huber*, in: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* (Hrg.), Grundgesetz, 4. Aufl., München 1999, Art. 19 Rdn. 189 ff.; *Hartmut Jäckel*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine grundrechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1967, S. 91, 111 ff.; *Hans-Uwe Erichsen*, Zur Verfassungswidrigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, NJW 1976, S. 1721 ff. (1724); *Roman Herzog*, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, in: *Walther Fürst* u.a. (Hrg.), FS Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin 1987, S. 1415 ff. (1424 f.); *Michael Brenner*, Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, Der Staat 32 (1993), S. 493 ff. (504 ff.); *Peter Lerche*, Grundrechtsschranken, Handbuch des Staatsrechts, Band V, Heidelberg 1992, § 122, Rdn. 27

differenzierte Form der Anheftung subjektiver Rechte zur Durchsetzung grundrechtlicher Autonomierechte zu ersetzen.[1024] Die Herausforderung besteht letztlich darin, diejenigen typisierbaren Fallgestaltungen zu identifizieren, in denen eine strukturelle Analogie der Gefährdungslagen besteht. Mit anderen Worten: Man kann hierbei weder die subjektiv-rechtliche Qualität der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen ganz allgemein befürworten,[1025] noch ganz generell ablehnen.[1026] Stattdessen bedarf es einer differenzierenden Betrachtung, die für typisierende Fallgestaltung die Einräumung subjektiver Rechtsansprüche durch Grundrechte ermöglicht.[1027] Diese typisierbaren Fallgestaltungen sind aber nicht, wie in mittelbaren Grundrechtstheorien in der Tradition Günter Dürigs, der *"Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral*" zu entnehmen,[1028] sondern müssen entwickelt werden, indem die Rechtsordnung in Kollisionslagen grundrechtlich gesicherter Autonomiebereiche differenzierte Inkompatibilitätsnormen entwickelt.

a. Drei Anspruchsdimensionen Die Grundrechte können über die in diesem Zusammenhang notwendigen Resubjektivierungen auch im Privatrechtsverkehr unmittelbare subjektive Rechte gegenüber anderen Privatpersonen vermitteln, ohne dass dafür jeweils eine anspruchsbegründende einfachgesetzliche Norm als Eingangsadresse für die rechtliche Argumentation gegeben sein müsste. Das ergibt sich daraus, dass im Hinblick auf grundrechtlich garantierte Autonomierechte das diese vermittelnde Gesetz ohne eigene Funktion ist, wenn nicht das Grundgesetz selbst mehrere Alternativen gestattet. Mit anderen Worten: Die Grundrechte selbst verbieten eine entsprechende Gestaltung bzw. ein entsprechendes grundrechtswidriges Verhalten. Die herkömmlicherweise als geltungsvermittelnde ‚Brückennormen' verhandelten §§ 138, 823, 1004 BGB ändern daran nichts, wären die Normen doch ansonsten insoweit verfassungswidrig.[1029]

Die Formen der Konkretisierung subjektiver Grundrechtsberechtigungen weisen in ihrer privatgerichteten Dimension keine strukturellen Unterschiede zu den staatsbezogenen subjektiven Rechten auf. Die Grundkategorien bilden

---

f.

[1024] *Tobias Gostomzyk*, Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS 2004, S. 949 ff. (952); siehe ferner: *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993.

[1025] So aber wohl *Franz Dirnberger*, Recht auf Naturgenuß und Eingriffsregelung. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung grundrechtlicher Achtungs- und Schutzpflichten für das subjektiv öffentliche Recht, Berlin 1991, S. 169 ff.

[1026] Zu pauschal daher BerlVerfGH, NJW 1994, 3343.

[1027] So auch: *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrg.), Grundgesetz, Band I, Tübingen 1996, Vorb. § 56; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht u. Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987, S. 110 ff.; für eine Resubjektivierung im Ergebnis: BVerfGE 79, 174 (201f.); 81, 242 (253); 84, 192 (195); 85, 191 (212).

[1028] *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *Theodor Maunz* (Hrg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff. (176 f.).

[1029] *Johannes Hager*, Grundrechte und Privatrecht, JZ 49 (1994), S. 373 ff. (379).

auch hier Abwehrrecht, Leistungsrecht und Bewirkungsrecht. Für alle drei Schutzrichtungen verbietet sich eine unmittelbare Übertragung etatistische geformter Schutzschemata. Aus diesem Grund sind Befürchtungen, eine unmittelbare Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung Privater bewirke eine die Grundrechtsadressaten unzulässig entdifferenzierende und die Privatautonomie untergrabende Ordnung gedankliches Opfer eigener Undifferenziertheit. Denn tatsächlich werden unmittelbar grundrechtlich vermittelte, subjektive Rechte bereits aktuell in einer Vielzahl von Konstellationen von den Gerichten gewährt.

aa. Subjektive Abwehrrechte Die Zielrichtung subjektiver grundrechtlicher Abwehrrechte geht üblicherweise dahin, gegenüber störenden Einwirkungen Dritter Schutz zu bieten. Diese Dimension hat die Gerichte vielfach dazu geführt, subjektive Rechte im Privatrechtsverkehr unmittelbar den Grundrechten zu entnehmen.

Für den Bereich unerlaubter Handlungen wird dabei insbesondere an der Judikatur zu den §§ 823 I, 1004 I BGB deutlich, dass im Bereich des verfassungsrechtlich gebotenen Minimalschutzes privatrechtliche Regelungen und damit sanktionsbewährte Verhaltenserwartungen an Private Konkretisierungen von grundrechtlichen Anforderungen darstellen. Seit 1954 zitiert der BGH als Rechtsgrundlage für die Figur des allgemeinen Persönlichkeitsrecht Art. 1 und 2 GG i.V.m. § 823 II BGB.[1030] Die grundrechtliche Durchformung und mittlerweile auch durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mitgeprägte Rechtsprechung kann man an den Caroline-Entscheidungen studieren.[1031] Dies gilt nicht nur bei der Bestimmung des jeweilig zu schützenden gesellschaftlichen Autonomieraumes sondern wird von den Gerichten – Stichwort: immaterieller Schadensersatz – auch auf der Rechtsfolgenseite berücksichtigt. Nimmt man nun mit dem Bundesverfassungsgericht an, dass die betreffenden Berechtigungen grundrechtliche Berechtigungen sind, dann ist die jeweilige einfachgesetzliche Norm ohne eigene anspruchsbegrenzende bzw. begründende Funktion. Im Gegenteil können anspruchsbegrenzende einfachgesetzliche Normen wiederum grundrechtlich vermittelten Berechtigungen dergestalt desavouieren, dass sie selbst für nichtig zu erklären sind.

Beredtes Beispiel hierfür liefert die Handelsvertreterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht liefert hier Zeugnis dafür, dass die Mediatisierung der Grundrechte durch das Privatrecht eine mehr als missverständlich konzipierte Theorie geblieben ist, und erklärt § 90a II 2 HGB für verfassungswidrig.[1032] Es hat damit auf solche rechtlich einzudämmende sozialstrukturelle Gefährdungslagen reagiert, die das grundrechtlich durchformte Recht auf Berufsfreiheit verletzen. Der Handelsvertreter ist ein markantes

[1030] Rechtsprechung: BGH NJW 1956, 1554 (Paul Dahlke); BGH NJW 1958, 827 (Herrenreiter); BVerfG NJW 1973, 1221 (Soraya); BVerfG NJW 2000, 1021 (Caroline v. Monaco); BGH NJW 2000, 2195 (Marlene Dietrich).

[1031] BGHZ 131, 332 ff.; BVerfG NJW 2000, 1021 ff.; EGMR, 24.6.2004, von Hannover v. Germany, 59320/00, EGMR NJW 2004, 2647 ff.

[1032] BVerfGE 81, 242 ff.

Beispiel, da das zwei-jährige Berufsverbot ohne Entschädigungsleistung, gegen dessen arbeitsvertragliche und in § 90a II 2 HGB a.F. geregelte Form sich der Handelsvertreter wehrte, in die Arbeitslosigkeit geführt hätte. Gerade hier kommt ein institutionelles Folgeproblem differenzierter Sozialordnungen zum Ausdruck, das auch die Dimension vertraglicher Grundrechtsbindung berührt: "Arbeitslosigkeit gefährdet die Differenzierung an der Grenze zwischen Wirtschaftssystem und persönlicher Selbstdarstellung bzw. der Persönlichkeitsbildung und -entspannung in der Familie. Differenzierung heißt institutionelle Trennung und Verselbständigung, und darin liegt die Forderung: daß individuelle Persönlichkeit und Familienleben nicht an den Wechselfällen des Wirtschaftssystems zugrunde gehen sollen. Gerade diese Verselbständigung von Teilschicksalen wird jedoch durch die Arbeitslosigkeit bedroht, da Arbeitslosigkeit unvermeidlich das individuelle Auftreten und den Gefühlshaushalt der Familie beeinträchtigt. Die mangelnde Isolierbarkeit gibt ihr in einer differenzierten Sozialordnung den Charakter eines strukturell-kritischen Problems – durchaus analog zum Problem drohender politischer Grenzüberschreitung, gegen das die Grundrechte gerichtet sind".[1033]

Wenn nun gegenüber einem verfassungsrechtlich gebotenen Grundrecht einfachgesetzliche Normen, die vertragliche Abreden stützen, zurückstehen müssen, dann folgt die Geltung der grundrechtlichen Wertung keiner einfachgesetzlichen Mediatisierung; im Gegenteil kann gerade die einfachgesetzliche Mediatisierung wiederum selbst gegen Grundrechte verstoßen und somit ohne Rechtswirkung sein. So hat das Bundesverfassungsgericht in einer Fülle von Entscheidungen Grundrechte als Abwehrrechte herangezogen, um Privatrechtsnormen zu überprüfen.[1034] Auch bei zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen kann von einer Mediatisierung der Grundrechte durch einfaches Recht nur so lange eine Rede sein, wie das einfache Recht mit dem grundrechtlich gebotenen übereinstimmt.

Grundrechtswidrige Regelungen privater und gesetzlicher Natur entfalten keine Rechtskraft. Sie können entgegenstehende und verfassungsrechtlich gebotene Rechte nicht am Entstehen hindern. Das einfache Recht kann dann aber in Bezug auf Grundrechte weder geltungsbedingende noch geltungshindernde Regelungen treffen. Mit anderen Worten: „Gegenüber dem verfassungsrechtlich gebotenen Minimalschutz ist das BGB […] ohne eigene Funktion, soweit nicht die Verfassung selbst mehrere Möglichkeiten der gesetzgeberischen Gestaltung eröffnet."[1035]

bb. Subjektive Leistungsrechte Das gleiche Bild ergibt sich bei den subjektiven Leistungsrechten. Diese geben Ansprüche zu einem Tun oder Unterlassen (vgl. § 241 Satz 2 BGB). Verfassungsrechtliche Ausformulierungen finden sich in Art. 6 Abs. 4 GG (Anspruch einer Mutter auf Schutz) und Art. 103 Abs.

[1033] *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999; S. 131, FN 61.
[1034] Siehe nur: BVerfGE 77, 263 (270); 98, 17 (35 ff.); 99, 341 (350ff.); 100, 289 (302ff.) und die Nachweise bei *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 90.
[1035] *Johannes Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff. (378).

1 GG (Rechtliches Gehör). Derivative Teilhaberechte sind als Leistungsrechte geschützt und vermitteln Ansprüche, bei der Verteilung knapper Ressourcen und Rechte bei der Eröffnung von begrenzten Zugangsmöglichkeiten gleichmäßig berücksichtigt zu werden. Im Ergebnis handelt es sich bei Teilhaberechten um eine Forderung des Gleichheitssatzes.[1036] Auch wenn im Privatrechtsverkehr die Privatautonomie grundsätzlich die freie Wahl des Vertragspartners schützt und es auch grundsätzlich unproblematisch ist, wenn die Vertragskonditionen je nach Vertragspartners variieren, findet dieser Grundsatz doch dann seine Grenze, wenn er zu gesellschaftlich inakzeptablen Exklusionslagen führen kann. Sowohl die allgemeinen Leistungs- als auch die derivativen Teilhaberechte sind auf dieses Problem angesetzt. Mit anderen Worten: Die Gegner eines deutschen Umsetzungsgesetz zu den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien und die Gegnern der Geltung des Diskriminierungsverbots im Privatrecht[1037] behandeln aus argumentationsstrategischen Gründen wesentlich Ungleiches gleich, indem sie argumentieren, den Befürwortern einer Gleichheitsbindung im Zivilrechtsverkehr gehe es um eine undifferenzierte Übernahme eines ursprünglich nur staatsgerichteten Anspruchs auf privatrechtliche Beziehungen.

Im Gegenteil:[1038] Es geht nicht darum, einen Frauengesangverein zur Aufnahme von Männern zu verpflichten, die Vermarktungskonzepte von Boy Groups durch Aufnahmeansprüche weiblicher Bandmitglieder zu desavouieren oder Vegetarierrestaurants zur Nichtdiskriminierung von Fleischessern zu zwingen. Funktion zivilrechtlicher Gleichheitspostulate ist es, strukturelle Exklusionslagen, die durch nicht-politische Medien generiert werden, zu bekämpfen. Das generalisiert und respezifiziert den ursprünglich staatsbezogenen Gehalt der Gleichheitsrechte. Die Virulenz der Diskriminierungsproblematik resultiert aus dem grundsätzlichen Problem umfassender systemischer Exklusion.[1039] Der Gleichheitssatz "unterbindet, soweit er wirksam wird, unmittelbare, partikulare, persönliche Verflechtungen an der Grenze zwischen Staatsbürokratie und Publikum".[1040] Dass dieses Anliegen auch gegenüber nicht-politischen Verflechtungszusammenhängen in Rechtsform gebracht werden muss, ist angesichts der Vielfalt sozialstruktureller Grenzgefährdungslagen aus systemischer Perspektive geboten. Antidiskriminierung stellt, neben kompensatorischen Maßnahmen,

[1036] Siehe nur *Michael Sachs*, Verfassungsrecht III. Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 2003, R, S. 40, A 4 Rdn. 26.

[1037] Siehe nur *Günter Dürig*, in: *Günter Dürig/Theodor Maunz* (Hrg.), Grundgesetz, München 1994, Art. 3 I Rdn. 506 ff.; zur Diskussion um die Umsetzung der europäischen Richtlinien: Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins. Zivilrechtsausschuss, Februar 2005, abrufbar unter: http://www.anwaltverein.de/03/05/2005/12-05.pdf; generell: *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVdStRL 63 (2004), S. 355 ff.

[1038] Klassisch zu den Gleichheitsrechten in Privatrechtsverhältnissen: *Ludwig Raiser*, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 111 (1948), S. 75 ff.; für den Fall der Gleichbehandlungspflicht in Netzwerken: *Gunther Teubner*, Netzwerke als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Perspektive, Baden-Baden 2004, S. 161.

[1039] An dieser Stelle wäre auch mit *Karl-Heinz Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004, S. 70, zu diskutieren, dessen Kritik am Drittwirkungspragmatismus im Paradigma des Grundrechtsträgerkonzepts verbleibt.

[1040] *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 178.

einen wirksamen Mechanismus dar, um zu verhindern, dass irrationale, d.h. im jeweiligen gesellschafts-systemischen Zusammenhang inakzeptable, Gründe individuelle Inklusions- und somit Selbstkonstituierungsmöglichkeiten abschneiden.[1041] Die Diskriminierung aus irrationalen Gründen bei der Entlohnung im Arbeitsrecht oder im Rahmen des Testierrechts ist denn auch rechtlich untersagt.[1042]

Teilhaberechte können nur in solchen Situationen erwachsen, in denen die Gefährdungssituation strukturell vergleichbar mit politischen Exklusionsgefährdungen ist.[1043] Dies ist der Hintergrund dafür, dass der Gesetzgeber in mehr als 40 einfachgesetzlichen Vorschriften Kontrahierungszwänge implementiert hat.[1044] Die Rechtspraxis hat bislang keine einheitliche Begründungspraxis für unabhängig von spezialgesetzlichen Kontrahierungszwängen geltende allgemeine Kontrahierungszwänge entwickelt. Während das Schrifttum auf eine Gesamtanalogie zu den Bestimmungen verweist, die den Kontrahierungszwang ausdrücklich vorsehen, sowie auf § 26 II GWB und das Sozialstaatsprinzip,[1045] hat der BGH in Erwägung gezogen,[1046] bereits solche Vereinigungen dem Abschlusszwang (Aufnahme in einen Anwaltsverein) zu unterwerfen, die keine Monopolstellung erlangt haben, aber eine erhebliche wirtschaftliche und soziale Machtstellung besitzen, sofern der Bewerber zur Verfolgung oder Wahrung wesentlicher Interessen auf die Mitgliedschaft angewiesen ist. Auch im Schrifttum wird befürwortet, auf das Merkmal der Monopolstellung zu verzichten.[1047] Ungeklärt ist letztlich nur, ab welcher „Wichtigkeitsschwelle“ ein Abschlusszwang in Betracht kommt.[1048]

Einigkeit besteht allerdings darin, dass sich Grundrechte unter Umständen zu Vertragsabschlusspflichten verdichten können. Dazu gehört einerseits der Fall, dass Aufgaben der allgemeinen Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Form

[1041] *Niklas Luhmann*, Inklusion und Exklusion, in: ders., Soziologische Aufklärung 6, Opladen 1995, S. 237ff.

[1042] Statt aller: BAG NZA 1993, 171, 172; BGHZ 70, 313, 325. Zum Fall der Ungültigkeit einer Vermögungsverfügung, die – weil sie an die Verpflichtung zur Unterlassung eines Religionswechsels gebunden war – gegen die Gewissensfreiheit verstößt, siehe bereits: RGZ 21, 279.

[1043] Beispiel: Kontrahierungszwang bei marktbeherrschender Stellung; hierzu: BGHZ 114, 218, 232 ff.; *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff. (8 f.); für den Fall des Aufnahmeanspruchs in Verbände umfassend: *Gunther Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978, S. 266 ff.; zum Aufnahmeanspruch in Vereinigungen: BGHZ 105, 306 (316 ff.); unter Rückgriff auf Art. 9: LG Heidelberg NJW 1991, 927.

[1044] Nachweise bei *Wolfgang Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), S. 47 ff. (53 f.).

[1045] *Karl Larenz / Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 1990, § 34 Rdn. 29-44; *Ernst Kramer*, in: Münchner Kommentar, 4. Aufl., München 2001, Vorb. § 145 Rdn. 14; *Palandt-Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., München 2005, Einf v § 145 Rdn. 8 ff.

[1046] BGH NJW 1980, 186.

[1047] Vgl. *Franz Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundlagen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), S. 1 ff. (35); *Wolfgang Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), S. 47 ff. (60 f.); *Fritz Nicklisch*, Der verbandsrechtliche Aufnahmezwang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen, JZ 1976, S. 105 ff. (110).

[1048] Zum ganzen: BGH, NJW 1990, 761 ff. (762 f.).

wahrgenommen werden.[1049] Andere Fallgestaltungen betreffen bspw. das Begehr eines missliebigen Theaterkritikers, der Zugang zu einer Theatervorführung fordert.[1050] Hier wird auf die grundrechtlichen Wertungen aus Art. 5 und 12 GG verwiesen.[1051] Vergleichbar hat das LG Münster „in analoger Anwendung der §§ 823, 1004 BGB i.V. mit Art. 5 GG“ den Anspruch eines Sportreporters auf den Besuch einer Sportveranstaltung begründet. Wie sich bereits aus der Formulierung der Anspruchgrundlage ergibt, folgt der Anspruch grundrechtlichen und nicht einfachgesetzlichen Wertungen. Folgerichtig hat das Gericht formuliert: „Das dem Verfügungskl. gegenüber ausgesprochene Platzverbot verletzt ein absolutes Recht des Verfügungskl., nämlich die in Art. 5 GG normierte Pressefreiheit […]. Der Verfügungskl. kann sich als Redakteur einer Zeitung, die dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterliegt, auf dieses Recht auch gegenüber einer juristischen Person des Privatrechts, wie es der Verfügungsbekl. ist, berufen.“[1052] Minimalkonsens besteht jedenfalls in der zivilrechtlichen Judikatur dahingehend, dass dann, wenn Unternehmer wichtige Güter öffentlich anbieten, ein Vertragsschluss nur aus wichtigen, d.h. geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen, Gründen abgelehnt werden kann, sofern für den Kunden keine zumutbare Möglichkeit besteht, seinen Bedarf anderweitig zu befriedigen. Eine Abschlusspflicht haben die Gerichte demgemäß für Theater, Museen, Badeanstalten, Krankenhäuser, Kreditinstituten, bei Presseunternehmen mit regionaler Monopolstellung, Spielbanken angenommen.[1053]

Sofern Rasse oder ethnische Herkunft den Grund für die Abschlussver-

[1049] BVerfG NJW 1990, 1783; BVerfG NJW 1983, 1181 f.; BGHZ 155, 166, 173 ff.; LG Kassel, Az. 8 O 428/02 vom 02.04.2002; vgl. auch BGH, V ZR 134/05 vom 20.01.2006; für den Fall gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Mehrheitseignerschaft: VGH Kassel, NVwZ 2003, S. 874 f.

[1050] Nach RGZ 133, 388, 391.

[1051] *Ernst Kramer*, in: Münchner Kommentar, 4. Aufl., München 2001, Vorb. § 145, Rdn. 13, FN 75.

[1052] LG Münster, NJW 1978, S. 1329 f. (1329); siehe auch BGH, KZR 37/03 vom 8. November 2005, nach dem die Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I 2 GG bei der „Auslegung und Anwendung von Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die sich wie im Streitfall das Hausrecht als Schranken für die ungehinderte Ausübung der Rundfunkfreiheit darstellen, zu berücksichtigen“ ist (a.a.O., Rdn. 31).

[1053] Im einzelnen siehe: BGH NJW 1990, 762; AG Würzburg NJW-RR 93, 1332; Celle OLGZ 72, 281; Köln ZIP 2000, 2159; LG Stuttgart NJW 1996, 3347; LG Frankfurt/Oder NJW 2001, 82; BGH NVwZ 1994, 1240; Köln NJW-RR 1992, 1522; Köln NJW-RR 2001, 1051; LG Nürnberg NJW 1981, 2421; LG Leipzig, NJW 2001, 80; LG Frankfurt/Oder, NJW 2001, 82; LG Kassel, Az. 8 O 428/02 vom 02.04.2002 zur Frage der Bindung privater Infrastrukturunternehmen an die Meinungsfreiheit; für einen Anspruch aus „Art. 8 I GG direkt“: *Horst Eidenmüller*, Der unliebsame Kritiker: Theaterkritik und Schmähkritik, NJW 1991, S. 1439 ff. (1441 ff.); ferner: *Franz Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundlagen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), S. 1 ff.; zur Nichtigkeit einer Vereinbarung von Hausbesitzern nicht an Juden zu vermieten, siehe schon *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *Theodor Maunz* (Hrg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff. (160, FN 5), freilich im Rahmen des mittelbaren Theorems, nach dem das Verhalten der Hausbesitzer ”als nichtig zu behandeln [wäre], weil es nach heutiger und gerade an der Verfassung geschärfter Wertauffassung gegen § 138 BGB verstößt.”

weigerung bilden, ergab sich bereits nach bisherigem Recht ein Anspruch aus §§ 138, 826 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 13 EGV, Art. 14 EMRK[1054] und der Konvention zur Beseitigung rassistischer Diskriminierung (ICERD).[1055] Dieser Anspruch wird nunmehr durch Richtlinie 2000/43/EG, deren Umsetzungsfrist im Jahr 2003 abgelaufen ist,[1056] verfestigt. Auch wenn die Richtlinie bislang nicht in nationales Recht umgesetzt worden ist, wird der Privatrechtsverkehr über die richtlinienkonforme Auslegung unmittelbar berechtigt und verpflichtet.[1057] Nach der Entscheidung des EuGH im Fall Mangold,[1058] die hinsichtlich des aus 9 Artikel 2 der Richtlinie 2000/78/EG[1059] in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts folgenden Diskriminierungsverbots ergangen ist, ergibt sich nunmehr auch aus Richtlinien, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, eine unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Privatrechtsverkehrs, sofern die Richtlinien der Konkretisierung grundrechtlich geschützter Erwartungen dienen, die ihren „Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten“ haben.[1060] Mit dieser Akzentuierung der Geltung der Grundrechte hat der EuGH zu Recht § 14 Abs. 3 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG)[1061] für unanwendbar erklärt, weil „das Gemeinschaftsrecht und insbesondere Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/ 78 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung […] entgegenstehen,“ die das Alter eines Arbeitnehmers als rechtmäßigen Grund für die Befristungen von Arbeitsverträgen einordnet.[1062] Da beide Antidiskriminierungsrichtlinien klare Regeln der Beweislastumkehr vorsehen, sind auch die zivilprozessualen Regelungen dergestalt zu lesen, dass, ähnlich wie bei Regelungen der Arzt- und Produkthaftung,[1063] der Beschuldigte den Nachweis darüber zu erbringen hat, dass er den Vertragsabschluss aus

[1054] *Tilman Bezzenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), S. 395 ff.

[1055] Einen Überblick über die internationalrechtlichen Verpflichtungen bieten *David Nii Addy*, Rassistische Diskriminierung – Internationale Verpflichtungen und nationale Herausforderungen für die Menschenrechtsarbeit in Deutschland, 3. Aufl., Berlin 2005 und *Hendrik Cremer*, Die Individualbeschwerde nach Art. 14 des Internationalen Übereinkommens gegen Rassismus (ICERD). Ein Handbuch für Nichtregierungsorganisationen und Betroffene, Berlin 2005.

[1056] Abl. L 180/22.

[1057] Details bei *Palandt-Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., München 2005, Anhang nach § 319 Rdn. 5 ff.

[1058] EuGH, C-144/04 v. 22.11.2005.

[1059] Richtlinie 2000/78/EG des Rates, 27.11.2000, Abl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16 -22.

[1060] EuGH, C-144/04 v. 22.11.2005, Rdn. 79.

[1061] „Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt. Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.“

[1062] EuGH, C-144/04 v. 22.11.2005, Rdn. 83.

[1063] Zur Arzthaftung: BGHZ 99, 391; BGH, NJW 1987, 2293; zur Produkthaftung: BGHZ 104, 323 (333 ff.)

nicht diskriminierenden Gründen verweigert hat.

Insgesamt gesehen bestehen demnach weitreichende Kontrahierungszwänge, die sich als grundrechtliche Ansprüche darstellen. Die verbleibenden Systematisierungsschwierigkeiten erscheinen als ein Folgeproblem unzureichender grundrechtsdogmatischer Durchdringung. Denn die in der Zivilrechtsprechung entwickelten Abgrenzungsprobleme ‚wichtige Güter/lebenswichtige Güter/bedeutende Güter des Durchschnittsverbrauchers' sind im Hinblick auf die kontextgebundenen Gefährdungslagen zu unspezifisch. Der generelle bzw. zielgruppenfixierte Wichtigkeitstest wäre insofern durch einen differenzierten Grundrechtstest, der sich von den Gedanken der „Gesamtanalogie" löst und statt des pauschalen Bezugs auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I GG) spezifisch grundrechtliche Kriterien einführt, zu ersetzen.[1064] So könnten Macht- und Wichtigkeitsbalancierungen durch grundrechtlich stabilisierte Kriterien ersetzt werden.

cc. Subjektive Bewirkungsrechte Bewirkungsrechte sind subjektive Rechtspositionen, die die rechtliche Kompetenz garantieren, allein oder mit anderen gewünschte Rechtsfolgen herbeizuführen. Das Paradigma eines solchen Rechts ist das in Art. 38 Abs. 1 GG garantierte aktive Wahlrecht. In der individualbezogenen Form stellen subjektive Bewirkungsrechte die Möglichkeitsbedingung zur Ausübung abwehrrechtlich garantierter Autonomieräume dar. So muss im Rahmen der Ausübung der Religionsfreiheit nach Art. 7 Abs. 2 GG die Abmeldung vom Religionsunterricht an Schulen unabhängig von sachlichen Voraussetzungen ausgestaltet sein. Insbesondere die demokratische Funktion der in Art. 9 GG garantierten Vereinigungsfreiheit und die grundrechtseffektuierenden Organisations- und Verfahrensmaximen für Vereine und Gesellschaften sind Ausdruck eines organisations- und verfahrensrechtlichen Grundrechtsverständnisses.[1065] Innerverbandliche Demokratierechte werden in der Literatur bisweilen unter analoger Anwendung der für politische Parteien geltenden Grundsätze hergeleitet.[1066] Das verwischt freilich die Unterschiede zwischen nicht-politischen Verbänden und Parteien und ist nur unter bestimmten Voraussetzungen angebracht.[1067] Für die demokratische Konstitution funktionaler Selbstverwaltungskörperschaften hingegen hat das

[1064] Ähnlich: *Dirk Looschelders*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 2005, Rdn. 117 ff.

[1065] *Hartmut Bauer*, in: *Horst Dreier* (Hrg.), Grundgesetz, Band I, Tübingen 1996, Art. 9 Rdn. 60.

[1066] *Rupert Scholz*, in: *Theodor Maunz / Günter Dürig* (Hrg.), Grundgesetz, München 1979, Art. 9, Rdn. 102, wo die „Teilhabe an staatlichen Funktionen" als Voraussetzung genannt ist. Dies sei namentlich beim „halbstaatlichen Verein" gegeben. Scholz beruf sich hier auf die unglückliche Begriffsbestimmung von *Frank Müller-Thoma*, Der halbstaatliche Verein eine Organisationserscheinung der institutionalisierten Durchdringung von Staat und Gesellschaft, Frankfurt am Main 1973.

[1067] Im einzelnen: *Gunther Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978, S. 182 ff.

Bundesverfassungsgericht detaillierte Regelungen entwickelt.[1068]

b. Rechtfertigungsmöglichkeiten Das Rechtfertigungs-Recht im Hinblick auf nicht-staatliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Autonomieräume muss zunächst beachten, dass es sich in der Regel um Situationen kollidierender Grundrechte handelt. Die Kommensurabilisierung des Inkommensurablen kann nach oben gesagtem allerdings nicht durch eine Abwägung kollidierender Höchstwerte und -prinzipien und der Logik der Herstellung praktischer Konkordanz erfolgen, sondern erfordert ein Grundrechtskollisionsrecht, in dessen Zentrum die Forderung steht, den Realkonflikt in die *quaestio iuris* zu übersetzen. Die Eingriffsrechtfertigung unterliegt hierbei den üblichen Regeln des Gesetzesvorbehalts. Am prägnantesten hat der EuGH dies für einen Eingriff Privater in die Niederlassungsfreiheit formuliert: "Zum einen wäre nämlich die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, daß nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen oder Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen. Zum anderen könnten sich aus einer Beschränkung des Gegenstands dieses Artikels auf behördliche Maßnahmen Ungleichheiten bei seiner Anwendung ergeben, da die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene oder vorgenommene Verträge oder sonstige Akte geregelt sind. [...] Nichts spricht dagegen, daß sich Privatpersonen zur Rechtfertigung ihnen vorgeworfener Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit berufen, wie sie nach Artikel 48 des Vertrages geltend gemacht werden können. Die Tragweite und der Inhalt dieser Rechtfertigungsgründe sind nämlich nicht vom öffentlichen oder privaten Charakter einer beschränkenden Regelung abhängig, zu deren Stützung sie in Anspruch genommen werden."[1069] Bei der Eingriffsrechtfertigung ist zu beachten, dass einfachgesetzliche Eingriffsgrundlagen stets wiederum selbst an

[1068] BVerfG, 5. Dezember 2002, 2 BvL 5/98, Rdn. 172: „Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit bei der Schaffung und näheren Ausgestaltung von Organisationseinheiten der Selbstverwaltung erlaubt auch, den Selbstverwaltungsträger zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter zu ermächtigen; dies gilt in allerdings begrenztem Umfang auch für ein Handeln gegenüber Dritten, also Nichtmitgliedern. Nicht bereits die Erledigung öffentlicher Aufgaben als solche, wohl aber die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter macht es erforderlich, Maßnahmen, welche die jeweilige Selbstverwaltungskörperschaft bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben ergreift, am Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG zu messen. Das bedeutet im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht, dass dies im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu geschehen hat. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält. Das erfordert, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt".

[1069] EuGH, Urteil v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Bosman, Rdn. 10 f.

Verfassungsrecht zumessen sind und dass die Kollision vorbehaltslos gewährter Grundrechte besondere Anforderungen an den Kompatibilisierungsvorgang stellt.[1070] Dies soll im Folgenden Kapitel anhand von drei Beispielsfällen kollidierender Autonomieräume näher ausgeführt werden.

4. Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr

Da ohne Verfassungsbezug ‚Recht' nicht zu haben ist und die verfassungsrechtlich gebotene Akzentuierung der Grundrechte im Rahmen dynamischer Vernetzungen zu einer grundrechtlichen Durchformung des Privatrechts führt, haben die herkömmlicherweise vertretenen Ausfassungen zur ‚mittelbaren Drittwirkung' insofern den faschen Ausgangspunkt, dass sie in etatistischer Fixierung die Beachtung von Grundrechten nur den staatlichen Gewalten auferlegen. Die Grundrechte zielen jedoch auch gegen totalisierende Tendenzen anderer Medien. Die sog. objektiv-rechtliche Wirkung der Grundrechte als Ordnungsidee ist darauf angesetzt. Resubjektivierungen dieser objektiv-rechtlichen Normen sind in einer reflexiven Grundrechtstheorie als rechtliche Stabilisierungsmechanismen von Selbstbeschränkungen von Rationalitätsbereichen zu konzipieren. Aus ihnen folgen unmittelbare Grundrechtsberechtigungen und -verpflichtungen im Privatrechtsverkehr. Eine einfache Kontrollüberlegung möge dies noch einmal plastisch machen: Wenn aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung Streitigkeiten aus einem Vertrag zwar nach deutschem Recht aber nicht von den ordentlichen Gerichten sondern durch ein durch die Parteien zu benennendes Schiedsgericht zu entscheiden wären, entfiele nach dem Theorem der mittelbaren Drittwirkung eine Bindung an Grundrechte, da diese Theorie es der staatlichen rechtsprechenden Gewalt auferlegt, die Grundrechte zur Geltung zu bringen. Deutsches Recht, wie es von staatlichen Gerichten angewendet wird, wäre dann von deutschem Recht, wie es vor privaten Schiedsgerichten judiziert wird, zu unterscheiden. Das kann nicht sein. Privatrechtsfragen sind vor den ordentlichen Gerichten genauso zu behandeln wie vor Schiedsgerichten. Das einfachgesetzliche Recht ist in beiden Fällen grundrechtlich durchformt. Die Grundrechtsgeltung ist weder abhängig vom Status der entscheidenden Judikativinstanz noch von legislativen Einzelakten. Grundrechte können als gesellschaftliche Normen in ihrer Geltung weder durch Judikative, noch durch Legislative und auch nicht durch Private suspendiert werden.

[1070] Siehe auch die Eingriffssystematik die *Walter Leisner* vorgelegt hat, *ders.* Grundrechte und Privatrecht, München 1969, insbes. S. 384 ff.

4. Kapitel

Dogmatische Konsequenzen: Von der mittelbaren Drittwirkung zum Grundrechtskollisionsrecht

Das stellt für die etatistische Verfassungs- und Grundrechtstheorie keine geringe Herausforderung dar. Denn eine reflexive Modellierung der Grundrechtsdogmatik beinhaltet im Kern auch die Forderung, das "nichtssagende Paradigma der Interessen- oder Werteabwägung"[1071] aufzugeben. Das impliziert eine Abkehr von der exklusiv etatistischen Inbezugsetzung von Grundrechtskollisionen.[1072] Denn die Erosion grundrechtlicher Sicherungen im Zuge einer rechtstheoretisch überhöhten "Abwägungs-Plage"[1073] geht vor allem darauf zurück, dass soziale Konflikte rechtstheoretisch ungefiltert in die Form staatlich zu optimierender Prinzipiengebote transformiert werden. Der Aufbau eines selbststabilisierungsfähigen Verknüpfungsmusters für Rechtsbeziehungen wird dadurch desavouiert.[1074] Die Form der Garantie des Autonomienpluralismus durch eine reflexive Methode der Bearbeitung von Grundrechtskollisionen soll im Folgenden dem (etatistischen) Abwägungspragmatismus anhand von drei Fallbeispielen kontrastiert werden. In den Beispielen soll die Polyzentrik grundrechtlicher Gefährdungslagen durch kommunikative Matrices plastisch gemacht werden, um die Umständen zu identifizieren, die unmittelbare Grundrechtsgeltung im Rahmen von Privatrechtsverhältnissen erfordern, und die Technik der Kompatibilisierung kollidierender grundrechtlich geschützter Logiken darzustellen.

Zunächst werden die im Schwerpunkt rechtliche Dreieckskonstellationen betreffenden Bürgschaftsfälle[1075] als Beispiel für die Dimension *Eingriffe durch Kommunikationsmatrices in grundrechtliche Autonomieräume* zu rekonstruieren sein (1.). Die zweite Konstellation betrifft Fragen des Umgangs mit Technikrisiken, die anhand des vom VGH Kassel 1989[1076] entschiedenen Falles über die Unzulässigkeit gentechnischer Anlagen bei Nichtvorliegen eines Genehmigungsgesetzes

[1071] *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 539.

[1072] Zur Kollisionstheorie des Bundesverfassungsgerichts: *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchung über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998, S. 157 ff.

[1073] *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999, S. 53.

[1074] *Karl-Heinz Ladeur*, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 64 (2000), 60 ff. (77); *Thomas Vesting*, Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie – eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?, Der Staat 41 (2002), S. 73 ff. (75).

[1075] Zentral: BVerfG, 19.10.1993, 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 ff. (Familienbürgschaft); BGH, 14. 10. 2003 - XI ZR 121/02 (OLG Rostock), NJW 2004, S. 161 ff. (Arbeitnehmerbürgschaft).

[1076] VGH Kassel, NJW 1990, S. 336 ff.

problematisiert und in den transnationalen Kontext der Gentechnikregulierung gestellt werden sollen. Anders als bei der vorgenannten Grundrechtsdimension geht es hier um typische Gefährdungslagen für die physische Integrität von Menschen, d.h. es stehen technikbezogene *Eingriffe in die körperliche Integrität* im Vordergrund (2.). Das dritte Beispiel bildet die europarechtlich relevant gewordene Frage des Umfangs der Versammlungsfreiheit bei Beeinträchtigung der Warenfreiheit in der Form des im Jahr 2002 vom EuGH entschiedenen Falles Schmidberger gegen Österreich.[1077] Hier steht der *Eingriff in personale Grundrechte durch wirtschafts- und politikrationale Kommunikationsmatrices* im Blickpunkt (3.).

I. Vom Schutz individueller Rechtsgüter zum Schutz von Autonomieräumen

Paradigmatisch für das juristische Denken in der Dichotomie Privatrecht ./. Grundrechte sind die "Bürgschaftsfälle". An ihnen lässt sich ablesen, wie die wechselseitige disziplinäre Abschottung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht dazu geführt hat, dass grundrechtliche Kollisionslagen in eigenartige Ingerenzverhältnisse von privatem und öffentlichem Recht übersetzt worden sind, in denen beide Disziplinen jeweilige Suprematie beanspruchten.[1078] Die disziplinären Autonomiebestrebungen haben ein Freilegen der kollidierenden Logiken und damit auch den Blick auf die Tiefe des gesellschaftlichen Konfliktes, dessen Ausdruck die Bürgschaftsfälle sind, erschwert.

Die typische Konstellation in den Bürgschaftsentscheidungen kann der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1993 entnommen werden. Das Gericht hat mit seiner Entscheidung eine breite Debatte ausgelöst,[1079] die erkennen lässt, dass den Entscheidungen eine brisante Materie zugrunde lag. Methodologischer Staatsstreich,[1080] Spirale der Infantilisierung[1081] – die

[1077] EuGH, Rs. C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich, 12.6.2003, EuGH, Slg. 2003, I-5659, EuGRZ 2002, S. 369 ff.

[1078] Diederichsen spricht so plastisch wie fehlgehend von einer „Usurpation" privatrechtlicher Begriffe durch Verfassungsrecht, *Uwe Diederichsen*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Jura 1997, S. 57 ff. (57).

[1079] *Heinrich Honsell*, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, S. 565 ff.; *Herbert Wiedemann*, Anm. zu BVerfGE 89, 214, JZ 1994, S. 411 ff; *Dieter Rehbein*, Mithaftung, JR 1995, S. 45 ff; für weitere Nachweise siehe *Hans-Albrecht Hesse/Peter Kauffmann*, Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung, JZ 1995, S. 219 ff. (220); krit.: *Klaus Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467 ff; *Fritz Rittner*, Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, S. 3330 ff.

[1080] *Uwe Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, AcP 198 (1998), S. 171 ff. (226).

[1081] *Josef Isensee*, Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte: Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung, in: *Ulrich Hübner/Werner F. Ebke* (Hg.), Festschrift für Bernhard Großfeld, Heidelberg 1999, S. 485 ff. (488, FN 7); weitere Nachweise zu Stimmen aus der Literatur: *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 83 (2000), S. 388 ff.

Literatur überschüttete das Gericht mit Polemik, die Ausdruck grundsätzlichen Dissenses mit den herkömmlichen Grundsätzen der verfassungsrechtlichen Herleitung der Grundrechtsgeltung im Privatrecht ist und sich im konkreten Fall daran entzündet, dass das Gericht Familienbürgschaften bei gestörter Vertragsparität und mangelndem Eigeninteresse für nichtig hält.

Wie profund das gesellschaftliche Problem ist, das der Verfassungsbeschwerde zugrunde liegt, lässt bereits die Fülle heterogener Entscheidungen des BGH zu diesem Problemkreis erahnen. In diesen zeigt sich insbesondere auch eine nachdrückliche Spaltung der Auffassungen der Senate am Bundesgerichtshof. So ist es kein Zufall, dass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein Urteil des IX. Senats des Bundesgerichtshofes vorangegangen war. Das Bundesverfassungsgericht wurde damit unmittelbar in die Auseinandersetzungen zwischen dem IX. Senat, der in Bürgschaftssachen grundsätzlich eher dazu neigte, die Rechtsauffassung der betroffenen Banken einzunehmen, und dem XI. Senat des Bundesgerichtshofs, der im Schwerpunkt mit Banksachen betraut ist, der aber die Wirksamkeitsschwelle für Bürgschaftsverträge anspruchsvoller als der IX. Senat konzipierte, hineingezogen. Diese Validierungskämpfe hatten die beiden Senate des BGH über Jahre hinweg beschäftigt. Nachdem die Instanzgerichte Mitte der 1980er Jahre dazu übergegangen waren, Bürgschaftsverträge einer weitgehenden Inhaltskontrolle zu unterziehen und die Haftungserweiterung auf geschäftlich unerfahrene Ehepartner und sonstige Familienangehörige bei absehbarer Einkommens- und Vermögenslosigkeit als sittenwidrig einzustufen,[1082] hat der IX. Senat des BGH diese Entscheidungen weitgehend verworfen.[1083] Die Meinungen zur Rechtsauffassung des IX. Senats gingen in der zivilrechtlichen Literatur auseinander.[1084] Teilweise haben die Instanzgerichte dem IX. Senat die Gefolgschaft versagt und an der Inhaltskontrolle festgehalten,[1085] bisweilen unter deutlichem Protest, wie er beispielsweise in der Formulierung des Landgerichts Münster zum Ausdruck kommt: "Die dahinlautende Entscheidungspraxis des BGH […], der das OLG Köln unreflektiert folgt […], ist deshalb abzulehnen."[1086] In der Folgezeit hatte sich der für Bankrecht zuständige XI. Senat des BGH auf die Seite der Kritiker der Bürgschaftsrechtsprechung des IX. Senats gestellt und dessen Rechtsprechung nachhaltig modifiziert.[1087] Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den beiden Bürgschaftsfällen hat die Rechtsposition des XI. Senats des Bundesgerichtshofes nachhaltig

[1082] OLG Düsseldorf, ZIP 1984, 166; OLG Frankfurt, ZIP 1984, 1465; OLG Köln, ZIP 1987, 363; LG Hamburg, ZIP 1985, 1465; LG Lübeck, NJW 1987, 959, jeweils unter Berufung auf § 138 I BGB; das OLG Stuttgart (NJW 1988, 833) stütze seine Entscheidung sich hingegen auf § 310 BGB.

[1083] BGHZ 106, 269; 107, 92; ZIP 1989, 629; NJW 1991, 2015 ff.; BB 1992, 387 ff.

[1084] Zustimmend *Dieter Medicus*, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, ZIP 1989, S. 817 ff.; ablehnend Beate Grün, Anm. zu BGH XI ZR 111/90 v. 22.1.1991, NJW 1991, 925 f.; Heinrich *Honsell*, Anm. zu BGH IX ZR 124/88 v. 19.1.1989, JZ 1989, 495 f.; *Klaus Tiedtke*, Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechts seit dem 1. Januar 1986, ZIP 1990, S. 413 ff.

[1085] LG Osnabrück, NJW-RR 1990, 306; LG Münster, NJW 1990, 1668.

[1086] LG Münster, NJW 1990, 1668 (1669).

[1087] BGH, NJW 1991, 923; ZIP 1993, 26.

gestärkt. Das Bundesverfassungsgericht hat dem IX. Senat "eine Verkennung der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie"[1088] vorgeworfen, die der Problematik des Ausgangsfalls nicht gerecht werde und die die Grundrechte so prinzipiell verfehle, "daß die Entscheidung keinen Bestand haben kann."[1089] Die verfassungsrichterliche Rüge hat der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zum Anlass genommen, seine Rechtsprechung zu modifizieren. In Abweichung von der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats hat er die Tragweite der Entscheidung des Verfassungsgerichts insbesondere dadurch zu relativieren gesucht, dass er in der Folgezeit vornehmlich auf den Gesichtspunkt der Verhinderung von Vermögensverschiebungen des Hauptschuldners als ein die Sittenwidrigkeit vermeidendes Moment abstellte.[1090] Der IX. Senat hat dabei ausdrücklich der abweichenden Rechtsprechung des XI. Zivilsenats[1091] widersprochen, der stets daran festgehalten hatte, dass allein das Ziel, etwaigen Vermögensverschiebungen vorzubeugen, ein wirtschaftlich sinnloses Mithaftungsbegehren des Kreditgebers grundsätzlich nicht rechtfertigt.[1092] Die Auseinandersetzung in Bürgschaftssachen zwischen den beiden obersten Zivilsenaten zog sich über Jahre, umfasst Vorlagen an den EuGH,[1093] eine Vorlage an den großen Senat für Zivilsachen (nach § 132 IV GVG),[1094] eine Gegenstellungnahme zu dieser Vorlage[1095] etc. Eine Wendung erhielt die Auseinandersetzung erst im Januar 2001: Nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs ist seit dem 1. Januar 2001 der XI. – d.h. der Banksenat – an Stelle des IX. Zivilsenats für Bürgschaftssachen zuständig.[1096]

Ein letztes Aufbäumen des IX. Senats hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 6. Dezember 2005 im Fall einer Familienbürgschaft zurückgewiesen. Der IX. Senat hatte in seiner Entscheidung die Vollstreckung aus einem vor der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangenen Urteils für zulässig erachtet, obwohl § 79 Abs. 2 BVerfGG Vollstreckungen aus Titeln, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen verbietet. Das Bundesverfassungsgericht hat indes die Vollstreckung aus Titeln, die vor

[1088] BVerfGE 89, 214 (231).
[1089] BVerfGE 89, 214 (235).
[1090] BGHZ 128, 230, 234 f.; 132, 328, 331; 134, 325, 327 f.
[1091] BGHZ 120, 272, 278 f. und Urteil vom 22. Januar 1991 - XI ZR 111/90, WM 1991, 313, 315.
[1092] BGHZ 134, 42, 49; 135, 66, 69; Vorlagebeschluß vom 29. Juni 1999 - XI ZR 10/98, WM 1999, 1556, 1558.
[1093] Siehe die sog. "Dietzinger"-Entscheidung des EuGH zur Haustürgeschäfterichtlinie (EuGH, NJW 1998, 1295), ergangen auf Vorlage des IX. BGH-Senats: Anforderung des "doppelten Verbrauchereigenschaft", sowohl Hauptschuld als auch Bürgschaft dürfen auf keinen Erwerbszwecken beruhen. Kritik (*Manfred Wolf*, Die Privatbürgschaft unterfällt nach Ansicht des EuGH nicht der EWG-Verbraucherkreditrichtlinie, LM H. 8/2000 EWG-RL 87/102 Nr. 0): Der EuGH hat zwar die Akzessorietät von Bürgschaft und Hauptschuld beachtet, aber den Verbraucherschutz vernachlässigt, weil er ihn ohne ausreichende Rechtfertigung hinter der Akzessorietät hat zurücktreten lassen.
[1094] BGH, Vorlagebeschluss vom 29. 6. 1999 - XI ZR 10/98, NJW 1999, S. 2584 ff.
[1095] BGH, Stellungnahmebeschluss des IX. Zivilsenats vom 15. 2. 2000 - zum Verfahren XI ZR 10/98 des XI. Zivilsenats, NJW 2000, S. 1185 ff.
[1096] XI. Senat, 14.5.2002, XI ZR 81/01 und XI ZR 50/01, ZIP 2002, S. 1187 ff.

der Bürgschaftsentscheidung ergangen sind und die unter Anwendung der als verfassungswidrig klassifizierten Auslegung der Generalklauseln des Privatrechts ergangen sind, untersagt.[1097]

1. Vertikales Modell: Praktische Konkordanz im vertikalen Holismus

Die Intervention des Bundesverfassungsgerichts in die Auseinandersetzungen zwischen den Senaten des BGH stand in der Bürgschaftsentscheidung selbst auf dem Boden der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik. Das Gericht befand, dass *die Untergerichte* die Bedeutung der Privatautonomie verkannt haben, da sie entscheidende grundrechtliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen hätten, insbesondere die Frage, "ob und inwieweit beide Vertragspartner über den Abschluss und den Inhalt des Vertrages tatsächlich frei entscheiden konnten".[1098] Es dürfe "nicht nur das Recht des Stärkeren gelten".[1099] Das Bundesverfassungsgericht kommt daher zu dem Ergebnis, dass es sich um eine "typisierbare Fallgestaltung" handelte, "die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt", und dass der Vertrag den unterlegenen Vertragsteil mit ungewöhnlich belastenden Folgen trifft.[1100] Diese Fassung der Kollisionslage und der Umgang mit der Drittwirkungsfrage durch das Bundesverfassungsgericht sind symptomatisch für eine Grundrechtsdogmatik, die sich zwar dem Problem der „horizontalen" Grundrechtswirkung gestellt hat, regelmäßig aber der heiklen Frage, ob private Akteure unmittelbaren Grundrechtsverpflichtungen ausgesetzt sind, dadurch ausweicht, dass sie eine Fülle von Doktrinen entwickelt, wonach die Grundrechte nur „mittelbare" Wirkungen im privaten Sektor entfalten[1101]. In der Bürgschaftsentscheidung fasst das Bundesverfassungsgericht die Drittwirkungsdoktrin in diesem Sinne konsequent zusammen: "Das Grundgesetz enthält in seinem Grundrechtsabschnitt verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts. Diese Grundentscheidungen entfalten sich durch das Medium derjenigen Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, und haben vor allem auch Bedeutung bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln [...]. Indem § 138 und § 242 BGB ganz allgemein auf die guten Sitten, die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben verweisen, verlangen sie von den Gerichten eine Konkretisierung am

[1097] BVerfG, 1 BvR 1905/02, Beschluss vom 6. Dezember 2005, Rdn. 38.
[1098] BVerfGE 89, 214 (231).
[1099] BVerfGE 89, 214 (232).
[1100] BVerfG, a.a.O.
[1101] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private' transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E.; hier auch die Hinweise zu rechtsvergleichenden Arbeiten von *Daniel Friedman/Daphne Barak-Erez*, Human Rights in Private Law, Oxford and Portland 2001; *Gavin W. Anderson*, Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism, The Canadian Journal of Law & Jurisprudence 17 (2004), S. 31 ff.; aus der internationalen Diskussion der Grundrechtsdrittwirkung für England: *Adam Tomkins*, Introduction: On Being Sceptical about Human Rights, in: *Tom Campbell* et al.(Hrg.), Sceptical Essays on Human Rights, Oxford 2001, S. 1 ff. (4); für Israel: *Aharon Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law, Review on Constitutional Studies 3 (1996), S. 218 ff.; für Südafrika: *Halton Cheadle/Dennis Davis*, The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere, South African Journal on Human Rights 12 (1996), S. 44 ff.

Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden. Deshalb sind die Zivilgerichte von Verfassungs wegen verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln die Grundrechte als "Richtlinien" zu betrachten. Verkennen sie das und entscheiden sie deshalb zum Nachteil einer Prozeßpartei, so verletzen sie diese in ihren Grundrechten [...]."[1102] Über das Einfallstor des einfachen Rechts wirkt also nach dem Gericht die Verfassung, um in Fällen von strukturell gestörter Vertragsparität die individualvertragliche Gestaltungsmacht zu begrenzen. Auf diesem Weg kann das Gericht einfordern: "Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 I GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden [...] Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 I GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I GG)."[1103]

a. Praktische Konkordanz Sofern das Bundesverfassungsgericht hier "kollidierende Grundrechtpositionen" einander zuordnet und ihre weitest mögliche Wirksamkeit einfordert, bewegt es sich im Rahmen einer Kompatibilisierungstechnik, die in Anknüpfung an Formulierungen der beiden Smend-Schüler[1104] Konrad Hesse und Richard Bäumlin üblicherweise als "praktische Konkordanz" bezeichnet wird.[1105] Das Verfahren hat den Anspruch, durch eine Abwägung einen Ausgleich herbeizuführen, der beide Rechtsgüter angemessen zur Geltung bringt.[1106] Richard Bäumlin hatte in Anknüpfung an topische Arbeiten den kontingenten Verlauf eines solchen Konkretisierungsprozesses hervorgehoben. Es ginge, so insistiert er, nicht darum, "einheitliche Wertordnungen" einfach aufzuspüren, sondern die Sätze der Verfassung bedürfen fortwährend weiterer Konkretisierung, "die nicht bloß 'anwendet' oder 'ausführt', sondern in topisch vorgehender Problementwicklung die Teilantworten im geschichtlichen Handeln

[1102] BVerfGE 89, 214, 229f.
[1103] BVerfGE 89, 214, 232.
[1104] Zu Differenzen innerhalb der Schule: *Frieder Günther*, Denken vom Staat her, München 2004, S. 187.
[1105] Vgl. zur Herkunft dieses Begriffs über Konrad Hesse und Richard Bäumlin: *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979, S. 76, Fn. 170. Begriffsgeschichtlich wären insbesondere auch *Nikolaus von Kues*, De concordantia catholica (1433), Bd. 1-3, Hamburg 1959-1963 (hierzu: *Claudia Lücking-Michel*, Konkordanz und Konsens. Zur Gesellschaftstheorie in der Schrift 'concordantia catholica' des Nikolaus von Cues, Würzburg 1994, S. 63 ff.) und Gratians um 1140 erarbeitetes Dekret "concordia discordantium canonum" (hierzu: *Anders Winroth*, The Making of Gratian's Decretum, Cambridge 2000, S. 146 ff. und *Stephan Kuttner*, Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law, Latrobe 1960, S. 9 ff.) zu nennen.
[1106] *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdn. 317-319.

zu praktischer Konkordanz bringt."[1107]

Begrifflich knüpft Bäumlin an Gratians Dekret "concordia discordantium canonum" an.[1108] Wie schon bei Gratian, dessen Leistung darin bestand, widersprüchliche Einzelregeln in einem dialektischen Prozess zu kommensurabilisieren, ist der von Bäumlin vorgezeichnete Konkretisierungsweg vertikal holistisch angelegt, da er die Grundrechte "als Teile einer verfassungsrechtlichen Gesamtordnung"[1109] versteht und in die Herstellung optimaler praktischer Konkordanz auch solche Verfassungswerte einbezieht, die verfassungsmäßige Gemeinschaftsaufgaben betreffen. Ludwig Buissons Beschreibung der Konkordanzmethode Gratians zeichnet vor, was Bäumlin für die verfassungsrechtliche Konkordanzmethode prägte: "Zur Lösung einer strittigen Frage ordnete er [Gratian, die Verf.] zunächst die Auslegungen der Autoritäten, wie der Kirchenväter, Päpste und Konzilien, in eine Gruppe des "pro" und des "contra" und löste dann in einem paragraphus, auch dictum genannt, die Widersprüche. In diesen paragraphi griff er, wo dies möglich war, auf die exempla der Bibel zurück. Die Konkordanz der sich scheinbar widersprechenden auctoritates ergab sich im exemplum selbst und in den verschiedenen causae seiner Handlungsweise. Mit solchem betonten Rückgriff auf die exempla caritatis des Alten und Neuen Testamens stützte er die verschiedenen auctoritates, führte aber damit zugleich die Ordnung der Kirche Gottes unmittelbar auf die Heilige Schrift zurück."[1110]

An diese fallorientierte Konkordanzmethode Gratians, die die Einzelentscheidung immer an die tragende und verbindende *caritas* rückbindet, schließt Bäumlin unmittelbar an. Die funktionale Äquivalenz der beiden Methoden ist im Hinblick auf die Einheitsbildung evident, auch wenn der Methodentransfer vom Recht des 12. ins 20. Jahrhundert unter umgekehrten Vorzeichen steht: Gratians Vorgehensweise kann man als einen selektiven Transfer von Rechtsregeln in den geschrieben Text, der den Vorrang des Textes bestätigt, beschreiben. Bäumlins topische Argumentationstheorie hingegen invisibilisiert das konstruierende Moment dieser Technik nicht, sondern spricht von einer Konkretisierung des Textes. Das Verbindende der beiden Varianten zur Wahrung der "Einheit des Systems" liegt in der Grundannahme des hierarchischen Holismus, der Einheit als textgegeben (Gratian) bzw. als in den Text hineinlegbar (Bäumlin) begreift.[1111] Den Bezug zum Ganzen der *caritas* betont Bäumlin in seiner

[1107] *Richard Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961, S. 30.

[1108] Siehe auch *Konrad Hesses* Besprechung (*ders.*, Juristenzeitung 18 (1963), S. 485 ff. (486)) von Richard Bäumlins Schrift "Staat, Recht und Geschichte": "Es kommt darauf an, die Maßstäbe beim Vollzug des Rechts, in der Rechtswirklichkeit in praktische Konkordanz zu bringen, 'concordantia disconcordantium' zu betreiben."

[1109] *Richard Bäumlin*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStR 28 (1970), S. 3 ff. (18).

[1110] *Ludwig Buisson*, Potestas und Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter, Köln 1958, S. 47.

[1111] Zur Parallele dieser Techniken interner Ordnungsleistung als Strategien rechtlicher Selbsterhaltung grundsätzlich: *Rudolf Stichweh*, Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.-19. Jahrhundert), Rechtgeschichtliches Journal 9 (1990), S. 254 ff. (264 f.).

Rekonstruktion von Gratians Konkordanzlehre noch einmal speziell.[1112] Die vertikal holistische Struktur wird dadurch das Grundmuster für Bäumlins Modell der "repressiven Toleranz"[1113] bilden. In seinem Vortrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1970 hat er im Bereich der Gewissensfreiheit vorgeführt, wie man diese Technik der "praktischen Konkordanz" als funktionales Äquivalent zum Verständnis eines "besonderen Gewaltverhältnisses"[1114] operationalisieren kann. "Es gibt", schreibt Bäumlin da, "keine unbedingte Vorordnung der Grundrechte im Verhältnis zu den Gemeinschaftsaufgaben."[1115] Ähnlich liest sich dies bei Konrad Hesse, der formuliert: "Diese Zuordnung von Freiheitsrechten und anderen Rechtsgütern nimmt die Verfassung nur zu einem geringen Teil selbst vor. Wenn sie in der abgestuften Bindung der Gesetzesvorbehalte die Zuordnung dem Gesetzgeber anvertraut, so ändern doch die unterschiedlichen Formen der Begrenzungsmöglichkeit nichts daran, dass es sich um ein und dieselbe Sache handelt, nämlich die Herstellung und Erhaltung eines Ordnungszusammenhangs, in dem sowohl die grundrechtlichen Freiheiten als auch jene anderen Rechtsgüter Wirklichkeit gewinnen. Soweit die Bestimmungen, die beide schützen, in ihrer sachlichen Reichweite einander überschneiden oder miteinander kollidieren, ist Grundrechtsbegrenzung grundsätzlich Herstellung praktischer Konkordanz."[1116]

Überträgt man auf dieses Konzept Helmut Ridders in den 70er Jahren an der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geübte Kritik, dass mit der von ihr eingeführten Methode der "Wechselwirkung" zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht eine Desavouierung des Grundrechtsschutzes der Meinungsfreiheit eingeleitet wurde, da die Grundrechtsschranken als Einfallstore für repressive Abwägungsmechanismen geöffnet werde, indem sie "mit all den hinter ihnen stehenden oder in sie hineininterpretierbaren 'Werten' auf dieselbe Ebene wie das Grundrecht katapultiert, und da sie so mit dem Grundrecht ranggleich werden",[1117] erkennt man, welch "gadget"[1118] die Smend-Schüler Bäumlin und Hesse da ersonnen haben: Die Figur der "praktischen Konkordanz" generiert vertikal holistisch zu verwaltende Grundrechtseingriffsmöglichkeiten.[1119] Gerade im Bereich der Gewissensfreiheit, die Bäumlin bei seiner Ausarbeitung der Konkordanzmethode vor Augen hatte, können mit dieser Methode Konzepte wie die des "besonderen Gewaltverhältnisses" und des "Sonderstatusverhältnisses"

[1112] *Richard Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961, S. 30.
[1113] *Richard Bäumlin*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStR 28 (1970), S. 3 ff. (19).
[1114] Hierzu: *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht (3. Aufl., 1931), Nachdruck 1966, S. 122 und 134
[1115] *Richard Bäumlin*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStR 28 (1970), S. 3 ff. (19).
[1116] *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdn. 317.
[1117] *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975, S. 80.
[1118] *Ridder*, ebd.
[1119] Siehe auch die Kritik bei *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 19. Aufl., Heidelberg 2003, Rdn. 325-335.

verfassungsrechtlich abgesichert werden.[1120] Denn "praktische Konkordanz" ermöglicht, "zwischen den einzelnen Momenten der Verfassung namentlich dem Grundrechtsteil einerseits und den verfassungsrechtlich angeordneten oder vorausgesetzten staatlichen Gemeinschaftsaufgaben wie Schule, Militär, öffentliche Verwaltung andrerseits, optimale praktische Konkordanz herzustellen."[1121] Im wehrfassungsrechtlichen Bereich konnte dadurch eine weitreichende Marginalisierung des Grundrechtsschutzes realisieren werden. So hat die bundesverfassungsgerichtliche und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bislang überwiegend unter Beifall der Literatur mit Hinweis auf die in den Art. 12a, 24 Abs. 2, 73 Nr. 1, 87a und 115a ff. GG getroffene verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung auch der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr Verfassungsrang zuerkannt.[1122]

b. Kriterientrias Neben der Aufwertung der *caritas* (Gratian), d.h. allgemeiner Gemeinschaftsgüter (Bäumlin), führt diese Technik der praktischen Konkordanz unmittelbar in die oben dargestellte Problematik einer methodisch ungeleiteten Abwägung. Der vertikal-holistische Gestus der Figur der "praktischen Konkordanz" verzerrt die Darstellung der gesellschaftlichen Konflikte im Recht hierbei nicht unerheblich. Die Bürgschaftsentscheidungen manifestieren dies: Im Arrangement von Grundrechts- und Gemeinschaftswerten anlässlich konkreter Konfliktsituationen geht der Blick auf den gesellschaftlichen Problemdruck, der erst zum Rechtskonflikt geführt hat, verloren. Statt sich um eine Reformulierung des Konflikts in die *quaestio iuris* zu bemühen, richtet sich der Fokus im Rahmen einer typisierenden Betrachtung auf vertragliche Ungleichgewichtslagen, strukturelle Benachteiligungen, um die Ausschaltung emotionaler Zwangssituationen, insgesamt also um die Möglichkeitsbedingungen einer nicht heterodeterminierten Inanspruchnahme von Privatautonomie.[1123]

Die Crux dieser Problemfassung ist, dass sie mit Machtbalancierungen arbeitet, Positionen sozialer Benach- und Bevorteilung gegeneinander aufrechnet und mit der Anknüpfung an das Sozialstaatsprinzip grundrechtliche Wertungen hin-

[1120] Zur Lehre vom "Sonderstatusverhältnis", die nach BVerfGE 33, 1 – Strafvollzug – als alternatives Modell zum dogmatischen Konzept des "besonderen Gewaltverhältnisses" (hierzu u.a. *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht (3. Aufl., 1931), Nachdruck 1966, 122 und 134) eingeführt worden war; siehe *Georg Nolte/Heike Krieger*, Military Law in Germany, in: *Georg Nolte* (Hrg.), European Military Law Systems, 2003, 337 ff. (368-371). Für eine Grundrechtssuspendierung in einer „Nähebeziehung zum Staat" die Minderheitsmeinung in: BVerfGE 108, 282 (317 ff.).

[1121] *Richard Bäumlin*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStR 28 (1970), S. 3 ff. (18).

[1122] Etwa: BVerfGE 28, 243 (261); BVerfGE 69, 1 (21); BVerwGE 93, 323 (325). Dazu: *Tade Matthias Spranger*, Wehrverfassung im Wandel: Reformvorschläge und Reformbedarf, Baden-Baden 2003, S. 97 ff.; zu einem Wandel der vorbezeichneten Rechtsprechungslinie siehe nunmehr BVerwG, 2. Wehrdienstsenat, 2 WD 12.04 v. 21.06.2005 und hierzu: *Michael Droege/Andreas Fischer-Lescano*, Gewissensfreiheit in der Bundeswehr. Berufung auf die Völkerrechtswidrigkeit des Irakkrieges als Ungehorsamsgrund?, NVwZ 2006, S. 171 ff.

[1123] *Jutta Limbach*, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, S. 10ff. (13); *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), S. 1 ff.

sichtlich geschützter Autonomiebereiche, d.h. insbesondere Art. 6 GG nicht hinreichend in die Betrachtung einbezieht. Im Duktus des Bundesverfassungsgerichts: "Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung [...]. Allerdings kann die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen."[1124] Die Zivilgerichte, namentlich der XI. Senat am BGH, sind dieser Aufforderung gefolgt und haben auf die Problematik der Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen mit der Entwicklung einer Trias von Kriterien reagiert. In der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BGH hängt die Qualifizierung eines Bürgschaftsvertrages von einem Kreditinstitut mit privaten Sicherungsgebern als sittenwidrig regelmäßig entscheidend vom Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des dem Hauptschuldner persönlich nahe stehenden Bürgen oder Mitverpflichteten ab. Zwar reiche der Umstand, dass der Betroffene voraussichtlich nicht einmal die von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines laufenden Einkommens und/oder Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalls dauerhaft allein tragen kann, regelmäßig nicht aus, um das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu begründen. In einem solchen Fall krasser finanzieller Überforderung aber nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände widerleglich zu vermuten, dass er die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.[1125] Die Kriterien der Sittenwidrigkeit sind demzufolge: (1) persönliche Nähebeziehung bzw. emotionale Verbundenheit von Bürgschaftsgeber und Hauptschuldner; (2) finanzielle Überforderung und (3) Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände seitens der Bank.[1126]

Die Tatsache, dass der BGH im Rahmen des erstgenannten Merkmals regelmäßig prüft, ob der Bürgschaftsgeber die Verpflichtung im Rahmen

[1124] BVerfGE 89, 214, 232.

[1125] BGH, NJW 2005, 971; BGH, NJW 2005, 973 ff. (975); BGHZ 136, 347 [351] = NJW 1997, 3372; BGHZ 146, 37 [42] = NJW 2001, 815; BGHZ 151, 34 [36f.] = NJW 2002, 2228; BGH, ZIP 2003, 796 [797], und BGHZ 156, 302 [307] = NJW 2004, 161 m.w. Nachw.

[1126] Siehe die Zusammenfassung bei *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 200 (2000), S. 276 ff. (296 ff.) und bei *Klaus Tiedtke*, Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts seit 2003, NJW 2005, S. 2498 ff.

einer "im Wesentlichen freien und autonomen Willensentscheidung, sondern allein oder hauptsächlich aus emotionaler Verbundenheit mit ihrem Ehemann übernommen hat"[1127], blieb nicht ohne Kritik. So meint beispielsweise Zöllner: "Der BGH sieht offenbar eine solche Beeinträchtigung bei emotionaler Nähe, was immer das ist, als typischerweise gegeben an. Dem widerspricht die Lebenserfahrung. Abgesehen davon, dass es in vielen Ehen mit der emotionalen Nähe nicht weit her ist, das Gericht also insoweit von einem sozialpsychologisch höchstens teilweise zutreffenden Bild ausgeht, dürfte die große Mehrzahl Angehöriger [...] potentiell in der Lage sein, die Eingehung dieser Verpflichtung abzulehnen."[1128] So desillusionierend diese Kritik im Hinblick auf die Lebenserfahrung von Wolfgang Zöllner auch sein mag, so berührt sie doch den entscheidenden Punkt der Problematik: Das Recht formuliert die Bürgschaftsproblematik als eine Kollision kollidierender Rechte von Grundrechtsträgern: Juristische Person (Kreditinstitut) vs. natürliche Person. Dabei werden regelmäßig der Freiheitsgrad der Vertragsschließenden und Aspekte wie familiärer Druck und psychische Zwangslage als Abwägungsposten in der Sittenwidrigkeitsprüfung eingesetzt. Die Zivilrechtsdogmatik reproduziert so die Problematik der vom Bundesverfassungsgericht angewandten Technik der "praktischen Konkordanz".

2. Reflexives Kollisionsrecht: Neuartige Inkompatibilitätsregeln

Ein alternativer Blick auf die spezifische Kollisionssituation erschließt sich, wenn man die Betrachtung von einem individuellen Verständnis auf eine institutionelle Betrachtung umstellt: In Fällen ruinöser Familienbürgschaften äußert sich ein beunruhigender Kampf von Göttern, die Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Technologie, Medien und Moral heißen, die alle keinen anderen Götter neben sich dulden und die es alle nur auf eines abgesehen haben: dass das Recht ihre hochgezüchteten, extrem spezialisierten Teilbereichsrationalitäten normativ absichert und sie gesellschaftsweit institutionalisiert:[1129] "Es ist", schreibt Max Weber, "wie in der alten, noch nicht von ihren Göttern und Dämonen entzauberten Welt, nur in einem anderen Sinne: wie der Hellene einmal der Aphrodite opferte und dann dem Apollon und vor allem jeder den Göttern seiner Stadt, so ist es entzaubert und entkleidet der mythischen, aber innerlich wahren Plastik jenes Verhaltens, noch heute. Und über diesen Göttern waltet das Schicksal, aber ganz bestimmt keine Wissenschaft."[1130]

Und in der Tat: In der herkömmlichen Sicht löst das Recht Konflikte zwischen gesellschaftsweit institutionalisierten Handlungslogiken dadurch, dass

[1127] Zuletzt: BGH, NJW 2005, 973 ff. (975).
[1128] *Wolfgang Zöllner*, Die Bürgschaft des Nichtunternehmers, Wertpapiermitteilungen 54 (2000), S. 1 ff. (5).
[1129] *Gunther Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, ARSP Beiheft 65 (1996), S. 199ff. (200).
[1130] *Max Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Aufl., Tübingen 1968, S. 605; hierzu: *Matthias Kronenberger*, Theorien der radikalen Fragmentierung: Ladeur / Lyotard / Weber, in: *Sonja Buckel / Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano* (Hrg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 215 ff.

es den Rechtssubjekten den ihnen in der Wertordnung des Grundgesetzes vorgegebenen Platz zuweist. Man vertraut auf Rechtserkenntnis als Mittel der Konfliktbeilegung. Eine an die *critical legal studies* angeschlossene Lesart der heutigen postmodernen Situation[1131] hingegen behauptet, dass das Recht solche Konflikte niemals diskursiv, sondern immer nur mit Gewalt lösen könne. Dies wäre die äußerste Gegenposition. Die Arbeit des Rechts liegt aber zwischen den Extremen reiner Erkenntnis und reiner Gewalt. Aufgabe des Rechts ist es, im Fall von Inkommensurabilitäten den Konflikt zu moderieren. Wenn es in einer funktional differenzierten Gesellschaft zu einer Kollision sozialer Teilsysteme kommt, fehlt regelmäßig eine gemeinsame Logik und man muss einen Rahmen für die Austragung dieses Konfliktes erst entwickeln. Das Moment der Kollision, des Zusammenpralls des Unvereinbaren, kennzeichnet eine grundlegende Modalität der Entscheidung von Konflikten durch Recht. Für Grundrechtskonflikte besteht hierbei das Potential einer auf die Moderation von Rationalitätenkollisionen angesetzten reflexiven Dimension von Grundrechten nicht darin, die Grundrechte unvermittelt auf Phänomene wirtschaftlicher Macht anzuwenden und gegenläufige Rechtspositionen unter Bezug auf ein prekäres Ganzes miteinander abzuwägen. Vielmehr geht es darum, Grundrechte gegenüber solchen Kommunikationsmedien in Anschlag zu bringen, welche Kolonialisierungstendenzen gegenüber anderen Bereichen des Soziallebens entfalten. Die Schutzfunktion der Grundrechte beschränkt sich so weder auf die Beziehung zwischen Bürger und Staat noch auf eine solche zwischen Bürger und Bürger, sondern die grundrechtliche Funktion von "Diskursrechten" bezieht sich auf die expansiven Tendenzen von Sozialsystemen, deren Inkommensurabilitäten und der Notwendigkeit, die Kollisionen rechtlich zu moderieren.[1132]

a. Kompatibilisierung von Erwartungsensembles Mit anderen Worten: Die rechtliche Herausforderung in den Bürgschaftsfällen liegt darin, in unterschiedlichen Kontexten – Familie und Wirtschaft – gebildete Erwartungsensembles miteinander zu relationieren und zu verhindern, dass eine Rationalität die andere sabotiert und letztlich außer Kraft setzt. Anders als in Fällen des Netzwerkversagens aufgrund von Nepotismus und Klientelismus[1133] ist in der typischen Bürgschaftskonstellation nicht das Wirtschaftssystem vor der dysfunktionalen Korrumpierung durch familiäre Netzwerke zu bewahren, sondern umgekehrt: Der grundrechtlich geschützte Binnenraum der Familie mit seinen spezifischen Normkomplexen hinsichtlich familiärer Solidarität und wechselseitiger Opferbereitschaft ist vor der strukturellen Korruption durch

[1131] Diese Lesart bezieht sich nicht immer zu Recht auf Lyotard. Vgl. dazu *Tilman Borsche*, Mit dem Widerstreit leben. Ein diskurspolitischer Essay zu J. F. Lyotard, in: Dialektik, Heft 2001/1, S. 19 ff. (27, Fn. 9); zu den crits: *Günter Frankenberg*, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., *Sonja Buckel / Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano* (Hrg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 97 ff.

[1132] *Gunther Teubner/Peer Zumbansen*, Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in: *Gunther Teubner* (Hrg.), Die Rückgabe des zwölften Kamels, Stuttgart 2000, S. 189 ff. (201).

[1133] Hierzu: *Niklas Luhmann*, Kausalität im Süden, Soziale Systeme 1 81995), S. 7 ff.

wirtschaftlich rationales Handeln zu schützen.[1134] Das Recht muss dabei Selbstbeschränkungsmechanismen von Sozialbereichen extern abstützen, um ökonomische, technische, politische, medizinische Limitierungen zu prozeduralisieren. So realisieren sich Grundrechte primär als Grenzziehung zwischen Systemen, als Inkompatibilitätsregeln, als Kollisionsregeln in Fällen struktureller Korruption. Das bleibt für die Diskussion von Drittwirkungstheorien im Bereich der Familienbürgschaft nicht ohne Auswirkung. Denn nunmehr geht es nicht mehr um subjektive Rechte, um unmittelbare oder mittelbare Drittwirkungsfragen im Verhältnis von Rechtsträgern, sondern um funktional indizierte Grenzziehungen, die dann wiederum in rechtsdogmatischen Lösungsangeboten reformuliert werden müssen.

b. Grundrechtlich geschützte Autonomieräume statt individueller Rechtsgüter Das Kriterium der "persönlichen Nähebeziehung" bzw. der "emotionalen Verbundenheit" als Voraussetzung der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften erweist sich in einer solchen Perspektive als irreführend, da es die Realkonflikte verharmlost und in falsche Fragestellungen führt. Es verwundert nicht, dass der Bundesgerichtshof im Fall von Arbeitnehmerbürgschaften das Kriterium eines solchen Nähebezuges denn auch aufgegeben hat: "Zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer besteht in aller Regel kein von Emotionen geprägtes, einer Ehe, einer eheähnlichen Partnerschaft oder einer engen Verwandtschaft oder Freundschaft vergleichbares persönliches Näheverhältnis [...]. Bei einem Arbeitsverhältnis stehen nicht Emotionen, die die Fähigkeit zu rationalem Handeln erheblich beeinträchtigen, sondern die beiderseitigen, häufig gegensätzlichen Interessen der Arbeitsvertragsparteien im Vordergrund."[1135]

Der BGH hat daraus aber nicht etwa den Schluss gezogen, dass aus diesem Grund eine Anwendung seiner Sittenwidrigkeitsrechtsprechung ausscheidet, sondern hat den Bürgschaftsvertrag an einem anderen Grund scheitern lassen: "Wenn der Beklagte die ihn kraß überfordernde Bürgschaft dennoch übernahm, so geschah dies allein aus Angst um seinen Arbeitsplatz bei der Hauptschuldnerin und den Verlust seines Einkommens, mit dem er seinen Lebensunterhalt bestritt. Dafür besteht in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit, wie sie seit längerer Zeit vor allem auch in den neuen Bundesländern herrscht, eine tatsächliche, widerlegliche Vermutung [...]. Diese Angst, die sich der mit den dortigen Arbeitsmarktverhältnissen vertrauten Klägerin als Grund für die ersichtlich unüberlegte Übernahme der für ihn ruinösen Bürgschaft durch den Beklagten aufdrängte, hat den Beklagten daran gehindert, das Risiko der ruinösen, ohne jeden Ausgleich übernommenen Bürgschaft realistisch abzuschätzen, sich zu vergegenwärtigen, daß die Verpflichtung aus der Bürgschaft nicht mit der Auflösung

[1134] *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 2000, S. 388ff. (392 f.).
[1135] BGH, Urteil vom 14. 10. 2003 - XI ZR 121/02 (OLG Rostock), NJW 2004, S. 161 ff. (162).

des Arbeitsverhältnisses mit der Hauptschuldnerin endet, und eine vernünftige Entscheidung zu treffen."[1136]

Nimmt man den Text beim Wort, hat das Bundesverfassungsgericht Freiheitskreise in praktische Konkordanz gebracht. Blickt man eine Ebene tiefer, sieht man, dass der BGH eine im Hinblick auf Art. 12 GG ganz bemerkenswerte grundrechtliche Entscheidung getroffen hat. Sie ist nur schlecht begründet, indem das Gericht die spezifische Grundrechtskollision nur als mittelbare Kollision behandelt und in eine etatistische Logik übersetzt, die den Grundrechtsbezug erst über den Schutzpflichtgedanken herzustellen vermag. In dieser Übersetzungsleistung geht der Blick auf den zugrunde liegenden Rationalitätenkonflikt verloren, stattdessen treten Fragen der Voraussetzung der Privatautonomie und der Kollision unterschiedlicher Privatautonomien in den Vordergrund, deren Auflösung einem vertikal-holistischen Modell folgt. Da auf diese Weise jeder Vertragsschluss in den Mühlen des Abwägungspragmatismus zermahlen werden kann, wird die Verhältnisbestimmung von Freiheit und Sozialbindung ubiquitär.[1137] Darauf reagiert die Rechtspraxis mit einer zunehmend zurückhaltenderen Formulierung grundrechtlicher Schutzbereichsgarantien und deren Überführung in Gewährleistungsgehalte.[1138]

Wenn man aber auf eine sorgfältige Formulierung des Realkonfliktes in die *quaestio iuris* dringt, entfallen diese Folgeprobleme des vertikal holistischen Grundrechtsmodells. Um die reflexive Methode im Hinblick auf die Bürgschaftsentscheidungen nochmals zu präzisieren und an drei Schritten zu verdeutlichen:

1. In den geschilderten Bürgschaftsfällen kollidieren nicht Rechtspositionen unterschiedlicher Grundrechtsträger sondern normative Erwartungsensembles. Der gesellschaftliche Konflikt stellt sich als ein Konflikt des Wirtschaftssystems mit familiären Handlungslogiken (Art. 6 GG) bzw. mit im Arbeitnehmerverhältnis gebildeten Normenbündeln (Art. 12 GG) dar.

2. Die Polyzentrik der Gefährdungslagen fordert eine Neugestaltung der Grundrechtsdogmatik. Grundrechte können nicht nur durch das politische System in Form von Eingriffen oder Unterlassungen verletzt werden. Die grundrechtsbeschränkenden Auswirkungen anderer Medien (hier: Wirtschaft) folgen je eigenen Logiken und werfen je spezifische

[1136] BGH, Urteil vom 14. 10. 2003 - XI ZR 121/02 (OLG Rostock), NJW 2004, S. 161 ff. (162).

[1137] In "Grundrechte als Institution" kritisiert Niklas Luhmann anhand des Apotheken-Urteils (BVerfGE 7, 377 ff.): "Daß konkurrierende Ausrichtungsmöglichkeiten überhaupt nicht gewürdigt werden, obwohl sie sich gerade hier aufdrängen, ist eine Folge der allgemeinen Faszination durch den Gegensatz von Freiheit und Sozialbindung. In dieser Alternative findet natürlich jede Ansicht Rechtfertigungsmöglichkeiten, so dass die Ausrichtung des Art. 12 auf Art. 2 Abs. 1 im Einzelfall keine zwingende Entscheidungsgrundlage hergibt" (*Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 131, FN 60).

[1138] Zuletzt die Kritik bei *Wolfgang Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 2004, S. 167 ff.; hierzu: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Staat 2004, S. 203 ff.

Fragestellungen auf.

3. Zur Lösung der Konflikte zwischen grundrechtlich geschützten Autonomieräumen und den gesellschaftlichen Großsystemen bedarf es keiner Werte- und Prinzipienabwägung sondern der gesellschaftlichen Setzung von Inkompatibilitätsnormen, d.h. von Normen, die grundrechtlich geschützte Binnenräume (der Familie, des Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnisses) vor der Korruption durch andere Rationalitäten schützen.

Am Beispiel der Arbeitnehmerbürgschaft expliziert: Der BGH hat bei seiner Entscheidung auf die Voraussetzungen der Ausübung der Privatautonomie beim Bürgschaftsgeber abgestellt. Dieser Sittenwidrigkeitstest folgt der Logik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die unter Einbeziehung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 I, 28 I GG) einen wechselseitigen Ausgleich kollidierender Rechtspositionen im Hinblick auf die Privatautonomie (Art. 2 I GG) anstrebt.[1139] Eine solche Lesart des Konflikts erfasst das Problem jedoch nicht in seiner Dramatik: Arbeitnehmerbürgschaften verlagern in Folge der wirtschaftlichen Verknüpfung der Bürgschaft mit dem zwischen Bürgschaftsgeber und Hauptschuldner bestehenden Arbeitsvertrag auf unzulässige Weise das wirtschaftliche Unternehmerrisiko auf den Arbeitnehmer. Wie das BAG wiederholt im Hinblick auf arbeitsvertragliche Vereinbarungen hinsichtlich der Verlustbeteiligung von Arbeitnehmern entschieden hat, erweist sich eine Überbürdung des Wirtschaftsrisikos auf Arbeitnehmer auch in anderen Kontexten als sittenwidrig.[1140] Denn zum Leitbild des Arbeitsvertrages gehört auch der Gedanke, dass der Arbeitnehmer weitgehend vom Risiko der Marktschwankungen, denen der Arbeitgeber auf den Absatzmärkten ausgesetzt ist, zu befreien ist.[1141] Die Arbeitnehmerbürgschaft konterkariert diese Risikozuweisung und nutzt parasitär die Spezifika des grundrechtlich durchformten (Art. 12 GG) Arbeitnehmer-/Arbeitgeber-Verhältnisses und seiner typischerweise wechselseitig garantierten Erwartungen im Sinne einer dieses Normbündels fremden, nämlich finanzwirtschaftlichen, Logik. Die Herausforderung für eine reflexive Grundrechtsdogmatik liegt in dieser Kollisionslage darin, den Binnenraum des Arbeitsverhältnisses, in dem Normen und Begrenzungen der wechselseitigen Opferbereitschaft entwickelt, zugleich aber auch begrenzt werden, vor der strukturellen Korruption durch finanzwirtschaftlich rationales Handeln zu schützen.

Sowohl im Fall der Familienbürgschaft als auch im Fall der Arbeitnehmerbürgschaft geht es somit um Gefährdungslagen, die in der Folge polyzentrischer Ausdifferenzierungsprozesse aus der Universalisierungstendenz von politikfremden Medien resultieren. Verkennt man dies, droht Recht unmoderiert vom Austragungsort von Konflikten zum Vehikel zur Durchsetzung von ökonomis-

[1139] BVerfGE 89, 214, 232.
[1140] Zuletzt BAG, NJW 1991, 860.
[1141] *Achim Seifert*, Zur Zulässigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften, NJW 2004, S. 1707 ff. (1709), m.w.N.

chen, politischen, religiösen und wissenschaftlichen etc. Rationalitäten zu werden. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit, oder Sicherheit suchen die Stelle der Gerechtigkeit einzunehmen und ihre partialen Teilbereichslogiken gesellschaftsweit zu institutionalisieren, notfalls auch auf Kosten des gesellschaftlichen Pluralismus. Das birgt die Gefahr, dass die demokratisch legitimierte Ordnungsleistung des Rechts in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt. Der Versuch, Konflikte durch eine autoritative Deutung einer vermeintlich höheren und objektiven Wertordnung zu lösen,[1142] ist zur Lösung dieser Rationalitätskonflikte, d.h. Kollisionslagen zwischen Wirtschaft, Politik, Religion etc., ungeeignet. Denn zur Kommensurabilisierung des Inkommensurablen sind keine Abwägungsschemata für vermeintlich universelle Werte und Prinzipien gefragt, sondern die konfligierenden gesellschaftlichen Rationalitäten, die sich des Rechts zur Universalisierung ihrer partialen Logiken bedienen, sind zu identifizieren.[1143] Diese gesellschaftlichen Realwidersprüche sind in der *quaestio iuris* zu reformulieren und, so gefasst, zu kompatibilisieren. Der kritische Kollisionsbereich ist jeweils durch den Widerspruch von Normen, die im Kontext unterschiedlicher Teilbereichsrationalitäten geformt wurden, zu identifizieren. In der Sache geht es folglich darum, abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen im Verhältnis von gesellschaftlichen Großsystemen und den in struktureller Kopplung zu ihnen generierten Rechtsnormen zu entwickeln und das Recht darauf vorzubereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken zu reagieren. Dadurch eröffnet sich ein extrem formalistischer Zugang zum Umgang mit der Rechtsform. Denn Rechtsarbeit wird zur Pflege der Paradoxien der Rechtsform[1144], zur Begründungsarbeit mit Rechtnormen unterschiedlicher Provenienz, zum ständigen Kampf des Rechts gegen seine einseitige Instrumentalisierung durch beispielsweise Polit-, Wirtschafts-, Religionssysteme.[1145]

Statt des wechselseitigen Ausgleichs kollidierender Privatautonomiekreise liegt die normative Herausforderung in den Fällen von Familien- und Arbeitnehmerbürgschaften darin, Inkompatibilitätsregeln zu entwickeln. Wie bei den Regeln zur richterlichen Befangenheit, des Beichtgeheimnisses, des Zeugnisverweigerungsrechts für Angehörige, der Schweigepflicht für verschiedene Professionen können die Rationalitätenkollisionen nicht in Harmonie überführt und in wechselseitigen Ausgleich gebracht werden, sondern nur dadurch, dass das Recht die Universalisierungstendenzen bestimmter Kommunikationsmatrices in Normierungen abstützt und zugleich beschränkt, um grundrechtlich

[1142] Kritik hieran auch bei *Ingeborg Maus*, Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat. Helmut Ridder zum 85. Geburtstag, Blätter für deutsche und internationale Politik 49 (2004), S. 835 ff.

[1143] Hier setzt *Karl-Heinz Ladeur* an, siehe *ders.*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 12 ff.

[1144] *Gunther Teubner*, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, S. 25 ff.

[1145] *Rudolf Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, S. 1 ff. (13).

geschützte Autonomieräume (Familie, Arbeitnehmerverhältnis) abzusichern.

II. Von der etatistischen Schutzpflicht zur rechtlichen Absicherung gesellschaftlicher Gegeninstitutionen

Die Lesart von Grundrechtskollisionslagen, die von der Ausdifferenzierung der Gesellschaft in eigenständige Großsysteme ausgeht, findet ihren Ausgangspunkt in sozialwissenschaftlichen Theoremen gesellschaftlicher Entfremdung[1146] und nimmt diese in zeitgemäßer Fassung wieder auf. Die Systemtheorie bietet hierbei das radikalste Modell der Nichtidentität von Menschen und Gesellschaft, indem sie ihren Fokus gänzlich auf gesellschaftliche Kommunikationsmatrices legt und darüber hinaus insistiert, dass die moderne Gesellschaft eine Gesellschaft "ohne Spitze und ohne Zentrum" ist.[1147] Theoriemodelle, wie Foucaults Analysen der Disziplinarmacht, Agambens Kritik der gesellschaftlichen Exklusion, Lyotards Theorie der geschlossenen Diskurse und Derridas Denken über Gerechtigkeit, haben einen vergleichbaren Ausgangspunkt: Sie beobachten Differenz, wo herkömmliche Theorien auf holistische Einheitsmodelle setzen.[1148] Die für die Grundrechtsdogmatik wichtige Folgerung ist, dass hierdurch anstelle einer lediglich holistischen Teil-Ganzes-Relation, mit den Teilen (Menschen) repräsentiert im politischen System der Gesellschaft (Staat, Europäische Republik, Weltrepublik), vielfältige Grenzbeziehungen thematisiert werden können. So kann man das Verhältnis von Menschen zu polyzentrischen gesellschaftlichen Fragmenten als eine ökologische Beziehung verstehen. Das erlaubt die Analyse von Prozessen, die Menschen (Kollektiventitäten, Tiere und natürliche Umwelten) in verschiedenen Anschlusszusammenhängen als "Personen" konstruieren und mit eigenen Rechten ausgestatten.[1149] Nie werden diese systemisch generierten Personenbegriffe dem Menschen als ganzem gerecht, immer arbeiten sie mit perspektivischen Zerrbildern: "Es ist evident, dass es die polykontexturale Gesellschaft nicht mehr gestattet, den Menschen zu identifizieren oder gar zu lokalisieren. Deutlichstes Signal ist die Vielzahl der Homo-Formeln: *homo sapiens, homo sapiens sapiens, homo faber, homo symbolicus, homo symbioticus, homo oecologicus, homo integralis, homo militans, homo viator, homo patiens, homo optionis, homo necans, homo oeconomicus, homo politicus, homo sociologicus, homo ludens, homo compensator, homo psychologicus, homo fanaticus, homo rhetoricus, homo absconditus* und *interior* und *exterior* und …"[1150]

[1146] *George Herbert Mead*, Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviourist, Chicago, 1967, S. 135 ff.

[1147] *Niklas Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München 1981, S. 22.

[1148] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private' transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E.

[1149] *Niklas Luhmann*, Die Form „Person": Soziale Welt 42 (1991), S. 166 ff.; *ders.*, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1984, S. 346 ff.; *ders.*, Individuum und Gesellschaft: Universitas 39 (1983), S. 1 ff.; siehe auch *Christopher D. Stone*, Umwelt vor Gericht: Die Eigenrechte der Natur, Darmstadt 1987, S. 25 ff.

[1150] *Peter Fuchs*, Wie die Welt zu sein hat, Frankfurter Rundschau, 23. Dezember 2005; siehe auch *ders.*, Der Eigen-Sinn des Bewußtseins, Die Person - die Psyche - die Signatur, 2003,

Die Konsequenz dieser Ungleichzeitigkeiten ist die radikale Exklusion des Menschen aus der Gesellschaft. Der Mensch ist kommunikativ nie zur Gänze fassbar, es gibt keine unmittelbare Interferenz von Bewusstseinssystemen und Kommunikation.[1151] "Kollektivbewusstsein", "Weltgeist" etc. sind keine Formel, die eine organische Identität des Nichtidentitären repräsentieren können, sondern die auf kommunikative Schemata in Kommunikationsräumen verweisen. Das Menschenbild, das Bild, das diese kommunikativen Signifikationsprozesse vom Menschen generieren, ist a priori unvollkommen, perspektivisch verzerrt, kulturell unterschiedlich und – vor allem – systemisch digitalisiert: die Wirtschaft interessiert sich für rationale Nutzenmaximierer, die Religion für Glaubensmenschen, die Politik für das *zoon politikon* etc. Die Kommunikation schafft so je eigene Sinnwelten und, darin liegt das Bedrohliche, auch ein je ganz spezifisches Gefahrenpotential. „Über ökologische Konsequenzen sind die Funktionssysteme (vor allem Wirtschaft, Wissenschaft und Medizin) nicht positiv, sondern negativ integriert. Wissenschaftliche Entdeckungen, die atomare und biochemische Kampfmittel, aber auch risikoreiche Technologien ermöglichen, stellen die Politik vor kaum lösbare Probleme. Die rechtsstaatlich arbeitende Justiz legitimiert und behindert die Polizei. Anspruchsvolle und langwierige Ausbildung mag in der Arbeitslosenstatistik positiv zu Buche schlagen, kann aber durch den Arbeitsmarkt nur noch begrenzt honoriert werden. Die Eigendynamik internationaler Finanzmärkte konterkariert die Wirtschaftspolitik in ihren Planungsvorhaben und läßt es kaum noch zu, liberale und sozialistische Politikprogramme zu unterscheiden. Damit entfällt die Möglichkeit, dem Wähler unterschiedlich gestylte Parteien zur Wahl anzubieten, bisher eine wesentliche Voraussetzung für Demokratie. Wenn zudem Reformen immer schwieriger werden, müssen die Massenmedien der Politik mit täglich neuen Skandalen auf die Beine helfen."[1152]

Der tiefe Grund der Selbstsabotage des gesellschaftlichen Fortschritts, so die Zentralthese Niklas Luhmanns, ist die *Eigenrationalitätsmaximierung* verschiedener weltweit agierender Funktionssysteme, die ein enormes Gefährdungspotential für Menschen, Natur und Gesellschaft mit sich bringt.[1153] Verschärft werden diese Konflikte durch eine Besonderheit funktionaler Differenzierung: einen spezifischen Umgang mit Risiken, den erst die moderne Gesellschaft entwickelt hat. Eine neuartige Form der Risikoabsorption steigert die wechselseitige Dynamik von Sozialkonflikten und Rechtsnormkollisionen. In dieser Risikoperspektive wird die alte soziologische Frage nach dem gesellschaftlichen Pendant des im Rechtssystem eigenständig rekonstruierten Gesellschaftskonflikts als „Rechtsfall", in dem Individualkonflikte im Klagschema der Ansprüche und Gegenansprüche über Normen entschieden werden, anders als in den bisherigen Theorien beantwortet. Die Rechtssoziologie als Konfliktsoziologie pflegt

S. 16 ff., 47 ff.; *Harald Wasser*, Psychoanalyse als Theorie autopoietischer Systeme, Soziale Systeme 1 (1995), S. 329 ff.

[1151] Siehe *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, Weilerswist 2005.

[1152] *Niklas Luhmann*, Gesellschaft als Differenz, 1995, unveröffentlichtes Manuskript, S. 5.

[1153] *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt 1997, S. 1088 ff.

Individualkonflikte in ihren sozialen Kontext zu setzen und nach Konfliktlösungen zu suchen, die für die Beteiligten befriedigend sind. Im systematischen Vergleich des Rechts mit Mediation, alternativen Konfliktlösungen, Schiedsgerichten, Wahrheitskommissionen, Verhandlungen schneidet das Recht dabei ziemlich schlecht ab. Doch wird damit die gesellschaftliche Rolle des Rechts auf die Lösung individueller Konflikte reduziert.[1154] Demgegenüber haben die großen Sozialtheorien des Rechts immer die Produktion von Gesellschaftsstrukturen durch Recht im Auge gehabt. Der Rechtsfall wurde als Ausdruck gesellschaftlicher, nicht-individueller Strukturkonflikte gesehen. Entweder geht es um Interessenkonflikte gesellschaftlicher Machtgruppen und politischen Gruppenpluralismus. Oder es geht um Klassenkonflikte vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Strukturwidersprüche, womit sich alle gesellschaftlichen Konflikte in letzter Instanz auf den Widerspruch von öffentlicher Produktion und privater Aneignung zurückführen lassen. Oder es geht schließlich um eine Generalisierung solcher Strukturkonflikte im neuzeitlichen Polytheismus, der im Recht entsprechende Normkollisionen auslöst. Lebensbereichskonflikte erscheinen als institutionalisierte Wertsphären, die miteinander rivalisieren und nach institutioneller Entscheidung verlangen.[1155]

Gegenüber diesen sozusagen klassischen rechtssoziologischen Erklärungen der Rechtsfragmentierung führt nun die Risikoanalyse eine neue Dimension ein: Der moderne gesellschaftliche Umgang mit Risiken erzeugt Systemkollisionen als Strukturprobleme der Gesellschaft, die über die Konflikte der Eigenrationalitätsmaximierung noch hinausgehen.[1156] Historisch hängt dies mit der Umstellung von traditioneller Mehrfachabsicherung in multifunktionalen Einrichtungen zusammen. So war die Familie für alle Lebensbereiche zuständig und musste bei der Bewältigung von Lebensrisiken vielfache Rücksichten einbauen. Oikos, Polis, Korporation und Kirche waren in diesem Sinne multifunktionale Institutionen, die einen eher diffusen Umgang mit Risiken und entsprechend risikoaverse Einstellungen entwickelten. Die Moderne setzt demgegenüber auf Unifunktionalität in binär codierten Systemen. Für Risiken bedeutet dies, dass sie nun von den hochspezialisierten Funktionssystemen übernommen werden. Der spezifisch moderne Umgang mit Risiken besteht darin, dass diese nicht von einer Instanz, etwa einer zentralen politischen Institution, in all ihren Dimensionen und mit vielerlei Rücksichtnahmen bearbeitet werden, sondern dass sie in die Logik hochspezialisierter Sozialsysteme hinein übersetzt werden und damit nur noch eindimensional als teilsystemspezifische Probleme wahrgenommen werden können. Das hat eine überaus produktive Seite: Mit ihren hochgetriebenen Teilrationalitäten und entsprechenden Problemlösungstechniken sind die Subsysteme in hohem Maße zur Risikobewältigung geeignet. Wissenschaft, Wirtschaft, Medizin haben beeindruckende Techniken

[1154] Besonders zugespitzt dazu *Nils Christie*, Conflicts as Property, The British Journal of Criminology 17 (1977), S. 1 ff.
[1155] *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006.
[1156] *Niklas Luhmann*, Soziologie des Risikos, Berlin 1991, 86 ff.

zur Risikoabsorption entwickelt. Die positive Konsequenz heißt, dass die gesellschaftlichen Risiken in ungeahntem Maße steigerbar und dennoch aushaltbar werden und dass dies zugleich eine Steigerung gesellschaftlicher Chancen ermöglicht. Doch hat dieser Prozess der Risikofragmentierung in Teilrationalitäten seine destruktive Seite: Er löst neuartige Konflikte aus, die dann im Recht als Normkollisionen wahrgenommen werden. Die destruktive Konsequenz liegt in den nicht-koordinierten, unabsehbaren schädlichen Auswirkungen der systemspezifischen Risikoabsorption auf ihre gesellschaftlichen Umwelten. Die Befreiung der spezialisierten Systeme von vielerlei Rücksichten führt dazu, dass das jeweilige Teilsystem die Risiken für sich selbst höchst erfolgreich, für seine Umwelt aber buchstäblich „rücksichtslos" bearbeitet. Was für das System ein annehmbares Risiko darstellt, wird zur Bedrohung bis hin zur Existenzgefährdung für andere Systeme und gesellschaftliche Umwelten.[1157] So werden durch die eigentlich produktive Risikoübernahme in einem System hohe Risiken in anderen Systemen erzeugt. Erfolgreiche Risikoabsorption in einem Teilsystem resultiert dann in gesamtgesellschaftlichen Umweltschädigungen.

Dies und die rechtliche Reaktion auf die Herausforderungen der, wie Ulrich Beck es plastisch formuliert hat, Risikogesellschaft[1158] soll im Folgenden anhand des Umgangs mit Technikrisiken skizziert werden. Als Ausgangsbeispiel dient ein 1989 vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof entschiedener Fall, der bis heute kontrovers diskutiert wird.[1159] Die Besonderheit des Beschlusses des HessVGH liegt darin, dass die Entscheidung zwar die vertikal-holistische Logik der bundesdeutschen Grundrechtsarchitektur konsequent zu Ende denkt, dass die herrschende Lehre dieses spezifische Arrangement von Fundamentalprinzipien aber dennoch für "rechtlich nicht haltbar" erachtet.[1160] Ausgehend von diesem Fall werden sodann Tendenzen transnationaler, reflexiver Risikosteuerungsprozesse im Bereich der Gentechnikregulierung aufgezeigt.

1. Vertikales Modell: Abwägung von Abwehrrechten mit Schutzpflichten

Die Entscheidung des HessVGH hat als eine der ersten Entscheidungen die Idee der grundrechtlichen Schutzpflichten als Hebel zur Überwindung des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehaltes in Kollisionslagen genutzt.[1161] Die

[1157] Vgl. die auf Ludwik Fleck zurückgehende These des „How Institutions Think" von *Mary Douglas*, How Institutions Think, Syracuse 1986.

[1158] *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt 1986.

[1159] VGH Kassel, NJW 1990, S. 336 ff.

[1160] *Michael Kloepfer*, Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen? Zur Entscheidung des VGH Kassel vom 6. November 1989, in: *Peter Badura/Rupert Scholz* (Hrg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. FS Peter Lerche, München 1993, S. 755 ff. (768).

[1161] Lediglich die Entscheidung des BVerwG in der Jugendsekten-Entscheidung (BVerwGE 82, 76 ff.), in der Fragen des Geltungsbereichs des Gesetzesvorbehalts anlässlich eines staatlichen Informationsaktes zu entscheiden waren, datiert früher (23. Mai 1989); siehe auch die Entscheidung des BVerwG, 18.10.1990, DVBl. 1991, S. 699 ff., im Glykolfall. Zum Zusammenhang der drei Entscheidungen siehe *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.

öffentlich-rechtliche Formulierung von Grundrechtskollisionen als "Dreiecksverhältnis, das den Staat zwingt, zwischen gegenläufigen Grundrechtspositionen auszumitteln", ist eine Folge der Lüth-Entscheidung.[1162] Von der herrschenden Literaturmeinung vorgezeichnet,[1163] führt die gerichtliche Operationalisierung von staatlichen Schutzpflichten zu grundrechtlich vermittelten Dreipoligkeiten:[1164] "Eingriff um des Schutzes willen – Schutz durch Eingriff. Als Konsequenz dieser Interpretation steht in fast allen Fällen, die traditionell als Konflikt Staat Bürger verstanden und bearbeitet wurden, Grundrecht gegen Grundrecht, (objektivrechtliche Schutzdimension gegen (subjektive) Abwehrdimension. Die Grundrechtskollision wird zur Dauerfigur des öffentlichen Rechts."[1165]

Der HessVGH konnte an diese dogmatischen Vorarbeiten anknüpfen, als er über die Frage der Zulässigkeit einer Anlage zur gentechnischen Herstellung von Insulin zu entscheiden hatte.[1166] Das Gentechnikgesetz[1167] war zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft. Eine einschlägige Regelung im Bundesimmisionsschutzgesetz sah das Gericht nicht, die polizeirechtliche Gefahrenschwelle war nicht überschritten, so dass der staatlichen Rechtsordnung im Hinblick auf die konkrete Problematik der Gentechnologie keinerlei Aussage zu entnehmen war. Der HessVGH stellte aber dennoch die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels gegen die Genehmigung wieder her und begründete dies in einer vertikalholistischen Prinzipienabwägung damit, dass Anlagen, in denen mit gentechnischen Methoden gearbeitet wird, nur aufgrund einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber errichtet und betrieben werden dürfen.[1168] Insbesondere argumentierte der Senat mit "der Schutzpflicht des Gesetzgebers, die auch auf dem Gebiet der Gentechnologie jedenfalls für die - wie hier -

[1162] *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff. (556).

[1163] *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1985, S. 410 ff.; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, S. 43 ff.; *Eckart Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633 ff.

[1164] Instruktiv zu mehrpoligen Verfassungsverhältnissen: *Christian Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Tübingen 2001, S. 256 ff.

[1165] *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff. (556).

[1166] Siehe auch den in rechtspolitischer Hinsicht zustimmenden und BVerfGE 48, 89 (126 ff.) – Atomtechnik – heranziehenden Beitrag von *Joachim Lege*, Die Steuerung der Gentechnik durch das Recht, in: *Michael Klopfer* (Hrg.), Techniksteuerung als Rechtsproblem. Rechtsfragen der Einführung der Gentechnik und des Ausstiegs aus der Atomenergie, Berlin 2002, S. 67 ff (71 ff.).

[1167] BGBl. 1993 I S. 2066.

[1168] Siehe die – ebenfalls unter Rückgriff auf das Schutzpflichtmodell begründete – zustimmende Besprechung von *Viggo Eiberle-Herm*, Gentechnologie und Parlamentsvorbehalt, NuR 1990, S. 204 ff. (205): "Folgerichtig weist das Gericht den durch nicht wahrgenommene politische Verantwortung des Gesetzgebers entstandenen Funktions- und Verantwortungszuwachs bei Verwaltung und Gerichten zurück. Es wird damit der ihm durch die Verfassung aufgegebenen Verantwortung in doppelter Hinsicht gerecht: Es nimmt *eigene* Verantwortung zu effektiver Gewährung von Rechtsschutz durch Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klagen von Anwohnern ernst und verweist zugleich auf die bisher nicht wahrgenommene – außerhalb der Rechtsprechungsaufgabe liegende – *fremde* Verantwortung des Gesetzgebers." (Hervorhebung im Original).

durch Art. 2 II GG geschützten Rechtsgüter z. B. der Ast. besteht [...]. In seinem klassischen Gehalt schützt das Recht auf körperliche Unversehrtheit zwar nur vor gezielten staatlichen Eingriffen, wie Zwangsversuchen an lebenden Menschen, Zwangssterilisationen und ähnlichem [...]. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG erschöpft sich das Grundrecht aber nicht in einem subjektiven Abwehrrecht gegenüber solchen Eingriffen [...] Aus ihm ist vielmehr auch eine Schutzpflicht des Staates und seiner Organe für das geschützte Rechtsgut abzuleiten, die auch die Pflicht zur Risikoabwehr umfaßt und es gebietet, die Gefahr vor Grundrechtsverletzungen einzudämmen [...]. Insofern begründet auch ein unterlassener Schutz eine Grundrechtsverletzung, wenn der Staat zum Schutze verpflichtet ist. Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen [...]. Auf dem Gebiet der gesamten Forschung und Technik sind auf der einen Seite die Grundrechte des Anwenders (Forschers, Betreibers von Anlagen) aus Art. 5 III GG (Forschungsfreiheit), Art. 12 GG (Berufs- und Gewerbefreiheit) sowie Art. 14 GG (Recht um eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) zu sehen, auf der anderen Seite die Grundrechte der durch die Anwendung und Nutzung der Technik betroffenen Dritten, namentlich deren Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit i. S. des Art. 2 II 1 GG."[1169]

Während die hier vom HessVGH aufgezeigte Verknüpfung der objektivrechtlichen Seite mit den Schutzpflichten *in abstracto* ganz im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[1170] und der herrschenden Meinung in der Grundrechtsliteratur steht,[1171] hatte die Entscheidung des HessVGH im Detail eine Welle der Kritik zur Folge.[1172] In deren Kern steht

[1169]VGH Kassel, NJW 1990, S. 336 ff. (337).

[1170]Siehe zuletzt die schutzpflichtbezogenen Ausführungen angesichts der in abwehrrechtlicher Perspektive richtigen Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz, BVerfG, 1 BvR 357/05 v. 15.2.2006, Rdn. 120: "Dem Staat ist es im Hinblick auf dieses Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürde einerseits untersagt, durch eigene Maßnahmen unter Verstoß gegen das Verbot der Missachtung der menschlichen Würde in das Grundrecht auf Leben einzugreifen. Andererseits ist er auch gehalten, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 56, 54 <73>). Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet (vgl. BVerfGE 46, 160 <164>; 49, 89 <142>; 88, 203 <251>)."

[1171]Siehe die Nachweise bei *Günter Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, Berlin 2003, S. 190 f.; *Guy Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht: Untersuchungen zur völkerrechtlichen, europarechtlichen, verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Relevanz eines neuen politischen Leitbildes, Tübingen 2002, S. 188 ff.; *Rudolf Steinberg*, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1985 ff. (1987); *Michael Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl., München 2004, § 3 Rdn. 48 ff.

[1172]Statt aller: *Hans-Georg Dederer*, Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme. Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, Berlin 1998, S. 110 f.; *Hubertus Gersdorf*, Parlamentsvorbehalt versus Gesetzesvorbehalt, DÖV 1990, S. 514 ff.; *Peter Preu*, Freiheits-

die Warnung, dass es einen Schritt zur staatlichen Totalmacht darstelle, wenn der Staat befugt und verfassungsrechtlich gar verpflichtet wäre, Drittrisiken abzuwägen, einzudämmen oder gar abzuwehren.[1173]

In der Tat wohnt einer rein etatistisch verstandenen Schutzpflichtlehre ein Zug zur umfassenden staatlichen Risikovorsorge inne. Das wird auch deutlich an der weiteren Entwicklung der mit Unter- und Übermaßverboten kombinierten Schutzpflichtlehre und -praxis. So hat das Bundesverfassungsgericht,[1174] den Schutzpflichtgedanken in seiner Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch herangezogen und aus ihm eine grundrechtliche Verpflichtung des Staates abgeleitet, menschliches Leben zu schützen. Das Gericht zählt zum menschlichen Leben auch das ungeborene Leben: "Auch ihm gebührt der Schutz des Staates. Die Verfassung untersagt nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das ungeborene Leben, sie gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, d.h. vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]). Ihren Grund hat diese *Schutzpflicht* in Art. 1 Abs. 1 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt."[1175] Die vom Gericht sodann in Praxis gesetzte Abwägungstechnik fällt entsprechend der ständigen Rechtsprechung vertikal holistisch aus. Kollidierende Rechtsgüter werden identifiziert, miteinander in Beziehung gesetzt und mit dem Untermaßverbot kombiniert: "Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, daß dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse; das zeigt schon Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Der Schutzpflicht ist andererseits nicht dadurch genügt, daß überhaupt Schutzvorkehrungen irgendeiner Art getroffen worden sind. Ihre Reichweite ist vielmehr im Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts – hier des ungeborenen menschlichen Lebens – einerseits und mit ihm kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen […]. Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr

gefährdungen durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1991, 265 ff.; *Mathias Rose*, Gentechnik und Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1990, S. 279 ff.; *Horst Sendler*, Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht, NVwZ 1990, 231 ff.; *Georg Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 121 ff. (138).

[1173]Siehe *Michael Kloepfer*, Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen? Zur Entscheidung des VGH Kassel vom 6. November 1989, in: *Peter Badura/Rupert Scholz* (Hrg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. FS Peter Lerche, München 1993, S. 755 ff. (758).

[1174]Insofern an Arbeiten von Georg Hermes und Josef Isensee anknüpfend, siehe *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, Heidelberg 1992, § 111 Rdnrn. 165 f., mit Ausführungen zum Untermaßverbot; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heideberg 1987, S. 253 ff., zur Schutzbedürftigkeit des menschlichen Lebens.

[1175]BVerfGE 88, 203 ff. (250).

Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht. Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das *Untermaßverbot* zu beachten […]; insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher wirksam ist."[1176] Im Ergebnis kamen die Richter damit zu der Forderung, dass der Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen müsse. Das Lebensrecht des Ungeborenen dürfe nicht der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet werden. Das Gericht hatte mit dieser Entscheidung einen Akt des Gesetzgebers, der die Straffreistellung für Schwangerschaftsabbrüche in § 218a StGB beinhaltete, in seiner Abwägungsmühle zermahlen, den Gesetzgeber zum Einsatz des Strafrechts verpflichtet und so, wie bereits zuvor in der Aussperrungsentscheidung,[1177] deutlich gemacht, dass es den dem Gesetzgeber für das Prinzipienarrangement eingeräumten Wertungsspielraum notfalls einzuschränken weiß. Rudolf Steinberg hat an dieses Schutzzweckkonzept des Bundesverfassungsgerichts, das auch im Mindervotum von Mahrendorf und Sommer als "Überdehnung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht" bezeichnet wurde,[1178] angeknüpft und sucht es auch für den Bereich umweltrisikenrelevanter Technologien zu generalisieren.[1179] Steinbergs Forderung ist allerdings, wie auch der Vorstoß von Walter Frenz, der ebenfalls im Bereich des Umweltschutzes das Schutzpflichtkonzept mit subjektiven Rechten zu kombinieren trachtet,[1180] wegen der damit verbundenen Nichteingrenzbarkeit staatlicher Handlungslegitimation in Literatur und Rechtsprechung auf Kritik gestoßen.[1181] Stattdessen sucht die herrschende Meinung die Konsequenzen der Schutzpflichtlehre dadurch abzufangen, dass Schutzpflichten nur als objektive Pflichten in der öffentlichen Rechtsordnung ohne gerichtliche Durchsetzbarkeit im Einzelfall konzipiert werden.[1182] Damit wird allerdings das Schutzniveau

[1176] BVerfGE 88, 203 ff. (253 f.).

[1177] "Die Gerichte müssen bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind. Das gilt auch dort, wo eine gesetzliche Regelung, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, notwendig wäre (vgl. BVerfGE 81, 242 [256]). Nur so können die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden" (BVerfGE 84, 212 (226 f.)).

[1178] Mahrendorf/Sommer, BVerfGE 88, 203, 354.

[1179] *Rudolf Steinberg*, NJW 1996, S. 1985 ff. (1988); *ders.*, Der ökologische Verfassungsstaat, Frankfurt am Main 1998, S. 328.

[1180] *Walter Frenz*, Nachhaltige Entwicklung im Europarecht. Theoretische Grundlagen und rechtliche Ausformung, Baden-Baden 1999, S. 63 ff.

[1181] Für Nachweise: *Guy Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht: Untersuchungen zur völkerrechtlichen, europarechtlichen, verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Relevanz eines neuen politischen Leitbildes, Tübingen 2002, S. 220 f.

[1182] *Josef Isensee*, Die Ambivalenz des Eigentumsrechts, in: *Fritz Ossenbühl* (Hrg.), Eigentumsgarantie und Umweltschutz, Heidelberg 1990, S. 3 ff. (8). Alternative Versuche, dem vertikal-holistischen Modell seine staatstotalitären Folgen zu nehmen, suchen die Anspruch-

der Grundrechte nachhaltig abgesenkt.

2. Reflexives Kollisionsrecht: Grundrechtliche Gegeninstitutionen zu expansiven Sozialsystemen

Als Alternative zu dieser Schutzniveauabsenkung soll hier ein reflexives Modell der Risikosteuerung in Kollisionslagen zwischen wirtschaftlich und wissenschaftlich forcierter Technik und menschlicher Gesundheit vorgeschlagen werden. Die Entscheidung des HessVGH, so die These, war rechtlich geboten. Dies allerdings nicht unter Rückgriff auf staatliche Schutzpflichten und nach Abwägung einschlägiger Höchstwerte und -prinzipien, sondern *weil sie die human-bezogene Schutzrichtung der Grundrechte gegen institutionelle Eingriffe dadurch effektuiert hat, dass sie soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen, d.h. anonymen kommunikativen Matrices, geschaffen und gerade hierdurch die Integrität von Individuen vor nicht auszuschließenden Schädigungen geschützt hat.*

Eine solche Fassung der Kollisionsproblematik unterscheidet sich von Konzeptionen, die Kollisionen „subjektiver Rechte“ ins Zentrum der Betrachtung stellen dadurch, dass sie nicht primär die wechselseitige Gefährdung privater Sphären, also intersubjektiver Beziehungen fokussiert.[1183] Diesen Kategorienfehler vermeidet man, wenn man die „neue“ polykontexturale Menschenrechtsproblematik, d.h. die human-bezogene Grundrechtsdimension, so versteht, dass nicht Menschen von Mitmenschen bedroht werden, ”sondern von anonymen kommunikativen Prozessen, die überhaupt erst einmal identifiziert werden müssen.”[1184] Die Konfliktsituation mag, anders gesprochen, in der prozessualen Einkleidung ”privater Grundrechtsträger gegen (privaten) Grundrechtspflichtigen” vor die Gerichte gelangen. Das ist jedoch nur die prozessuale Zweitcodierung einer tieferliegenden gesellschaftlichen Kollision, die es aufzuspüren und in die *quaestio iuris* zu formulieren gilt. Wenn man das divisionalistische Modell,[1185] den von ihm implizierten vertikalen Holismus der Rechtsfindung und den exklusiven Staatsbezug der Problemlösungsmechanismen in ein reflexives gesellschaftliches Selbststeuerungsmodell überführt,

sposition aus Schutzpflichten zu negieren oder die Fachgerichte auf eine Abgabe der Entscheidungshoheit (bspw. nach Art. 100 I GG) zu verpflichten (siehe die Stellungnahmen zum Fall des HessVGH bei *Rupert Scholz*, Verfassungsfragen zur Gentechnik, in: *Everhardt Franssen* u.a. (Hrg.), Bürger, Richter, Staat. FS für Horst Sendler, München 1991, S. 93 ff. (98) und *Georg Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 121 ff. (138)). Gerade die Vorlagepflichtbegründung anlässlich des Vorwurfs der Verletzung des verfassungsrechtlichen Untermaßverbots ist jedoch systemwidrig, da nicht die Verfassungswidrigkeit eines konkreten Gesetzes sondern der Rechtsordnung als ganzer gerügt wird.

[1183] Vgl. aber *Udo di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994, S. 423.

[1184] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private' transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E.

[1185] Zur Rettung der Verteilfunktion im Verhältnis Staat-Gesellschaft siehe das Plädoyer von *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff. (556).

bietet sich die Chance, als Reaktion auf die Polyzentrik der Gefährdungslagen die Funktion des "Verteilprinzips", d.i. die ungleiche Verteilung von Rechtfertigungslasten,[1186] zu polyzentrieren: Die gesellschaftliche Umwelt ist nicht nur vor der "alten" Gefährdung durch das politische System des Nationalstaats zu schützen, sondern auch vor neuartigen Gefährdungen, die durch heterarchische Kommunikationsmatrices generiert werden und Formen annehmen, die nicht vorschnell im Medium der Macht zu verorten sind, sondern subtile Mechanismen in den Systemen Forschung, Wirtschaft, Bildung etc. annehmen können. Die Entscheidung des HessVGH hat in dieser Lesart, eine begrüßenswerte Kollisionsentscheidung zwischen Gentechnik und Gesundheit unter Ungewissheitsbedingungen getroffen und in politische Kommunikationsprozesse interveniert, in deren Fortgang erstmalig eine operationalisierbare Strukturierung gentechnikbedingter Risikoentscheidungen erfolgt ist.[1187]

Die Auswirkungen einer solchen Transformation der rechtlichen Strukturierung von Risikoentscheidungen in Grundrechtskollisionslagen sind für die Rechtspraxis wesentlich weniger dramatisch, wenn man die exklusive Zuweisung von Schutzaufträgen an die Politik überwindet. Dem Recht wäre hingegen eine eigene Funktion bei der Moderation sozialer Konflikte zuzugestehen (was allerdings nicht impliziert, dass es keine sinnvollen Formen juridifizierter Dejuridifizierung und der Entscheidungsrückgabe an das politische System unter prozeduralen Auflagen geben könnte).[1188]

Gerade bei möglichen Rechtsgefährdungen durch Risikotechnologien haben die Gerichte die Reichweite potentieller Gefährdungslagen auch bislang schon denkbar weit gefasst.[1189] Verbandsklagemöglichkeiten sind in Ansätzen vorhanden.[1190] Beides sind Formen, an die anzuknüpfen wäre, um Möglichkeiten zur Artikulation von Rechtsgefährdungen zu schaffen und rechtliche Selbstregulierungsmechanismen anzustoßen.[1191] Dabei geht es nicht allein um die Akkumulation gesellschaftlichen Wissens zur Risikosteuerung, sondern um die Relationierung hochgezüchteter Speziallogiken zu ihren gesellschaftlichen Umwelten. Gesellschaftliche Selbstregulierungskonzepte sind

[1186] *Bernhard Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457 ff. (467)

[1187] Die Entscheidung des HessVGH ist drei Monate nach der Vorlage des Erstentwurfs über ein Gentechnikgesetz (BR-Drs. 387/89 v. 11.8.1989; BT-Drs. 11/5622 v. 9.11.1989 – das Gesetzgebungsverfahren fand mit der Bekanntmachung am 16. Dezember 1993 im Bundesgesetzblatt seinen Abschluss (BGBl. 1996 I S. 2066 ff.) ergangen, zu den Einzelheiten: *Wolfgang Bock*, Schutz gegen Risiken und Gefahren der Gentechnik? Zum Regierungsentwurf eines Gentechnikgesetzes, Heidelberg 1990, S. 7 ff.

[1188] Ein – auch wenn das Ergebnis noch nicht befriedigt – gelungenes Beispiel der Rückgabe einer Entscheidung an die Politik unter prozeduralen Auflagen ist die Kopftuchentscheidung des BVerfG vom 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 ff.

[1189] *Karl-Heinz Ladeur*, Drittschutz bei der Genehmigung gentechnischer Anlagen, NVwZ 1992, S. 848 ff.

[1190] *Anne van Aaken*, Massenklagen im öffentlichen Recht aus institutionenökonomischer Sicht, KritV 2003, S. 44 ff.

[1191] Siehe auch: *Christopher D. Stone*, Umwelt vor Gericht: Die Eigenrechte der Natur, Darmstadt 1987, S. 25 ff.

auf breite Klagemöglichkeiten angewiesen, um soziale Probleme erst einmal als rechtliche Fragestellungen formulieren zu können. In ähnlicher Form sind die Zuschreibungstechniken für Grundrechtspflichtige offen zu gestalten. Ob die Rechtsperson als "Funktionär der jeweiligen Matrix" einzustufen ist, hängt in erster Linie davon ab, wie der Funktionszusammenhang des beanstandeten Verhaltens zu klassifizieren ist. Typische Abgrenzungskriterien und Vermutungsregeln sind im Hinblick auf die Zuordnung von Realakten öffentlicher Verwaltung und im Hinblick auf Organwaltertätigkeiten entwickelt.[1192] Die Zurechnungsstrategie ist hier strukturell analog zu Figuren des Eingriffscharakters staatlicher Genehmigungen.[1193] Während jene allerdings einen genuinen Eingriff durch staatliches Handeln annehmen und somit im etatistischen Paradigma verbleiben, gibt hier der Funktionszusammenhang der staatlichen Genehmigungserteilung mit Grundrechtseingriffen nicht-etatistischer Matrices den Ausschlag.

Am vom HessVGH entschiedenen Insulinfall expliziert: Dass das von betroffenen Nachbarn angestrengte Verfahren, mit dem die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage gegen eine staatlicherseits der (damaligen) Höchst AG erteilte Genehmigung zur Einrichtung einer Anlage für die Produktion gentechnisch hergestellten Insulins begehrt wurde, zur Aufhebung des angegriffenen Verwaltungsaktes führen musste, folgt daraus, dass eine ungewisse Risikoentscheidung mit unsicherem Gefährdungspotential zu treffen war, für die es einer rechtlichen Strukturierung ermangelte. Die behördliche Genehmigung für den Anlagenbau war kein Eingriff in im Rahmen der wirtschaftsrationalen Matrix entstandene Reflexrechte, da ein Rechtsschutz angesichts der dargestellten Inkompatibilitätsnorm ausscheidet. Das staatliche Verhalten steht in dem über die Investitionsentscheidung der Höchst AG vermittelten Funktionszusammenhang von Wirtschaft und Technik. Als rechtsgrundloser Eingriff in grundrechtlich geschützte Integritätsrechte war die Genehmigung aufzuheben.

a. Reflexive transnationale Risikosteuerung Die Folgen einer solchen Modellierung von Grundrechtskollisionslagen für die Prozeduralisierung und demokratische Ausformung (welt-)gesellschaftlicher Entscheidungsprozesse im Hinblick auf den Einsatz von Gentechnologie können hier nur skizziert werden. Am Anfang steht die von Arno Scherzberg formulierte Forderung: Das Recht muss "das Risikowissen, das Handlungspotential und die Kontextbindungen der marktförmigen, professionellen, normungstechnischen, wissenschaftlichen und personalen Selbststeuerung integrieren. Es wird damit responsiv und

[1192] Siehe bspw. *Hans Julius Wolff / Otto Bachof/Rolf Stober*, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München 2000, § 22 Rdn. 42 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, in: Münchner Kommentar, 4. Aufl., München 2004, § 839 Rdn. 148; BGHZ 49, 19 ff. (23).

[1193] *Gertrude Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988, S. 178 ff.; siehe auch *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003, S. 196 f.

eröffnet den Raum für die Entfaltung von Innovationen."[1194] Zwischen normativer Geschlossenheit und kognitiver Offenheit wird das Recht vor allem die vermeintlichen Sicherheiten hierarchischer Argumentationsmuster in Inkompatibilitätsregeln unter Ungewissheit und ständiger Revisionsbereitschaft transformieren müssen.

Dass dieses Desiderat sich jedoch nicht allein an das deutsche Recht und den deutschen Gesetzgeber richten lässt, sondern dass sich die dargestellten Fragen der Inkommensurabilität unter den weltgesellschaftlichen Rahmenbedingungen von Risikoentscheidungen im Bereich der Gentechnologie radikalisieren und die gentechnologiebezogenen Auseinandersetzungen mittlerweile auf transnationaler Ebene, d.h. im Weltrecht, geführt werden, manifestiert das Ausmaß an Naivität, das in Forderungen begründet liegt, adäquate Risikosteuerung sei nur durch nationale Politikzentren in Kooperation mit nationalen Sachverständigenkommissionen[1195] denkbar. Denn tatsächlich ist die Erosion nationalstaatlicher Gestaltungsmöglichkeiten des Gentechnikrechts unübersehbar.[1196] So war die am 4. Februar 2005 in Kraft getretene Novellierung des Gentechnikgesetzes[1197] ein Umsetzungsakt im Hinblick auf unionsrechtliche Anforderungen.[1198] Eine weitere Gesetzesnovellierung steht bevor,[1199] auch hier geht es um die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts in nationales Recht, d.h. die Richtlinie 98/81/EG des Rates über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen (sog. Systemrichtlinie)[1200] sowie die Freisetzungsrichtlinie.[1201] Die unionale Rechtsmasse zur Gentechnologie

[1194] *Arno Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht. Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 216 ff. (257); siehe auch schon: *Karl-Heinz Ladeur*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Berlin 1995.

[1195] Für den Bereich der grünen Gentechnik wäre beispielsweise die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) zu nennen, die 1978 eingerichtet und im Gentechnikgesetz von 1990 institutionalisiert wurde (hierzu: *Christian Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, Berlin 2000, S. 228 ff.).

[1196] *Philipp Mesenburg*, Erosion staatlicher Vollzugsbefugnisse im Gentechnikrecht, Berlin 2003.

[1197] BGBl. 2005 I, 186 ff.

[1198] Die Novellierung diente der Umsetzung der Richtlinie 2001/18/EG über die absichtliche Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt (Freisetzungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 268, 22.09.2003, S. 24).

[1199] Siehe bereits das Gesetzesvorhaben aus dem Jahr 2005: BT-Drs. 15/5133, 16.3.2005.

[1200] ABl. Nr. L 330 vom 5.12. 1998 S. 13; siehe hierzu: Entscheidung 2005/174/EG der Kommission vom 28. Februar 2005 über die Festlegung von Leitlinien zur Ergänzung von Anhang II Teil B der Richtlinie 90/219/EWG des Rates über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2005) 413), ABl. Nr. L 59 vom 5.3.2005 S. 20.

[1201] Über die hier brisante Frage der Haftung für Umweltschäden wurde im November 2005 im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD eine Vermittlungslösung erzielt, deren Realisierung noch aussteht: Zwischen Verursacherprinzip (SPD-Forderung) und Staatshaftungsprinzip (CDU-Forderung) hat sich die Politik darauf verständigt, dass sich die beteiligten Wirtschaftszweige für Schäden, die trotz Einhaltung aller Vorsorgepflichten und der Grundsätze guter fachlicher Praxis eintreten, auf einen Ausgleichsfonds verständigen (Die Verständigung zur Drittverständigung weißt auf die Folgeproblematik von Regulierungsformen im Rahmen von Public Private Partnerships). Langfristig sei eine Versicherungslösung anzustreben (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU, SPD, 11.11.2005, Ziff. B.I.8.9, S. 61, abrufbar unter:

umfasst eine Fülle weiterer Maßnahmen, darunter u.a. die Verordnung über gentechnisch veränderte Lebens- und Futtermittel,[1202] die Verordnung über die Rückverfolgbarkeit und Kennzeichnung von gen-technisch veränderten Organismen,[1203] die Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (Biopatent-Richtlinie).[1204] Mit Verordnung 178/2002 wurde auf unionsrechtlicher Ebene die European Food Safety Authority[1205] gegründet, die maßgeblich mit der Administration von Fragen der grünen Gentechnik befasst ist.[1206] Der deutsche Gesetzgeber ist damit eingebettet in eine Fülle von Normen supranationaler Provenienz.[1207]

Ähnlich komplex verlaufen die Entscheidungsprozesse im Bereich der Humangenetik. Embryonenschutzgesetz und Stammzellengesetz sind hier die beiden wichtigsten Regelungen des Gesetzgebers,[1208] der im Zusammenhang mit dem Stammzellengesetz die Zentrale Ethikkommission[1209] installiert hat. Die Verflechtungen europäischer[1210] und transnationaler Regulierungsbemühungen sind evident, die zentrale Rolle des Gesetzgebers geht allerdings verloren. Maßgebliche Verhandlungsprozesse werden von der Bundesregierung geführt, in ein weit verzweigtes Rätesystem verwiesen, Expertenkomitees und Komitologieverfahren überlassen – oder entscheidungslos einem offenen zeitlichen

http://www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_Koalitionsvertrag.pdf).

[1202] VO (EG) 1829/2003 vom 22.09.2003.

[1203] VO (EG) 1830/2003 vom 22.09.2003.

[1204] ABl. EG Nr. C 110 S. 17.

[1205] http://www.efsa.eu.int/

[1206] Im Hinblick auf die europarechtliche Kennzeichnungspflicht siehe *Dominic Thiele*, Die neue europäische Kennzeichnungspflicht für genetisch veränderte Lebensmittel auf dem Prüfstand des Welthandelsrechts, EuR 2004, S. 794 ff.

[1207] Instruktiv: *Christian Calliess & Stefan Korte*, Das Recht der Grünen Gentechnik im europäischen Verwaltungsverbund. Zur Verzahnung staatlicher und europäischer Risikovorsorge im Konttext von Regulierung und Selbstregulierung, DÖV 2006, S. 10 ff.

[1208] Der Deutsche Bundestag hat sich am 30. Januar 2002 (BT-Drs. 14/8102) ferner für eine strenge Regulierung des Imports und der Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen ausgesprochen. Das betreffende Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG, BGBl. 2002 I, 2277) ergänzt insofern das Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EschG, BGBl. 1990 I, 2747). Ausnahmsweise sollen Import und Verwendung zu Forschungszwecken erlaubt sein, wenn u.a. die entsprechenden Stammzellen vor dem 1. Januar 2002 aus so genannten überzähligen Embryonen gewonnen worden sind und eine staatliche Behörde eine entsprechende Genehmigung erteilt hat. Die Europäische Union hatte kurze Zeit später mit der Verabschiedung eines spezifischen Programms im Bereich der Forschung, technologischen Entwicklung und Demonstration "Integration und Stärkung des Europäischen Forschungsraums" am 30. September 2002 ein Moratorium zur Forschung mit humanen Embryonen und embryonalen Stammzellen bis zum 31. Dezember 2003 beschlossen (Abl. L 294 vom 29.10.2002, 1 ff., Anhang 1; siehe auch die Resolution des EU-Parlamentes vom 7.9.2000, B5-0710/2000).

[1209] Verordnung über die Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellenforschung und über die zuständige Behörde nach dem Stammzellgesetz (ZES-Verordnung - ZESV) v. 18.07.2002 (BGBl I, S. 2663), geändert durch Art. 261 der Achten Zuständigkeitsanpassungsverordnung v. 25.11.2003 (BGBl. I 2304, S. 2337)

[1210] Hierzu: *Stefan Schulz*, Schleichende Harmonisierung der Stammzellforschung in Europa? - Europarat und Europäische Ethik-Räte könnten Ansätze zu gemeinsamen Standards bieten, ZRP 2001, S. 526 ff.

Horizont überantwortet. Letzteres ist der Fall hinsichtlich der internationalen Regulierung humangenetischer Fragen. So hat die Bundesregierung das am 1. Dezember 1999 in Kraft getretene Übereinkommen des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin[1211] und die beiden Zusatzprotokolle, über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen[1212] einerseits und über die Transplantation von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs[1213] anderseits, bislang nicht gezeichnet.[1214] In ihrem 6. Menschenrechtsbericht führt die Bundesregierung für ihre Gründe an, dass sie den Meinungsbildungsprozess für diese Regelungsbereiche noch nicht als abgeschlossen betrachte. Zunächst seien die Ergebnisse der Enquete-Kommission "Recht und Ethik in der modernen Medizin"[1215] und etwaige Empfehlungen des am 2. Mai 2001 gegründeten Nationalen Ethikrats zu berücksichtigen.[1216] Auch der Schutz vor genetischen Diskriminierungen durch ein "Gendiagnostikgesetz", das sich dem Problem der potentiell umfassenden Kenntnis über die genetischen Veranlagungen eines Menschen und deren Verwertung stellte, blieb bislang ungeregelt.[1217] Ferner hat die Bundesrepublik die Richtlinie 98/44/EG über den Schutz biotechnologischer Erfindungen vom 6. Juli 1998 (Biotechnologierichtlinie) nicht umgesetzt.[1218] Auf internationaler Ebene hat sich die Bundesrepublik zwar für die Erarbeitung einer Konvention zum weltweiten Verbot des reproduktiven Klonens engagiert. Grundlage der deutschen Verhandlungsstrategie war ein Beschluss des Bundestages vom 20. Februar 2003.[1219] Darin fordert der Bundestag die Bundesregierung auf, "eine VN-Konvention und weitere internationale Konventionen anzustreben, die sowohl das reproduktive wie das so genannte therapeutische Klonen verbieten und darauf zielen, möglichst viele

[1211] ETS Nr. 164.

[1212] ETS Nr. 168.

[1213] ETS Nr. 186.

[1214] Für Details zum Konventionsentwurf sie die Beiträge in *Jochen Taupitz* (Hrg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?, Berlin 2002.

[1215] Siehe den erneuerten Einsetzungsbeschluss in der 15. Legislaturperiode, siehe BT-Drs. 15/464 und den Bericht zum "Stand der Arbeit" vom 6.9.2005, BT-Drs. 15/5980.

[1216] BT-Drs. 14/9323, 76 f.; zum Nationalen Ethikrat, der durch Kabinettsbeschluss vom 2. Mai 2001 eingerichtet wurde, siehe: www.ethikrat.org.

[1217] Der institutionelle Rechtskonflikt, der dem Zugrunde liegt, ist komplex. Wo die Grenzen für die Modifizierung typischer Risikozuweisungen mittels Gentests liegen, sind Fragestellungen, die derzeit vor allem im Arbeits- und Versicherungsrecht diskutiert werden.

[1218] Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20.12.2000, BR-Drs. 655/00, hat insofern keine Mehrheit gefunden; siehe ferner BT-Drs. 15/1408; siehe auch die gescheiterte Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie 98/44/EG vor dem EuGH, Rechtssache C-377/98; zu europäischen Rechtsakten ferner: Mitteilung der Kommission der EG, Biowissenschaften und Biotechnologie – eine Strategie für Europa (Fortschrittsbericht und künftige Ausrichtung, KOM (2003) 96; 7473/03); Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage: BR-Drs. 183/03; Richtlinie 2001/83/EG vom 6.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (Abl. L 311 vom 28.11.2001, 67ff.); Richtlinie 2001/83/EG hinsichtlich Medizinprodukten, die stabile Derivate aus menschlichem Blut oder Blutplasma enthalten (Abl. L 313 vom 13.12.2000, 22).

[1219] Plenarprotokoll 15/28 20.2.2003, 2132A-2156A, 2219C-2220D/Anl; siehe auch: BT-Drs. 15/463.

Staaten für solche Konventionen zu gewinnen."[1220] Allerdings waren die diesbezüglichen Verhandlungsbemühungen nicht von Erfolg gekrönt: Die Erklärung der UN Generalversammlung aus dem März 2005 brachte das Ende für die internationalen politischen Verhandlungsprozesse, einen Konventionsentwurf wird es auf absehbare Zeit nicht geben, die transnationalen Politikprozesse haben lediglich zu einem Minimalkonsens geführt, der die Ausgangsfrage ("Wann verstößt das Klonen gegen die Menschenwürde?"), paraphrasiert und der nicht annähernd dem Auftrag nahe kommt, mit dem der Deutsche Bundestag die Bundesregierung ins Verhandlungsfeld geschickt hatte: "Member States are called upon to prohibit all forms of human cloning inasmuch as they are incompatible with human dignity and the protection of human rights."[1221]

b. Regime-Kollisionen Kurzum: Die zentrale Rolle des deutschen Gesetzgebers ist für Fragen der Humangenetik, wie auch der "grünen Gentechnologie" schwer auszumachen. Maßgebliche Impulse erhalten die politischen Regelungsbemühungen vielmehr durch das unionale Recht,[1222] in Sachverständigenkommissionen, Ethikräten, im europäischen Komitologieverfahren,[1223] durch zivilgesellschaftliche Gruppen[1224] und durch Prozesse in globalen Regimes. Gerade letzteres macht die Grenzen vertikal-holistischer Argumentationsmodelle deutlich, denn hier zeigt sich, dass die Herausforderung der Interlegalität durch weltgesellschaftliche Regulierungsmechanismen eine völlig neue Dynamik erhalten hat. In dieser gilt es, Selbstregulierungsmechanismen in transnationalen Entscheidungsprozessen prozedural zu steuern, demokratische Ansätze rechtlich abzustützen und die vielfältigen Formen der Regime-Kollisionen zu moderieren. Deren tiefe Ursache liegt in einem „Führungswechsel" von normativen Erwartungstypen (Politik, Moral, Recht) hin zu kognitiven Erwartungstypen (Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie) begründet, der sich im Wandel von nationalstaatlich organisierten Gesellschaften zur Weltgesellschaft hin vollzieht und impliziert, dass "auf der Ebene der Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des zu Erkennenden steuern, sondern daß umgekehrt das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und *die*

[1220] BT-Drs. 15/463, 2.

[1221] U.N. Declaration on Cloning, 23.3.2005, U.N. Doc. A/59/516/Add.1, Buchstabe b; siehe insgesamt die Bestandsaufnahme bei *Jens Kersten*, Das Klonen von Menschen: eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Kritik, Tübingen 2004.

[1222] Zur Grundlage der EU-Kompetenzen: *Christina Maria Pelzer*, Die Kompetenzen der EG im Bereich Forschung. Eine Analyse ihrer Reichweite und Grenzen vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 3 GG, dargestellt am Beispiel der Gentechnologie, Frankfurt am Main 2004, S. 65 ff.; im Hinblick auf die "grüne Gentechnologie": *Damian Chalmers*, Risk, anxiety and the European mediation of the politics of life, European law Review 30 (2005), S. 649 ff.

[1223] Hierzu: *Christian Joerges*, Die Beurteilung der Sicherheit technischer Konsumgüter und der Gesundheitsrisiken von Lebensmitteln in der Praxis des europäischen Ausschußwesens ("Komitologie"), Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Bremen 1995.

[1224] *Urs Thomas*, Civil society and its role in the negotiation of the Biosafety-Protocol, in: *Lawrence Boisson de Chazournes/Urs Thomas* u.a. (Hrg.), The Biosafety Protocol: Regulatory Innovation and Emerging Trends, in: Schweizer Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht 10 (2000), S. 513 ff. (550 ff.).

strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme in Normierungen abgestützt werden müssen.“[1225]

Das zeigt sich insbesondere auch im Hinblick auf die Regulierung der Gentechnologie. Der Regelungsrahmen im Bereich der Lebensmittelsicherheit und der damit betrauten internationalen Organisationen und Übereinkommen ist breit – Codex Alimentarius, WTO-Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen (SPS-Übereinkommen), Weltgesundheitsorganisation (WHO), Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen (FAO). Symptomatisch zum Ausdruck kommt die Normkollision im Bereich der Gentechnologieregulierung in unterschiedlichen weltgesellschaftlichen Regime-Kontexten aktuell in einem Streit um die angemessene Risikosteuerung im Bereich der grünen Gentechnologie: Die Regime-Kollision kann organisatorisch mit der World Trade Organisation auf der einen und dem am 11. September 2003 in Kraft getretenen Cartagena Protokoll über die biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt auf der anderen Seite chiffriert[1226] werden. Während die WTO dem Leitgedanken des freien Welthandels verpflichtet ist, ist das Ziel des Biosafety-Protokolls (das auch die EG unterzeichnet hat) die Gewährleistung eines sicheren grenzüberschreitenden Verkehrs von gentechnisch veränderten Mechanismen.[1227] Der Geltungsumfang dieses Protokolls ist von entscheidender Bedeutung für das Streitbeilegungsverfahren bei der WTO gegen ein seit 1998 bestehenden und mittlerweile (2004) aufgehobenes *de facto*-Moratorium hinsichtlich der Zulässigkeit gentechnisch veränderten Saatgutes.[1228] Die USA haben das Verfahren vor der WTO gemeinsam mit Kanada und Argentinien angestrengt, unternehmen damit einen ”Generalangriff gegen die europäische Biopolitik”[1229] und werfen ihr vor, durch die Anwendung des in Art. 174 Abs. 2 EG-Vertrag aufgegebenen Vorsorgeprinzips[1230] zahlreiche Normen des WTO-Rechts verletzt zu haben.[1231]

[1225] *Niklas Luhmann*, Die Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57 (1971), S. 1 ff. (26) (Hervorhebung durch die Verf.); ausführlich hierzu: *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006.

[1226] Eine rein organisationale Betrachtungsweise würde den dahinterstehenden Rationalitätenkonflikt verkennen.

[1227] Das Protokoll ist abgedruckt in I.L.M. 39 (2000), S. 1027 ff. Umfassend zu dieser Konstellation: *Thomas Cottier*, Implications for Trade Law and Policy: Towards Convergence and Integration, in: *Christoph Bail/Robert Falkner/Helen Marquard* (Hrg.), The Cartagena Protocol on Biosafety, London 2002, S. 467 ff.; *Katja Loosen*, Das Biosafety-Protokoll von Cartagena zwischen Umweltvölkerrecht und Welthandelsrecht, Berlin 2006; *Markus Böckenförde*, Grüne Gentechnik und Welthandel, Berlin 2004; *Thomas Bernauer*, Genes, Trade, and Regulation – the Seeds of Conflict in Food Biotechnology, Princeton 2003.

[1228] WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293.

[1229] *Joachim Müller-Jung*, Grüne Gentechnik am Scheideweg, FAZ, 27.6.2003, S. 1.

[1230] Hierzu die Auffassung der Kommission in KOM(2000)1 vom 2.2.2000; aus rechtlicher Sicht zum europäischen Vorsorgebegriff: *Gertrude Lübbe-Wolff*, Präventiver Umweltschutz – Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und im europäischen Recht, in: *Johannes Bizer/Hans-Joachim Koch* (Hrg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?, Baden-Baden 1998, S. 47 ff.

[1231] Im einzelnen: ”(1) Suspension of consideration of and failure to consider various applica-

Für die hier zu treffende Entscheidung über transnationale Risikoregulierung unter Ungewissheitsbedingungen ist eine vertikal-holistische Werteabwägung fehl am Platz. Sie ginge am gesellschaftlichen Realkonflikt vorbei. Aber auch die Formulierung des Konflikts als ein Streit zwischen unterschiedlichen Risikobegriffen politischer Zentren (EU und USA) geht nicht tief genug. Sie bleiben Oberflächenphänomenen des politischen Tagesgeschäfts verhaftet. Tatsächlich hat gerade die EU-Kommission den Vorsorgebegriff bereits dergestalt geschwächt,[1232] dass die Positionsdifferenzen zwischen den beiden Konfliktparteien vor dem WTO Streitschlichtungsorgan nur noch in Nuancen sichtbar werden.[1233]

Der Konflikt, wie er hier zwischen Umweltregime und Wirtschaftsregime zum Ausdruck kommt, ist vielmehr ein Rationalitätenkonflikt, in dessen Kern die Auseinandersetzung um das angemessene Verfahren von Risikoassessment und Risikomanagement steht.[1234] Auf der einen Seite ist der in den Art. 5.1 und 5.7 des SPS-Abkommens (Application of Sanitary and Phytosanitary Measures) der WTO zum Ausdruck kommende hohe Standard wissenschaftlicher Rechtfertigung gesundheitspolitischer Maßnahmen anzusetzen,[1235] der bereits im Hormonstreitfall zu einer Niederlage der EU geführt hatte, da ihr Einfuhrver-

---

tions for endorsement or approval of agricultural biotechnology products; (2) undue delays in finalizing consideration of various applications for approval of agricultural biotechnology products; (3) bans on agricultural biotechnology products introduced by EC member States, which infringe both WTO rules and Community legislation. The measures in question taken by the European Communities and several of its member States infringe the following provisions of the WTO Agreements: (a) Articles 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.5, 5.6, 7, 8 and 10.1 and Annexes B(1) and (5) and C(1)(a), (b), (c), (d) and (e) of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement); (b) Article 4.2 of the Agreement on Agriculture (AoA); (c) Articles I.1, III.4, X.1, X.3(a) and XI.1 of the GATT 1994; (d) Articles 2.1, 2.2, 2.8, 2.9, 2.11, 5.1, 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.6, 5.8 and 12 of the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement)" (WT/DS293/17, 8. August 2003).

[1232]Hierzu: *Karl-Heinz Ladeur*, The introduction of the precautionary principle into EU law, Common Market Law Review 2003, S. 1455 ff.; *Nicolas de Sadeleer*, The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law, European Law Journal 12 (2006); S. 139 ff.; zu einer fundierten demokratietheoretischen Kritik an den Entscheidungsverfahren in der EU: *Christian Joerges*, What is left of the European Economic Constitution?, European Law Review 30 (2005), S. 461 ff. (insbes. S. 483 ff.); siehe auch die Entscheidungen des EuGH, Fälle T-13/99, Pfizer, Slg. 2002-I, 3305; T-70/99, Alpharma, Slg. 2002-I, 3495 ff.; C-39/03 P, Artegodan v. 24. Juli 2003.

[1233]So zu Recht die Kritik an der Operationalisierung des Vorsorgeprinzips durch die EU-Kommission von *Stefanie Hundsdorfer*, Die Umsetzung des Vorsorgeprinzips in der Politik der Europäischen Union. Zum Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen vor dem Hintergrund des Gentechnikfalls in der WTO, Hamburg 2005, abrufbar unter: http://www.forum-ue.de/fileadmin/useruplоad/publikationen/aghan_2005_ vorsorgeprinzip_gmo.pdf, S. 17 ff.

[1234]Siehe hierzu: *Lawrence Busch/Robin Grove-White/Sheila Jasanoff/David Winickoff/Brian Wynne*, Amicus Curiae Brief submitted to the DSP of the WTO in the Case of EC: Measures affecting the approval and marketing of Biotech Products, 30.4.2004, abrufbar unter: http://www.lancs.ac.uk/fss/ieppp/wtoamicus/amicus.brief.wto.pdf, S. 12 ff.

[1235]Auf die Normdetails soll hier nicht eingegangen werden. Die USA berufen sich auf die Anwendbarkeit von Art. 5.1 SPS, die EG sieht im Moratorium nur eine vorläufige Maßnahme ohne gesicherte Wissensbasis, weshalb Art. 5.7 SPS zur Anwendung kommen solle. Die Rechtsfertigungshürde für eine nach Art. 5.7 SPS zu behandelnde Maßnahme wäre deutlich niedriger.

bot für hormonbehandeltes Rindfleisch nach Meinung des Appellate Body auf keinem bzw. einem nur unspezifischen Risikoassessment beruht habe.[1236] Auf der anderen Seite stehen die Bestimmungen des Biosafety-Protokolls, das sehr viel detaillierter festlegt, was in einer Risikobewertung enthalten sein muss, was beim Risikomanagement zu beachten ist und inwiefern sozioökonomische Überlegungen in Entscheidungen für SPS-Maßnahmen hineinspielen können.[1237] Beide Konzepte stehen für miteinander inkompatible Inkommensurabilitätsnormen hinsichtlich der Kollision der eigenrationalen kommunikativen Matrices Wirtschaft, Technologie und Gesundheit.[1238] Das WTO Streitschlichtungsorgan hat die Entscheidung dieses Falls bereits mehrfach verschoben[1239] und mittlerweile einen 800-seitigen Berichtsentwurf vorgelegt,[1240] der einen ersten Schritt zur Entwicklung abstrakt-genereller Inkompatibilitätsnormen im Verhältnis von Wirtschaftssektor und Gesundheitssektor bietet. Wenn es aber nicht gelingt, innerhalb des WTO-Rechts in zunehmendem Maße gesellschaftliche Umweltrationalitäten von Gesundheit bis Umweltschutz aufzunehmen, bedarf dieses Rechtssystem vielleicht bald selbst, um eine Formulierung Niklas Luhmanns aufzunehmen, einer riesigen 'Amnesty International', um ein Rechtssystem zu halten, an dem kein Individuum aus sich heraus mehr interessiert ist.[1241]

III. Von der Unterordnung zur rechtlichen Selbstbegrenzung

Eine dritte Gefährdungsdimension für Grundrechte in Kollisionslagen bilden die Fälle, in denen *personale Grundrechte* als innergesellschaftliche Autonomieräume, die nicht auf Institutionen, sondern auf die sozialen Artefakte „Personen" zugerechnet werden, gefährdet werden. Die personal bezogenen Grundrechtsformulierungen – im Folgenden sollen das Beispiel der Meinungs- und Versammlungsfreiheit und seine jüngsten Juridifizierungen im Recht der EU im Vordergrund stehen – sind auf bestimmte Gefahrenpunkte angesetzt, in denen kommunikative Matrices dazu tendieren, über ihre partiallogischen Funktionen hinauszugreifen und Personen einer spezifischen Subsystemrationalität zu unterwerfen.

[1236] EC-Hormones, WT/DS26, WT/DS48, Rdn. 124.

[1237] Siehe hierzu *Stefanie Hundsdorfer*, Die Umsetzung des Vorsorgeprinzips in der Politik der Europäischen Union. Zum Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen vor dem Hintergrund des Gentechnikfalls in der WTO, Hamburg 2005, abrufbar unter: http://www.forum-ue.de/fileadmin/useruploa d/publikationen/aghan_2005_ vorsorgeprinzip_gmo.pdf, S. 17 ff.

[1238] Zur speziellen Kollisionslage: *Peter Phillips*, Alternative paradigms - The WTO versus the Biosafety Protokol for Trade in Genetically Modified Organisms, Journal of World Trade 34 (2000), 63 ff.; *Gretchen L. Gaston*, The Biosafety Protocool and the World Trade Organization: can the two coexist?, Pace International Law Review 12 (2000), S. 107 ff.; generell: *Jonas Grätz*, Kollision oder Komplement? Zur Kompatibilität von WTO-Recht mit umweltvölkerrechtlichen Regimen, Kritische Justiz 39 (2006), S. 39 ff.

[1239] Zur Vorlage eines Berichtsentwurfs an die Streitparteien siehe *Daniel Wüger*, Biotech Products WTO Panel Report, ASIL Insight 10 (2006), Nr. 5, v. 8. März 2006, abrufbar unter: www.asil.org/insights.htm.

[1240] WT/DS21-23/Interim v. 7. Februar 2006.

[1241] Vgl. *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 489.

Die an diese Problemstellen angehefteten Grundrechte sollen zunächst einmal die Freiheit der Wahl von Kommunikationsthemen, -partnern und -medien sichern.[1242] Diese Trias ist eine der Möglichkeitsbedingungen für die Selbstkonstituierung des Individuums. Die Virulenz der Inklusions-/Exklusionsproblematik in europäischen Vorstädten, brasilianischen Favelas, Flüchtlingslagern, geheimen Haftzentren im globalen Kampf gegen den Terror etc. macht auf eindrückliche Weise deutlich, dass der Einzelne, in den weltweiten Exklusionsbereichen seiner kommunikativen Anschlussmöglichkeiten beraubt, auf bloße Körperlichkeit beschränkt ist:[1243] "Während im Inklusionsbereich Menschen als Personen zählen, scheint es im Exklusionsbereich fast nur auf ihre Körper anzukommen. Die symbiotischen Mechanismen der Kommunikation verlieren ihre spezifische Zuordnung."[1244] Personale Kommunikationsrechte werden zur Konstitutionsbedingung[1245] von Individualität, da sie dem Einzelnen bei der Suche nach Ausdrucks- und Konsenschancen für seine spezifischen Auffassungen und Anliegen Zugangsmöglichkeiten zu ausdifferenzierten System eröffnen. *Homo oeconomicus, homo politicus, homo sociologicus, homo ludens, homo compensator, homo psychologicus...* – die Habituswahl[1246] steht dem Einzelnen frei. "Er kann sich dort anschließen, wo er hingehört, verstanden, gebilligt und gefördert wird, ohne schon deshalb, weil ein solcher Anschluss Meinungen intensiviert" an der Kommunikation behindert zu werden.[1247] Das gilt auch für das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit als Kommunikationsfreiheit, dessen primäre Funktion in der Gewährleistung der Freiheit der Wahl von Kommunikationspartnern liegt. Versammlungen sind nicht nur Sonderformen körperlicher Bewegungsfreiheit. Sie interessieren nicht als Orte sondern "als strukturierte und dadurch besonders attraktive Kommunikationsformen."[1248]

Andererseits liegt der Sinn personaler Kommunikationsrechte aber auch immer zugleich in der Instaurierung von Schutzeinrichtungen, die von politischer,

[1242] Vgl. *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 97.

[1243] An dieser Stelle bestehen Überschneidungen mit Giorgio Agamben, der die moderne Gesellschaft von den Exkludierten aus denkt, dabei allerdings die Eigendynamiken der Kommunikation – und insbesondere der rechtlichen Kommunikation – vernachlässigt, weshalb er auch die Szenarien des rechtlichen Schutzes für Inklusionsmöglichkeiten in die Kommunikation nicht formulieren kann, siehe hierzu: Fabian Steinhauer, Gestaltung des Rechts, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano* (Hrg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 187 ff.

[1244] *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, S. 632 f.; siehe auch *Marcelo Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, Berlin 1992.

[1245] Zum hier verwendeten Konstitutionalisierungsbegriff: *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006.

[1246] Zu Parallelitäten Luhmannscher System-/Umweltrelationierungen und Bourdieus Beschreibung des Mensch-/Systembezugs als Habitus, siehe *Joachim Fischer*, Bourdieu und Luhmann als Theoretiker der 'bürgerlichen Gesellschaft', vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 44 (2005), S. 53 ff.; siehe auch die Beiträge in *Armin Nassehi/Gerd Nollmann* (Hrg.), Bourdieu und Luhmann. Ein Theorievergleich, Frankfurt am Main 2004.

[1247] *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 102.

[1248] Ebd., S. 98, FN 32.

wirtschaftlicher, wissenschaftlicher und religiöser Determination unabhängige Erwartungsbildungsprozesse sichern.[1249] Ihre Institutionalisierung und Konstitutionalisierung dient nicht nur der Responsivitätsermöglichung im Verhältnis von Systemen und Menschen, sondern ist zugleich Konstitutionsbedingung für die Freisetzung von Demokratisierungspotentialen der gesellschaftlichen Teilsysteme. Wenn man den Demokratiebegriff nicht auf den *Output* politischer Systeme zurechtstutzt,[1250] sondern als einen kommunikativen Prozess versteht, dessen maßgebliches Organisationsprinzip in der dualen Strukturierung – spontane Öffentlichkeiten auf der einen, organisierte Entscheidungszentren auf der anderen Seite – gesellschaftlicher Räume begründet liegt,[1251] dürfte die entscheidende Herausforderung sein, die Verhältnisse von Spontan- und Organisationsbereich dergestalt zu juridifizieren, dass mit Hilfe des Rechtsmediums aus "schwachen" "starke" Öffentlichkeiten mit Partizipationsrechten im Prozess der Recht-Fertigung[1252] generiert werden.[1253] Das knüpft in der Beschreibung der Zugangsvoraussetzungen zu den Öffentlichkeitssektoren an frühe Formulierungen von Jürgen Habermas an, der in "Strukturwandel der Öffentlichkeit" unter Bezug auf Helmut Ridders inpersonales Modell der Pressefreiheit und Wolfgang Abendroths Stellungnahmen zur Meinungsfreiheit eine normative Sinnverschiebung der Grundrechte hin zur Garantie chancengleicher "Teilnahme am Prozeß der öffentlichen Kommunikation" einfordert.[1254] Während Habermas diese Forderung allerdings gleichsam

[1249] Ebd., S. 98.

[1250] Zum Begriff der *output*-Legitimation in den Politikwissenschaften, der auf bloße Effektivitätsgesichtpunkte abstellt und mit Demokratie als kommunikativem Prozess, in dessen Zentrum die demokratische Ausgestaltung von Recht-Fertigungsprozessen steht, nichts gemein hat: *Fritz Scharpf*, Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch?, Frankfurt am Main 1999.

[1251] Hierzu: *Gunther Teubner*, Globale Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft, in: *Dieter Simon/Manfred Weiss* (Hrg.), Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis, Baden-Baden 2000, S. 437 ff.

[1252] Zum Begriff: *Rudolf Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner* (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, S. 13 ff.; hierzu: *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Prozedurale Rechtstheorie: Rudolf Wiethölter, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano* (Hrg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 79 ff.

[1253] Zur Differenz von schwachen und starken Öffentlichkeiten unter Bezug auf Nancy Fraser: *Hauke Brunkhorst*, Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, Frankfurt am Main 2002, S. 184 f.

[1254] *Jürgen Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), Frankfurt am Main 1990, S. 332. Habermas bezieht sich auf *Helmut Ridder*, Die Meinungsfreiheit, in: *Franz L. Neumann/Hans Nipperdey/Ulrich Scheuner* (Hrg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1954, S. 242 ff. und *Wolfgang Abendroth*, Aussprache: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL 12 (1954), S. 85-92; *ders.*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Alfred Herrmann (Hrg.), Aus Geschichte und Politik, Festschrift für Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff. – Abendroth konnte nach Ablehnung durch den Vorstand der Vereinigung sein für die Staatsrechtslehrertagung 1953 geplantes Referat nicht halten und seinen Vortrag nur in Thesen im Rahmen der Aussprache zum Referat des statt seiner vortragenden Forsthoff vorstellen, das ausführliche Referat publizierte er dann in der FS Begstraesser, zum Hintergrund: *Wolfgang Abenroth*, Ein Leben in der Arbeiterbewegung, Frankfurt 1976, S. 123

monozentrisch aufstellt und nur an das politische System richtet, soll hier der dahinterliegende Gedanken generalisiert werden: Nicht nur die kommunikative Inklusion in die Entscheidungsprozesse der Politik ist zu gewährleisten, sondern die prozedurale Absicherung des fragilen Wechselspiels von spontanen Öffentlichkeiten, heterarchischen Gerichtsbarkeiten und systemischen Zentren ist gefordert, um die systemischen Totalisierungsdispositionen durch verfahrensmäßig abgesicherte Gegenkräfte, die die zivilgesellschaftliche Partizipation an Rechtfertigungsprozessen, den individuellen Zugang der Betroffenen zu den dezentralen und zentralen Gerichtsinstanzen und den systemischen Zentren gleichermaßen beinhalten, zu entschärfen.

Die Forderung, einen Dualismus von formal organisierter Rationalität und informaler Spontaneität als dynamisches Zusammenspiel ohne den Primat des einen oder des anderen rechtlich abzusichern, knüpft dann, wie bei Habermas, an die inpersonale Grundrechtstheorie Ridders an, überantwortet die Gewährleistung der personalen Grundrechte und institutionellen Autonomieräume allerdings nicht allein dem politischen System. Das folgt der Erwägung, dass es vielfach nicht um Rechte von inpersonalen Institutionen gegen den Staat zu tun ist, "sondern in mehrfacher Umkehrung des Verhältnisses um Rechte von Individuen außerhalb der Gesellschaft gegen gesellschaftliche Institutionen außerhalb des Staats",[1255] im Ergebnis also: um die Verletzung von personalen Grundrechten durch die rechtliche Selbstprogrammierungstendenzen systemischer Zentren.[1256]

1. Vertikales Modell: Abwägung von etatistischen Grundfreiheits- und Grundrechtsschutzpflichten

Paradigmatisch für die Behandlung von personalen Kommunikationsfreiheiten im europäischen Rechtsraum ist ein Fall, der dem Europäischen Gerichtshof per Beschluss des Oberlandesgerichtes in Innsbruck am 01. Februar 2000 vorgelegt worden ist und in dessen Zentrum die anlässlich einer im Rahmen einer Demonstration gegen den Schwerlastverkehr erfolgten Blockade des Brenner-Passes aufgeworfene Frage steht, ob – und wenn ja, ab welcher Intensität – eine Demonstration eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts darstellen kann.[1257] Dem

f.

[1255] *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private' transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E.

[1256] Das spielt an auf eine in Rekonstruktion von Helmut Ridders Grundrechtstheorie entwickelte Formel von *Ingeborg Maus*, Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat, Blätter für deutsche und internationale Politik 49 (2004), S. 835 ff. (840); zum auf Kant zurückgehenden Rechtsverständnis von Ingeborg Maus im Details anlässlich des Beispiels nationaler Wehrverfassungen: *Oliver Eberl/Andreas Fischer-Lescano*, Grenzen demokratischen Rechts? Die Entsendeentscheidungen zum Irakkrieg in Großbritannien, den USA und Spanien, in: HSFK Reports 8/2005, abrufbar unter: www.hsfk.de, S. 3 ff.; generell: *Peter Niesen/Oliver Eberl*, Demokratischer Positivismus: Habermas/Maus, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fiscer-Lescano* (Hrg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 3 ff.

[1257] Der Fall birgt auch eine Kollisionsproblematik, die man als Inkompatibilität von Umwelt- und Wirtschaftsmatrix kennzeichnen kann. Im Folgenden sollen die personalen Kommunikationsfreiheiten im Vordergrund stehen. Zur Umwelt-/Wirtschaftkollisionen anlässlich des Falls Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich, die

EuGH wurde damit eine Konfliktkonstellation zur Entscheidung zugewiesen, die bereits seiner Entscheidung Kommission gegen Frankreich (Bauernproteste)[1258] zugrunde gelegen hatte und die er seinerzeit abstrakt so beantwortete, dass Mitgliedstaaten der EG für Verletzungen des Grundsatzes der Warenfreiheit (Art. 28 EGV) dadurch verantwortlich sein können, wenn Privatakteure auf mitgliedstaatlichem Territorium den freien Warenverkehr behindern.[1259]

Die Entscheidung im Fall Schmidberger[1260] nimmt die Problematik aus Kommission gegen Frankreich auf, vertieft die Kompatibilisierung von Grundfreiheitsrechten und europäischen Grundrechten allerdings insbesondere hinsichtlich der Rechtfertigungsmöglichkeiten für Eingriffe in die Grundfreiheiten und bietet dadurch auch neuen Diskussionsstoff für die mögliche Weiterentwicklung der vom EuGH im Fall Cassis de Dijon[1261] eingeführten Differenzierung, dass der Rechtfertigungsstandard für Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit für diskriminierende und nicht-diskriminierende unterschiedlich hoch ist.[1262] Die Bedeutung der *Schmidberger*-Entscheidung liegt indes in der Zusammenführung zweier unterschiedlicher Rechtsmassen, die unterschiedlichen Zielsetzungen folgen. Während die bereits in den Römischen Verträgen vertexteten Grundfreiheiten in erster Linie der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes dienen, emergierten die europäischen Grundrechte in nicht immer spannungsfreien Kooperationsverhältnissen des EuGH mit nationalstaatlichen und internationalen Gerichten.[1263] Eine Textgrundlage für die europäischen Grundrechte

---

aufgrund der Alpenkonvention komplexe institutionelle Folgefragen aufwirft, siehe: *Casey J. Caldewell*, The black Diamond of Harmonization: The Alpine Convention as a Model for Balancing competing Objectives in the European Union, Boston University International Law Journal 21 (2003), S. 137 ff.

[1258]EuGH, Rs. C-265/95, Kommission gegen Frankreich, 9.12.1997, Slg. 1997, I-6959.

[1259]Die Entscheidung des EuGH führte zum Erlass der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. Dezember 1998 (Abl. L v. 12.12.1998, S. 8 f.*)* über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Deren Artikel 2 adressiert die hier interessierende Kollisionsproblematik (allerdings auf Ebene der Grundrechte der Mitgliedstaaten) wie folgt: "Diese Verordnung darf nicht so ausgelegt werden, daß sie in irgendeiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik, beeinträchtigt. Diese Rechte können auch das Recht oder die Freiheit zu anderen Handlungen einschließen, die in den Mitgliedstaaten durch die spezifischen Systeme zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern abgedeckt werden."

[1260]EuGH, Rs. C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich, 12.6.2003, EuGH, Slg. 2003, I-5659.

[1261]EuGH Rs. 120/78, REWE-Zentral AG ./. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Urt. v. 20. Februar 1979, Slg. 1979, 649; die Entscheidung schränkt das Verbot von "Maßnahmen gleicher Wirkung" aus der Dassonville-Formel (EuGH, Rs. 8/74, Staatsanwaltschaft/Benoit und Gustave Dassonville, Urt. v. 11. Juli 1974, Slg. 1974, 837) auf solche Maßnahmen, die "nicht notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden" (siehe auch die weitere Differenzierung in der Keck-Formel: EuGH, Urt. v. 24. November 1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, I-6097 ff.).

[1262]Hierzu: *Felix Ronkes Agerbeek*, Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the Schmidberger case, European Law Review 29 (2004), S. 255 ff. (264 ff.).

[1263]Zuerst: EuGH, Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung und den institutionellen Auseinandersetzungen: *Sonja Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts,

hat zwar die Europäische Charta der Grundrechte gebracht,[1264] aber nach der Aufnahme der Charta in den Europäischen Verfassungsvertrag folgt aus Unterbrechung des verfassungsbezogenen Ratifikationsprozesses auch für die Charta, dass ihr Rechtsstatus weiterer Klärung bedarf.[1265] Der EuGH beruft sich in der Schmidberger-Entscheidung auf die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte, Artikel F Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union (nunmehr Art. 6 Abs. 2 EU)[1266] und seine ständige Rechtsprechung, nach der die europäischen Grundrechte "zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu".[1267] Anders aber als Generalanwalt Jakob[1268] wendet der EuGH jedoch nicht die Grundrechte als Kontrollmaßstab für das Vorliegen eines zwingenden Erfordernisses i.S.d. *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung[1269]

Diss. Frankfurt am Main 2006, 4. Kap.; zum Spannungsverhältnis EuGH und EGMR, das sich insbesondere in der Entscheidung Dennis Matthews gegen United Kingdom, 24833/94, 18.2.1999 ausdrückt, siehe: *Sebastian Winkler*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 28 (2001), S. 18 ff.; *Clemens Rieder*, Protecting Human Rights within the European Union: Who is better Qualified to do the Job – the European Court of Justice or the European Court of Human Rights, The Tulane European and Civil Law Forum 20 (2005), S. 73 ff.; siehe auch: *Stefan Griller*, Der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, in: *Alfred Dschanek / Stefan Griller* (Hrg)., Grundrechte für Europa. Die Europäische Union nach Nizza, Wien 2002, S. 131 ff.

[1264]ABl. C 364 vom 18.12.2000; allerdings wiederholte sich die rasche Einigung, die der vom Europäischen Rat von Tampere eingesetzte "Konvent" aus Vertretern des Europäischen Parlaments, der Kommission, der nationalen Parlamente und der Staats- und Regierungschefs über den 54 Artikel umfassenden europäischen Grundrechtstext erzielen konnte, im Hinblick auf die genaue Einordnung des Textes in das europäische Normensystem nicht. Zur Vorbereitung der Umstrukturierung beauftragte der Europäische Rat von Laeken im Dezember 2001 den europäischen Konvent (Bull. EU 12-2001, 9 [25f.]), der am 1. März 2002 erstmalig zusammentrat und in seinem Abschlussbericht die Einbeziehung der Charta in den Verfassungsentwurf vorschlug (Abschlussbericht der Arbeitsgruppe: CONV 354/02).

[1265]Zur Verfassung und dem Verfassungsprozess generell: *Jürgen Bast*, The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution, German Law Journal 11 (2005), S. 1433 ff.

[1266]"Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben."

[1267]EuGH, Rs. C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich, 12.6.2003, EuGH, Slg. 2003, I-5659, Rdn. 71, unter Berufung auf EuGH, 18.6.1991, Rs. C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, Rdn. 41; EuGH, 6.3.2001, Rs. C-274/99 P, Connolly/Kommission, Slg. 2001, I-1611, Rdn. 37 und EuGH, 22.10.2002, Rs. C-94/00, Roquette Frères, Slg. 2002, I-9011, Rdn. 25.

[1268]EuGH, Rs. C-112/00, Schlussanträge des Generalanwalts Francis G. Jacobs v. 11.7.2002, Rdn. 57 ff.

[1269]EuGH Rs. 120/78, REWE-Zentral AG ./. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Urt. v. 20. Februar 1979, Slg. 1979, 649.

an,[1270] sondern wählt einen unmittelbaren Zugang, der unterschiedliche Freiheitsrechte in Einklang zu bringen sucht: "Die vorliegende Rechtssache wirft somit die Frage auf, wie die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang gebracht werden können, und insbesondere die Frage, welche Tragweite die durch die Artikel 10 und 11 EMRK gewährleistete Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit und der Grundsatz des freien Warenverkehrs jeweils haben, wenn die erstgenannten Freiheiten als Rechtfertigung für eine Beschränkung des letztgenannten Grundsatzes herangezogen werden."[1271] Dass der EuGH im Anwendungsbereich des unionalen Rechts auch die unmittelbare Anwendung der europäischen Grundrechte einfordert, führt dazu, dass er europäische Grundrechte und Grundfreiheiten erstmals auf gleicher dogmatischer Ebene abhandeln kann.[1272]

Wenn man fragt, wessen unionale Grundrechte und Grundfreiheiten im Fall *Schmidberger* eigentlich miteinander in Kollision liegen, steuert man auf eine doppelte Schutzpflichtproblematik zu: Im europäischen Recht kollidieren nach der Rechtssprechung des EuGH und der herrschenden Literaturmeinung nicht etwa die Grundfreiheitsrechte von Unionsbürgern (hier: die Transportunternehmer) mit den Grundrechten von Unionsbürgern (hier: die Demonstranten), sondern Schutzpflichten Österreichs (Grundfreiheiten) kollidieren mit Schutzpflichten Österreichs (Grundrechte). Auf der Grundfreiheitsebene stellt die Rechtspraxis den Staatsbezug über ein sehr weit verstandenes Schutzpflichtkonzept her. Die Konstruktion wird zwar als angreifbar empfunden: "It is logically a rather curious move to place a Member State under an obligation to adopt appropriate measures to ensure that private individuals do not create obstacles to free movement of goods, when those private individuals do not have any duty not to create those obstacles in the first place. In effect, the Court is creating an indirect obligation to private parties after failing to create the direct obligation in its earlier case law."[1273] Im Bereich der Grundfreiheitsschutzpflicht versucht der EuGH allerdings durch die Relationierung von Art. 28 EGV und Art. 10 EGV eine eigenständige

[1270] So auch die Vorgehensweise in EuGH, Rs. C-368/95, Familiapress, 26.6.1997, Slg. 1997 I-3698, Ziff. 18: "Die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt kann ein zwingendes Erfordernis darstellen, das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigt. Diese Vielfalt trägt nämlich zur Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung bei, das durch Artikel 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschützt ist und zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehört (Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-353/89, Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 30, und vom 3. Februar 1993 in der Rechtssache C-148/91, Veronica Omreop Organisatie, Slg. 1993, I-487, Randnr. 10)."

[1271] EuGH, Rs. C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich, 12.6.2003, EuGH, Slg. 2003, I-5659, Rdn. 77.

[1272] Details bei *Stefan Kadelbach / Niels Petersen*, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkungen zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade), EuGRZ 2003, S. 693 ff.

[1273] *Jukka Snell*, Private Parties and the Free Movement of Goods and Services, in: *Mads Andenas / Wulf-Henning Roth* (Hrg.), Services and Free Movement in EU Law, Oxford 2002, S. 211 ff. (237).

staatliche Schutzpflicht zu schaffen, die insofern nicht von einer Privatpflicht abgeleitet ist. So hatte der EuGH im Fall der Demonstrationen durch französische Bauern auch auf Art. 10 EGV rekurriert und die Pflichtverletzung Frankreichs damit begründet, dass angesichts gewalttätiger Demonstrationen nicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen wurden, damit der freie Warenverkehr mit Obst und Gemüse nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird.[1274]

Indem der EuGH nunmehr der Grundfreiheitsschutzpflicht eine Grundrechtsschutzpflicht zur Seite stellt, kommt er vielfach in der Literatur erhobenen Forderungen nach.[1275] Zwar hatte das Gericht schon früh europäische Grundrechte in ihrer spezifischen Verbindung zu Grundfreiheitsrechten herangezogen, um dadurch Rechte von Unionsbürgern und – wie beispielsweise im Carpenter-Fall – derivativ berechtigten Drittstaatlern gegen den jeweiligen Unionsmitgliedstaat zu stärken.[1276] Während jedoch die in der Carpenter-Entscheidung zum Ausdruck kommende Verknüpfung von Grundfreiheits- und Grundrechten eine begrüßenswerte Entwicklung ist, da sie den Freiheitsgrad der Unionsbürger erhöht und bspw. gegen regressive mitgliedsstaatliche Nachzugsregeln für Familienangehörige gerichtet ist, führt die Schutzpflichtkreisverdopplung durch den EuGH in ein aus den Nationalstaaten bekanntes Problem: Praktische Konkordanz, Wertebalancierung, Interessenabwägung.[1277]

a. Probleme des europäischen Abwägungspragmatismus Die Probleme des Abwägungspragmatismus gewinnen hierbei im europäischen Rechtsraum dadurch an zusätzlicher Brisanz, dass im Bereich der europäischen Grundrechte eine unspezifische und undifferenzierte Schrankensystematik vorherrscht. Eine inhaltliche Konturierung der unionalen Grundrechte ist vor dem Hintergrund der bislang verworrenen Textsituation eine ganz spezielle hypertextuelle Arbeitsleistung, die zwischen Bezugnahmen auf die EMRK, gemeineuropäisches Verfassungsrecht und die Grundrechte-Charta changiert. Die Grundrechtsdogmatik selbst ist im unionalen Rechtsrahmen schwach ausgeprägt. Der EuGH sucht, die von ihm durchgeführten Abwägungsprozesse

[1274] EuGH, Rs. C-265/95, Kommission gegen Frankreich, 9.12.1997, Slg. 1997, I-6959, Rdn. 66.

[1275] Aus der deutschen Literatur: *Dierk Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre, Berlin 2001; *Peter Szcekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion, Berlin 2002, S. 549 ff.; *Liv Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001, S. 194 ff.; *Joachim Suerbaum*, Die Schutzpflichtendimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 38 (2003), S. 390 ff.

[1276] EuGH, Rs. C-60/00, Carpenter, hierzu: *Andreas Fischer-Lescano*, Nachzugsrechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern deutscher Unionsbürger, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 25 (2005), S. 288 ff.

[1277] *Armin von Bogdandy*, The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union, Common Market Law Review 37 (2000), S. 1307 ff. (1332 ff.), hält dies für unausweichlich, weshalb er eine gewisse Grundrechtszurückhaltung einfordert.

im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu systematisieren.[1278] Wegen der unklaren Schrankensystematik ist im Europarecht ein unmittelbarer Zugang zur Werte- und Prinzipienabwägung möglich, der textlich verankerte Einschränkungen im Hinblick auf nicht abwägungsfähige Güter nicht vorsieht. Selbst wenn die Grundrechte-Charta rechtsverbindlich werden sollte, änderte sich daran nichts. Denn die Charta sieht in ihrem Art. 52 Abs. 1 vor: "Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den wesentlichen Gehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen." Einzelne Durchbrechungen, wie Art. 8 Abs. 2 Grundrechte-Charta, der nur besonders qualifizierte Eingriffe in das Recht auf Datenschutz vorsieht, unbeachtet, heißt das, dass es vorbehaltslose Grundrechte im unionalen Recht nicht geben wird.

Die Europarechtslehre verwehrt sich hierbei gegen Kritik,[1279] die an der textlichen Festschreibung von Hybridisierungstechniken geübt wird: "This critique appears largely unfounded, because the 'specific requirements' approach has not worked properly. In German constitutional practice and scholarship it has been almost completely abandoned as simply impracticable."[1280] Angesichts der Entwicklung, die die Rechtsprechung des EuGH genommen habe, sei es im Prinzip unausweichlich, dass die Grundrechtsjudikatur des EuGH weiter zunehme und klare Konturen erst im Rahmen eines *case law* selbst hervorbringen könne: "Since there are almost no human rights which prohibit any form of intrusion, the crucial question is that of striking the correct balance between competing objectives: the interests which are protected by the human right on the one hand, the interests furthered by the public policy on the other [...] The decision about the necessary means in order to realize a particular policy aim, and even more so the balancing of competing public and private interests, mainly consists in value judgements not determined by legal norms."[1281] "The current construction of fundamental rights extends their scope to almost any legitimate interest or activity, with the consequence that an intrusion is possible for almost any public or competing private interest. This approach, the one chosen by the ECJ, construes human rights broadly, and considers almost any legitimate private interest and behaviour as protected

[1278] Hierzu: *Eckhard Pache*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der EG, NVwZ 1999, S. 1033 ff.

[1279] Zu kritschen Stimmen siehe beispielsweise: *Markus Kenntner*, Die Schrankenbestimmungen der EU-Grundrechtecharta – Grundrechte ohne Schutzwirkung?, ZRP 2000, S. 423 ff. (424 f.).

[1280] *Armin von Bogdandy*, The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union, Common Market Law Review 37 (2000), S. 1307 ff. (1332).

[1281] Ebd., S. 1324; in FN 84 (ebd.) findet sich der Hinweis: "That is a standard insight of legal theory [...] The most important tool comes from the case law of the courts. The question here is to what extent the ECJ should develop such a human rights case law."

by human rights. In the end, this leads to the consequence that there is a basic human right to free activity which can be encroached on for any reasonable and proportionate policy grounds."[1282]

In der Tat ist nun das Desillusionierende an der Art und Weise der Emergenz von Grundrechtsregeln im unionalen Recht nicht, dass hier eine falsche Methodik am Werk ist, die die Systematik aus Eingriff, Schranke, Schranken-Schranke und Wesensgehalt nur etwas deutlicher festzurren müsste, um zu berechenbaren und demokratisch rückbindbaren Ergebnissen zu gelangen. Der von der Lehre beförderte Konstruktionsmangel ist ein anderer: Anstelle den Versuch zu unternehmen, durch die Entwicklung von Reflexionstheorien eine gesellschaftliche Rückbindung der Rechtsprechung zu konzeptionieren, treten europäische Grundrechtstheoretiker für eine vertikal holistische Werte-, Prinzipien- und Interessenbalancierung ein. Eine in Rechtstexten verankerbare Argumentation, die der Kritik an hierarchischen Holismen dienen könnte, wird es dann schwer haben, argumentative Grundlagen zu finden.

Die Erwägungen, die im Schrifttum als Argument für eine Operationalisierung des genannten Abwägungsmechanismus zwischen Grundfreiheits- und Grundrechtsschutzpflichten dienen, manifestieren hierbei, wie durch ein fehlendes Verständnis für den konkret zur Entscheidung stehenden gesellschaftlichen Konflikt gepaart mit einer Affinität zum etatistischen Reduktionismus die Rechtspraxis in eine vertikal holistische Technik und damit in falsche Fragestellungen geführt wird.[1283] Ausgangspunkt für die Entscheidung zur Schutzpflichtlehre ist beispielsweise für Thorsten Kingreen, dass die Grundfreiheiten nicht auf die Verpflichtung von Privatpersonen zugeschnitten seien. "Wenn man der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft überhaupt noch einen Sinn abgewinnen kann, dann doch wohl den, dass an die Grundfreiheit gebundene Personen in der Rechtfertigungsprüfung keine Kompetenz haben, eigene Verhaltensweisen mit dem Hinweis auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu rechtfertigen."[1284] Die Vehemenz des Dann-doch-wohl-den zeigt, dass diese Argumentation ihren gesellschaftstheoretischen blinden Fleck nur mit höchster Auto- und Heterosuggestionskraft invisibilisieren kann: Das Konzept der Trennung von Staat und Gesellschaft, das im Staat das repräsentative Entscheidungszentrum für alle Gesellschaftsbereiche sieht, ist genauso überholt, wie die Normproposition, dass irgendeine Rechtsperson, sei es der Staat, sei es

[1282] Ebd., S. 1332.

[1283] Siehe exemplarisch die Arbeiten von *Thorsten Kingreen*, Art. 6 Abs. 1 u. 2 EUV (Verfassungsprinzipien, Gemeinschaftsgrundrechte), in: *Christian Calliess/ Matthias Ruffert* (Hrg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., Neuwied 2002, S. 54 ff.; *ders.*, Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 195 ff.; *ders.*, Grundfreiheiten, in: *Armin von Bogdandy* (Hrg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin u. a. 2003, S. 631 ff. (678 ff.) und *Jürgen Kühling*, Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 379 ff.; *ders.*, Grundrechte, in: *Armin von Bogdandy* (Hrg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin u. a. 2003, S. 583 ff. (602 f.); siehe auch: *Martin Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantenpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, S. 327 ff.

[1284] *Thorsten Kingreen*, Grundfreiheiten, in: *Armin von Bogdandy* (Hrg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin u. a. 2003, S. 631 ff. (680).

die EU,[1285] sei es eine Privatrechtsperson, Verhaltensweisen unter dem bloßen Hinweis auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung rechtfertigen könnte. Die Rechtfertigungsmöglichkeit durch selbstprogrammierte Rechtfertigungsgründe ist ein vorkonstitutioneller Kerngedanke, den Carl Schmitt als Institutsgarantie verstand, gegen rechtliche Einhegung zu schützen suchte und mit seiner These des Ausnahmezustandes versehen als extrakonstitutionelle Rechtsausübung dignisierte.[1286] Die Übertragung dieses Gedankens mag angesichts der unklaren Schrankensystematik im unionalen Recht nahe liegen, denn die funktionale Äquivalenz solch formalisierter Deformalisierungen des Gesetzesvorbehalts hinsichtlich der Eingrenzung von Eingriffsrechtfertigungsgründen liegt auf der Hand. Im Grundsatz ist aber das, was den modernen Rechtsstaat von der vorkonstitutionellen Ordnung unterscheidet, gerade, dass kein Akteur, auch nicht der Staat, unter Hinweis auf "Sicherheit und Ordnung", "Staatsräson" und "Gemeinschaftsgüter" eigenes Verhalten rechtfertigen kann, wenn es für diese Rechtfertigung keine Rechtsgrundlage gibt. Gerade diese Rechtsbindung desavouiert nun aber die Schutzpflichtenlehre, indem sie über den Abwehrrechte zu Eingriffspflichten umdeutet und sich somit rein selbstbezüglich aus Kompetenzzuweisungen über Sachgebiete grundrechtliche Eingriffstitel schafft.

Hingegen entstehen im Prozess der horizontalen Konstitutionalisierung zwar privatrechtliche Responsivitätspflichten. Wann diese jedoch in konkrete subjektive Reflexrechte erwachsen, ist Teil eines gesellschaftlichen Rechtfertigungsprozesses.[1287] Das Gegenteil von Kingreens Dann-doch-wohl-den ist daher richtig.

b. Prohibitions- und Pönalisierungstendenzen Das Schutzpflichtkonzept, so ist in der Literatur zu lesen, öffnet die Möglichkeit, aus Grundrechten und Grundfreiheiten Schutzpflichten "in spezifischen Fällen zu konkreten Handlungspflichten [zu] verdichten und dann mit entsprechenden Rechten des Individuums auf hoheitliches Tätigwerden" zu korrelieren.[1288]

Als der EuGH im Fall der französischen Bauernproteste die französischen Behörden, die den durch die Proteste Geschädigten bereits zivilrechtliche Restitutionsleistungen gewährt hatten, dafür gerügt hat, dass sie Prohibitions- und Pönalisierungspflichten vernachlässigt hätten, hat er sich ganz im Rahmen dieser Lehre der Grundrechtskollisionsbearbeitung bewegt: "[50] Gleichwohl wurde

[1285] Gerade hier müsste man sich fragen, aus welchen konkreten Norm eine umfassende Kompetenzübertragung zur Sicherung von Sicherheit und Ordnung im unionalen Recht herleitbar wäre. Aus Art. 29 EUV ergibt sich wohl das Gegenteil.

[1286] *Carl Schmitt*, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 1 (1924), S. 63 ff.; siehe hierzu auch die Entscheidung des BVerfG im NPD-Verfahren: BVerfG, 2 BvB 1/01, 18.3.2003, Rdn. 138.

[1287] Hierzu: *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006.

[1288] *Jürgen Kühling*, Grundrechte, in: *Armin von Bogdandy* (Hrg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin u. a. 2003, S. 583 ff. (602); vgl. auch *Astrid Epiney*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrg.), EUV/EGV Baden-Baden 1999, Art. 28 EGV, Rdn. 47 f.

unstreitig nur eine ganz kleine Zahl der an diesen schweren Störungen der öffentlichen Ordnung beteiligten Personen ermittelt und verfolgt. [51] So konnten die französischen Behörden hinsichtlich der zahlreichen Sachbeschädigungen, die von April bis August 1993 begangen wurden, nur einen einzigen Fall strafrechtlicher Verfolgung angeben. [52] Ohne die Schwierigkeiten der zuständigen Behörden bei der Bewältigung von Situationen der hier in Rede stehenden Art zu verkennen, ist somit festzustellen, daß die Maßnahmen, die die französische Regierung getroffen hat, angesichts der Häufigkeit und Schwere der von der Kommission aufgeführten Vorfälle offenkundig nicht ausreichten, um den freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen in ihrem Gebiet dadurch zu gewährleisten, daß sie die Urheber der fraglichen Zuwiderhandlungen wirksam an deren Begehung und Wiederholung hinderten und sie davon abschreckten."[1289]

Zwar hat der EuGH im Brennerpassfall die Grundrechtsschutzpflicht gegenüber der Grundfreiheitsschutzpflicht den Vorrang gegeben, allerdings ist der Abwägungsvorgang, den das Gericht im Brennerpassfall durchgeführt hat, bezeichnend dafür, dass das Gericht in der Tradition der Bauernprotestentscheidung als "Kerntest" im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Frage ansetzt, ob die Ausübung von Kommunikationsfreiheitsrechten eine "allgemeine Atmosphäre der Unsicherheit schuf, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig ausgewirkt hätte".[1290] Als Abwägungsposten werden sodann zwei Faktoren angeführt, die die unionale Kommunikationsfreiheit nachdrücklich unter Dauervorbehalt stellt: (1) Das Gericht rekurriert auf den "Zweck" des Verhaltens, indem es in der Brennerpassentscheidung als Abgrenzung von der Bauernprotestentscheidung anführt, dass "die Demonstranten in der Rechtssache Kommission/Frankreich eindeutig den Zweck verfolgt [haben], den Verkehr mit bestimmten Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten als der Französischen Republik zu unterbinden".[1291] Und (2) anerkennt der EuGH, dass die Ausübung von Meinungs- und Versammlungsfreiheit Einschränkungen unterworfen werden kann, "sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den mit den Beschränkungen verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die geschützten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet."[1292]

Beide Formeln bewirken eine Relativierung kommunikativer Grundrechte. Es kommt hinzu: "Die Grenzen zwischen einer noch legitimen Demonstration, die zu Beeinträchtigungen des Straßenverkehrs führt, und einer strafbaren Nötigung sind fließend".[1293] Wie der EuGH in der Entscheidung anlässlich der

[1289] EuGH, Rs. C-265/95, 9.12.1997, Rdn. 50 ff.
[1290] EuGH, Rs. C-112/00, 12.6.2003, Rdn. 88.
[1291] EuGH, Rs. C-112/00, 12.6.2003, Rdn. 94.
[1292] EuGH, Rs. C-112/00, 12.6.2003, Rdn. 80.
[1293] *Stefan Kadelbach/Niels Petersen*, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkungen zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade), EuGRZ 2003, S. 693 ff. (696).

Bauernproteste deutlich gemacht hat, geht er bei bestimmten Maßnahmen von einer Pönalisierungspflicht aus. Eine solche Argumentation führt indes in eine autolegitimierende Regressschleife, die die Paradoxie "es ist nicht erlaubt, was verboten ist" von der Innenseite der Unterscheidung aus administriert. Auch wenn das Gericht mehr Sympathien für die Demonstrationen am Brennerpass als für die französischen Bauern aufbrachte, bestätigt die Bennerpassentscheidung die Rechtsprechungslinie des EuGH und führt im Ergebnis dazu, dass das Gericht den Mitgliedstaaten nicht nur Restitutions- und Strafpflichten sondern auch den Erlass inhaltlicher Verbotsnormen auferlegt: "One could imagine a situation where a Member State is required to adopt laws prohibiting certain behaviour. But what must be prohibited? To give a hypothetical example: would a vivid and effective private campaign for a Greek consumer boycott of Danish goat cheese be acceptable? If not, are there any measures, less restrictive than a prohibition of the campaign, a Member Sate could fulfil its obligations under Arts 10 and 28 EC?"[1294] Unter Zugrundelegung eines starken Schutzpflichtkonzeptes kann der EuGH Mitgliedstaaten zur Unterbindung von Kritik an der Wirtschafts- und Sozialordnung der EU verpflichten, wenn diese Kritik die freien Handelsströme behindert. Auch eine mögliche deeskalative Ausrichtung von nationalen Polizeikonzepten kann als europarechtswidrig abgeurteilt werden, genauso wie das Gericht das Vorbringen der französischen Regierung im Fall der Bauernproteste nicht berücksichtigte, dass die Lage der französischen Landwirte so schwierig gewesen sei, dass Anlass zu der Befürchtung bestanden habe, bei entschiedenerem Vorgehen der zuständigen Behörden könne es zu gewalttätigen Reaktionen der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, verbunden mit noch schwereren Angriffen auf die öffentliche Ordnung oder gar sozialen Unruhen, kommen.[1295]

Kurzum: Die Schutzpflichtgenerierung, die den Mitgliedstaaten aufgibt, im Fall der Herbeiführung einer allgemeinen Atmosphäre der Unsicherheit, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig ausgewirkt, den freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr in ihrem Gebiet dadurch zu gewährleisten, dass sie die Urheber von Zuwiderhandlungen wirksam an deren Begehung und Wiederholung hindern und davon abschreckten, ist konturenlos. Sie eignet sich "hervorragend zum 'topisch' fliegenden Einsatz an Stellen, wo mit Grundrechtsverwirklichung verbundene soziale Veränderungen zu befürchten und zu verhindern sind."[1296] Und in der Tat: Wie die Entscheidung Buy Irish vorführt, fasst der EuGH auch rein (in diesem Fall staatliche) kommunikative Maßnahmen, sofern sie beschränkende Wirkung entfalten, als Verletzung von Grundfreiheiten auf.[1297] Die im Brennerpassfall durchgeführte Schutzpflichtenabwägung hat ihn an dieser Stelle zu einer Formel geführt, die in der Konsequenz dazu führen kann, dass Mitgliedstaaten verpflichtet sind, kritische Auseinandersetzungen

[1294] *Felix Ronkes Agerbeek*, Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the Schmidberger case, European Law Review 29 (2004), S. 255 f. (260).
[1295] EuGH, Rs. C-265/95, Rdn. 54.
[1296] *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 91.
[1297] EuGH, Buy Irish, 24.11.1982, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005 ff.

über die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung Europas zu unterbinden, wenn diese zu einer allgemeinen Atmosphäre der Unsicherheit und damit zu einer Einschränkung der Grundfreiheitsrechte führen.[1298]

An dieser Stelle ist zu befürchten, dass die freiheitseinschränkenden Folgen des Schutzpflichtkonzepts auf europäischer Ebene noch sehr viel dramatischer sein könnten, als dies in der Rechtsordnung der Bundesrepublik der Fall ist: Denn die Ausdifferenzierung der Rechtsprechungsfunktion auf europäischer Ebene, im vorliegenden Zusammenhang interessieren vor allem die Instaurationen von EGMR und EuGH,[1299] folgt zu einem beachtlichen Teil der traditionellen völkerrechtlichen Mediatisierungslogik. Das in Art. 226 EuGH normierte Vertragsverletzungsverfahren ist Ausfluss dieses Gedanken, genauso wie Art. 33 der EMRK, der das Verfahren der Staatenbeschwerde regelt. Auch wenn in zunehmendem Maße und begrüßenswerter Weise Individualbeschwerdeverfahren errichtet wurden, führen diese regelmäßig in die prozessuale Konstellation individueller Kläger gegen staatliche Rechtsperson. Von der Grundrechtstheorie fehlgeleitete, nicht prozedural argumentierende, statt kollidierender gesellschaftlicher Handlungslogiken subjektive Rechte und Pflichten einander in Beziehung setzende Spruchkörper laufen in dieser Situation Gefahr, die prozessuale Einkleidung überzubewerten und am gesellschaftlichen Realkonflikt vorbeizujudizieren. Das institutionelle Gefüge der europäischen Gerichtsbarkeit, insbesondere das Kooperationsverhältnis von EuGH und EGMR, der ebenfalls ein starkes Schutzpflichtkonzept verwendet,[1300] lässt damit, verbunden mit den Möglichkeiten des *forum shopping,*[1301] eine weitere Intensivierung der

[1298] Auch der Versuch, Schutzpflichten mit Kompetenztiteln dergestalt zu koppeln, dass unionsrechtlich gebotene Schutzpflichten nur dann entstehen können, wenn für das zu schützende Rechtsgut ein Kompetenztitel vorhanden ist (wie bei *Thomas Kingreen*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrg), EUV/EGV, Baden-Baden 1999, Art. 6 EUV, Rdn. 48 u. 70), enthält einen wirkungslosen Pleonasmus. Denn der EuGH kann Grundrechte ohnehin nur dann zur Anwendung bringen, wenn der Anwendungsbereich des unionalen Rechts eröffnet ist.

[1299] Zur Entwicklung auf europäischer Ebene Spruchkörper nach Art. 225c EGV einzurichten siehe: *Nikolaos Lavranos*, The new specialised courts within the European judicial system, European Law Review 30 (2005), S. 261 ff.

[1300] Siehe zum Beispiel die Entscheidung im Caroline-Fall, in der das Gericht einen Verstoß der Bundesrepublik gegen Art. 8 EMRK mit der Begründung feststellt: "As the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life" (EGMR, von Hannover v. Germany, 59320/00, 24.6.2004, Rdn. 76). Hierzu: *Hubertus Gersdorf*, Caroline-Urteil des EGMR – Bedrohung nationaler Medienordnungen, AfP 36 (2005), S. 221 ff.; *Peter Tettinger*, Steine aus dem Glashaus, JZ 2004, S. 1144 ff.

[1301] Zum Begriff: *Lawrence Helfer*, Forum Shopping For Human Rights University of Pennsylvania Law Review 148 (1999), S. 285 ff. (288): "What I define as forum shopping is not limited to an individual petitioner's strategic choice to litigate her claims in one of several available adjudicatory fora. It also encompasses other consequential choices engendered by the concurrent, overlapping jurisdiction of human rights treaties and tribunals, including attempts by petitioners to litigate identical or related claims in multiple fora at the same time, and attempts to engage in sequential litigation of claims. As explained more fully below, I

für die Kompatibilisierung von Rationalitätenkollisionen dysfunktionalen Schutzpflichtstandards erwarten. Die sicher gut gemeinte Kollisionsregel in Art. 53 der Grundrechte-Charta, mit der der Konvent der europäischen Rechtspraxis aufgeben möchte, dass der "durch die Charta gewährleistete Schutz [...] unter keinen Umständen geringer als der durch die EMRK gewährte Schutz sein" darf,[1302] klingt dann schon fast wie eine Drohung, wenn es nicht gelingt, die etatistische Schutzpflichtlehre in ein prozedurales Modell zu überführen, das die Inkorporation eines Hobbes'schen Sicherheitsverständnisses durch die rechtliche Regelung der Möglichkeitsbedingungen des beschleunigten gesellschaftlichen Wandels substituiert.[1303]

2. Reflexives Kollisionsrecht: Selbstbegrenzungen der Matrices

Die Suche nach einer Alternative kann bei der grundfreiheitsbezogenen Rechtsprechung des EuGH selbst ansetzen. In einer ganzen Reihe von Entscheidungen hat das Gericht eine auch horizontale Grundfreiheitswirkung anerkannt.[1304] So hat es beispielsweise in der Bosman-Entscheidung unter Berufung auf die Entscheidung Walrave festgestellt, "daß die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, daß nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen".[1305] Wie vom EuGH in der Entscheidung Angonese weiter präzisiert, soll dies nicht nur für Kollektivregelungen gelten, sondern für "alle Verträge zwischen Privatpersonen", sowohl im Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots als auch hinsichtlich Art. 48 EG.[1306] Der Literatur, die bei der Einordnung der Privatwirkung zusätzliche Kriterien wie "soziale Macht", "intermediäre Gewalt", "quasi-staatliche Private" hinsichtlich des inkriminierten Verhaltens zu generieren suchte, sind insofern die Anhaltspunkte in der Judikatur des Gerichts genommen.[1307] Die der Rechtsprechung des EuGH unterliegende Logik ist vielmehr eine rechtspluralistische und geht richtig davon aus, dass etatistische Normsetzung nur eine Form der Transformation des rechtlichen Geltungssymbols unter vielen ist.

---

refer to these three distinct activities as 'choice of tribunal forum shopping,' 'simultaneous petition forum shopping,' and 'successive petition forum shopping.'"

[1302] Erläuterungen des Konvents, CHARTE 4473/00 v. 11.10.2000, S. 50.

[1303] *Thomas Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, Baden-Baden 1997, S. 105 ff.

[1304] Siehe nur EuGH, Rs. C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg. 2000, I-2681, Rdn. 47 ff.; ausführlich zu dieser Rechtsprechungslinie: *Kara Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005, S. 25 ff.; siehe auch: *Ted Oliver Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, Berlin 2000, S. 33 ff.; *Jukka Snell*, Private Parties and the Free Movement of Goods, in: *Mads Andenas/Wulf-Henning Roth* (Hrg.), Services and Free Movement in EU Law, Oxford 2002, S. 211 ff.

[1305] EuGH, Bosman, 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921**,** Rdn. 83; EuGH, Walrave, 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rdn. 18.

[1306] EuGH, Angonese, 6.6.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rdn. 34.

[1307] So auch *Kara Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005, S. 60, m.w.N.

Als Bedingungsvoraussetzung einer angemessenen Reformulierbarkeit gesellschaftlicher Konflikte in die *quaestio iuris* wäre hier anzusetzen und ferner zu fordern, dass die Rechtspraxis für die im Fall der Kollision zwischen Warenverkehrsfreiheits- und Kommunikationsfreiheitsrechten einschlägige Norm des Art. 28 EGV das oben skizzierte Argument nachvollzieht, das unter Bezug auf Ludwig Raiser und Hans Kelsen für eine Abkehr vom starren Modell einer Abwägung von subjektiven Rechten subjektiver Rechtsträger eintritt. Statt der Reproduktion von Güterabwägungen geht es dann darum, subjektive Reflexrechte und -pflichten an funktional wirksamen Stellen anonym gehaltener Verpflichtungen anzuheften und eine rechtliche Selbstbegrenzung der wirtschaftsrationalen Matrix zu stabilisieren. Hier führt das zur Forderung, dass die sich entwickelnde europäische Grundrechtsdogmatik die vom EuGH praktizierte rechtspluralistische Konzeption durch eine Abkehr von der etatistischen Inbezugsetzung von Kommunikationsfreiheitsrechten komplementiert. So könnte der in der Entscheidung Schmidberger zum Ausdruck kommende Realkonflikt freigelegt werden: *Anlässlich kommunikativer Auseinandersetzung um menschen- und umweltgerechte Wirtschaftskonzeptionen kollidieren wirtschaftliche Gesichtspunkte eines ungehinderten Warentransportes mit personalen Kommunikationsrechten.*

Die zentrale Bedeutung der Kommunikationsfreiheit für freiheitlich demokratische Ordnungen gebietet, dass der EuGH sich der Frage nach Inkompatibilitätsnormen in der Kollision von Wirtschafts- und Kommunikationsrechten differenzierter nähern muss als durch die Generierung staatlicher Pönalisierungspflichten für kommunikative Akteure, die sich der wirtschaftsrationalen Logik nicht fügen wollen. Mit anderen Worten, die Rechtswidrigkeit von konkreten Protestmaßnahmen unter den Gesichtspunkten körperlicher Integritätsrechte ist eine Frage, eine andere ist die vom EuGH anlässlich des Schmidberger Falls entschiedene Problematik: Unter welchen Umständen sind Teilnahmen an kommunikativen Auseinandersetzungen, in welcher Form auch immer – als Demonstration, in Schriftform, in Diskussionen etc. –, als rechtswidrige Behinderungen des freien Warenverkehrs anzusehen. Das verändert den Blickwinkel, weil es dann unter keinen Umständen auf Ziel und Zweck der kommunikativen Auseinandersetzungen ankommen darf. Für die beiden vom EuGH unter Bezug auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit entschiedenen Fälle bedeutet das, dass Behinderungen des Warenverkehrs unter Anwendung physischer Gewalt einen rechtswidrigen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellten können. Dies ist in der Schutzdimension personaler Kommunikationsfreiheit jedoch in mehrfacher Hinsicht zu präzisieren:

- Gewaltfreie Kommunikationsakte sind wirtschaftsrationalem Verhalten gegenüber unmittelbar vorrangig, weshalb Behinderungen des Warenverkehrs, die durch Einsatz physischer Gewalt verursacht sind, keinen Schutz beanspruchen können. Im Hinblick auf Artikel 2 der VO 2679/98[1308], nach dem die Ausübung der in den Mitgliedstaaten

[1308] Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. Dezember 1998 über das Funktionieren

anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik, nicht beeinträchtigt werden dürfen, ist zu ergänzen, dass dies auch für die Beachtung der unionalen Grundrechte gelten muss.

- Die als unionales Grundrecht gesicherte Kommunikationsfreiheit fordert *in ihrer personalen Dimension,*[1309] dass private Kommunikationsakte, die sich gewaltfrei für Belange einsetzen, die die Warenverkehrsfreiheit in welcher Form auch immer, beeinträchtigen können oder dies beabsichtigen, unter keinen Umständen als Verletzungen der Warenverkehrsfreiheit zu werten sind. Sowohl die Frage nach dem Zweck der Kommunikation als auch die vom EuGH genannte "Atmosphäre der Unsicherheit" für den Warenhandel in der EU scheiden als Rechtfertigungsmöglichkeiten für Einschränkungen der Kommunikationsfreiheiten aus.

- Eine auf die Beeinflussung des unionalen bzw. mitgliedstaatlichen Meinungsbildungsprozesses gerichtete Prohibitions- und Pönalisierungspflichten für Akte, die als Ausübung des Grundrechts auf personale Kommunikationsfreiheit einzustufen sind und die durch diese Ausübung die Warenfreiheit behindern können, kann nicht generiert werden. Denn "weil jedes Grundrecht nur die Freiheit eines konkreten sozialen Feldes organisiert, [ist] kein Grundrecht eine dieses Feld überschießende Freiheit zu gewähren imstande".[1310]

Eine solche Formulierung der Kollisionsproblematik fasst kommunikative Grundrechte als Möglichkeitsbedingung für die Selbstkonstituierung des Individuums und eine demokratische Öffentlichkeit. Sie verhindert, dass die Eigenrationalitätsmaximierung der Wirtschaftsrationalität alle anderen Sektoren der Gesellschaft usurpieren kann, schreibt soziale Responsivitätspflichten in die europäische Wirtschaftsverfassung ein und formuliert mittels Reflexrechten in Form subjektiver Klagerechte bei Verletzung der personalen Kommunikationsfreiheit[1311] justiziabel gestaltete Rechtsgrenzen für die wirtschaftsrationale Matrix,[1312] um die öffentlichen Kommunikationsräume für einen Meinungskampf zugänglich zu halten.[1313] Das Versammlungsrecht

---

des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. L 337, v. 12.12.1998, S. 8 f.

[1309] Zu den weitergehenden Prozeduralisierungspflichten im Hinblick auf die institutionelle Dimension des Grundrechts, siehe: *Thomas Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven, Baden-Baden 1997; *ders.*, Das Rundfunkrecht vor den Herausforderungen der Logik der Vernetzung. Überlegungen zu einer horizontalen Rundfunkordnung für die Ökonomie der Aufmerksamkeit, Medien & Kommunikationswissenschaft 2001, S. 287 ff.

[1310] *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 78.

[1311] *Irmgard Wetter*, Die Grundrechtecharta des Europäischen Gerichtshofs, Bonn 1998, S. 102; *Astrid Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, Kehl am Rhein 1990, S. 44.

[1312] "Daß Individuen ihre Rechte im Rechtswege durchsetzen und staatliche Eingriffe wirksam bekämpfen können, ist vielmehr ein wesentlicher rechtstechnischer Behelf für die Aufrechterhaltung der institutionellen Trennung von öffentlicher Meinung und politischem System." (*Niklas Luhmann*, Meinungsfreiheit, öffentliche Meinung, Demokratie, in: *Ernst-Joachim Lampe* (Hrg.), Meinungsfreiheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1998, S. 99 ff. (102).

[1313] So formuliert ist im Ergebnis – aber nicht in der Herleitung – auch der Entscheidung des

verhindert dabei u.a., dass Unionsbürger auf einen *homo oeconomicus* reduziert werden und ermöglicht, dass sie ihren Protest an Orten und in Formen sichtbar machen können, die einen klaren Bezug zum Demonstrationsgegenstand haben. Diese Ausgestaltungen von Meinungs- und Versammlungsfreiheit wirken Tendenzen entgegen, die europäische Grundrechte und -freiheiten als starre Garantie der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung missverstehen. Sie garantieren, dass diese unionale Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung zur Disposition des demokratischen Prozesses besteht und vermeiden eine rechtlich erzwungene Tabuisierung der Lebens- und Umweltbedingungen der vom freien Warenhandel Betroffenen. Gerade angesichts der schwierigen Bedingungen einer gesamteuropäischen Öffentlichkeit, halten die Kommunikationsfreiheiten so die Chance offen, durch die Politisierung einzelner Konflikte, das Verständnis von Europa auch als politischen Raum zu konsolidieren. Denn letztlich reproduziert sich das politische Funktionssystem, auch ein segmentär differenziertes, nur durch Kommunikationen, die dazu dienen, kollektiv bindende Entscheidungen durch Testen und Verdichten ihrer Konsenschancen vorzubereiten und zu vollziehen.[1314]

Zusammenfassung: Inkommensurabilitäten der Kommunikationsmatrices

Wenn man, wie die vorangegangene Untersuchung den rechtlichen Blick auf das Ganze problematisiert und diese Perspektive in der Frage der horizontalen Wirkung deutscher und europäischer Grundrechte kulminieren lässt, zeigt sich, dass die Selbstbeschreibung des Sozialsystems Rechts hinter seiner Praxis zurückbleibt. In diesem Abstand, so insistieren pragmatische Ansätze, liegt der Ansatzpunkt für die Wissenschaft und diesen Abstand von rechtlicher Selbstbeschreibung und Rechtspraxis gilt es zu verringern, insbesondere im Hinblick darauf, dass das, was gerichtlich produzierte Texte sagen, hinter dem zurück bleibt, was die Texte tun. Besonders eklatant ist dieser Abstand bei der Wirkung der Grundrechte im Privatrecht. Die Standardbegründung arbeitet mit dem Doppelcharakter der Grundrechte. In ihrer ganzen Bandbreite sollen sie subjektive Abwehrrechte gegen den Staat und nur in ihrem nicht austauschbaren Kernbereich objektive Wertentscheidungen sein. Als subjektive Rechte sollen sie im Zivilrecht nicht gelten. Aber als objektive Wertentscheidungen weist man ihnen eine Rolle bei der Auslegung priva-

Bundesverfassungsgerichts im Fall Lüth (BVerfGE 7, 198 ff.) zuzustimmen. Der Generalvorbehalt unter den das Gericht die Meinungsfreiheit stellt, ist allerdings durch eine Inkompatibilitätsnorm zwischen Kommunikationsfreiheit und wirtschaftsrationalem Handeln zu ersetzen.

[1314] *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, S. 254.

trechtlicher Generalklauseln zu. Die Entscheidungspraxis hat diese Theorie längst überschritten. Heute gelten die Grundrechte im Zivilrecht als gerichtlich durchsetzbare subjektive Rechte. Sie werden bei der systematischen Auslegung jeder auch noch so bestimmten Zivilrechtsnorm angewendet, und zwar weit über den Wertentscheidungskern hinaus in ihrer ganzen Bandbreite. In gewissen Fällen können sie sogar zu Anspruchsgrundlagen werden.

Der große Abstand zwischen der Theorie und der Praxis ist vor allem deswegen problematisch, weil auf diesem Bereich neue Herausforderungen zukommen. Durch die Vergemeinschaftung Europas und die generelle Tendenz der Globalisierung haben sich die wirtschaftlichen Beziehungen auf internationaler Ebene ungeheuer verstärkt, während rechtliche Regelungen noch hinterher hinken. Gleichzeitig wächst mit dem Prozess der Pluralisierung und Fragmentierung in der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit von Konflikten. Das Lösungspotential für diese Konflikte wird aber geringer, weil mit zunehmender gesellschaftlicher Ausdifferenzierung gemeinsame und selbstverständliche Rahmen für die Definition und Bearbeitung von Problemen fehlen. Auf diese Lage reagiert der Begriff der Regimekollision. Er will sichtbar machen, dass in der Form von Grundrechtskonflikten mehr enthalten sein kann, als der Gegensatz individueller Interessen. In bestimmten Konstellationen prallen vielmehr die Logiken ganzer Sozialsysteme aufeinander, wie bei Kollisionen von Pressefreiheit und Gewerbebetrieb, Kunst und Religion, Forschung und Wirtschaft etc. In dieser Situation fehlen dann aufgrund der jeweils unterschiedlichen Codierung nicht nur gemeinsame Programme, sondern häufig schon eine gemeinsame Sprache zur Artikulation des Problems. Ein solcher Widerstreit gegensätzlicher sozialer Logiken wirft die ganz grundsätzliche Frage auf, ob und wie das Recht mit Unverträglichkeit oder Inkommensurabilität umgehen kann.

Diese Situation hat uns veranlasst, den Abstand zwischen Theorie und Praxis der horizontalen Wirkung von Grundrechten erneut zu thematisieren mit der Fragestellung, welche Möglichkeiten das Recht für die Bearbeitung von Inkommensurabilität zur Verfügung stellen kann. Im Rahmen der herkömmlichen Lehre gilt Unverträglichkeit als vordergründiges Phänomen, das nur entstehen kann, solange man den einzelnen Konflikt isoliert betrachtet. Wenn man dagegen die kollidierenden Rechtspositionen auf die dahinterstehenden Prinzipien zurückführe, könne über den Rechtsbegriff bzw. das Menschenbild des Grundgesetzes das Gewicht der jeweiligen Position im Rahmen des Ganzen des Rechts bestimmt werden. Über die methodische Figur der Abwägung könne man ohne Beteiligung der Parteien und eigentlich auch ohne ein Verfahren allein im Wege der Rechtserkenntnis jeder der beteiligten Positionen ihren Platz zuweisen. Diese hegemoniale Selbstbeschreibung wurde zunächst im Staatsrecht von Smend und Dürig skizziert, von der Wertungsjurisprudenz zu einem umfassenden methodischen Modell fortentwickelt und von Robert Alexy lediglich in eine nüchterne Sprache gebracht, wonach man Argumentation und Verfahren jetzt immerhin eine didaktische Rolle für die Hinführung zum Rechtsbegriff zuweisen kann. Inkommensurabilität wird in diesen Ansätzen überwiesen an die Einheit der Rechtsordnung, dort kommensurabel gemacht, dann über die Abwä-

gung einer Lösung zugeführt und schließlich als Rechtserkenntnis vom Richter verkündet. Es handelt sich um ein divisionales Konzept, welches dem Einzelnen vom Ganzen her seinen vorgeordneten Platz im Ganzen des Rechts zuweist.

I. Von der Hierarchie zum Netzwerk

Die Suche nach einer Alternative muss sich mit dem Gesamtverbund dieser Theoreme auseinandersetzen. Das Ziel liegt darin, Inkommensurabilität nicht begrifflich zu entsorgen, sondern in einem problemadäquaten Verfahren, dessen Ergebnis nicht schon vorher feststeht, zu bearbeiten. Erforderlich ist dafür ein reflexives Konzept, welches die top-down-Argumentation der herkömmlichen Lehre in Richtung auf eine bottom-up-Struktur überschreitet. Dabei muss man die von der herkömmlichen Lehre definierten Problemfelder neu strukturieren. Im ersten Abschnitt des Buches wird deswegen die Einheit der Rechtsordnung diskutiert.

Das Problem der Einheit der Rechtsordnung wird zunächst in der Verfassungsgeschichte entfaltet, um daran anschließend seinen systematischen Ort in der juristischen Praxis zu bestimmen. Wenn man mit der Einheit der Rechtsordnung argumentiert, stellt man einen holistischen Bezug her. Die Struktur eines holistischen Arguments lässt sich mit drei Gegensatzpaaren sichtbar machen: Ein Holismus ist vertikal, wenn er dem Schema Ganzes und Teil folgt und damit die Teile als defizitär und einer Einordnung bedürftig begreift. Ein Holismus ist horizontal, wenn er das Schema Gestalt und Horizont zugrunde legt und damit den Teil als produktiv und das Ganze als abhängig von dessen Sicht begreift. Ein Holismus heißt epistemisch, wenn er das Ganze für eine bestimmbare Größe hält, von der aus man deduktiv argumentieren kann. Ein Holismus heißt praktisch, wenn er das Ganze als Möglichkeit zur Öffnung des Rahmens einer konkreten Diskussion sieht. Ein Holimus ist moderat, wenn er Einschränkungen für begründbar und machbar hält, ein Holismus ist radikal, wenn er dies prinzipiell ablehnt. Der Holismus der herkömmlichen Lehre ist danach vertikal und epistemisch. Mit der postulierten Zugangsmöglichkeit zum Ganzen ist er auch moderat. Aber weil das Postulat der Zugänglichkeit nicht eingelöst werden kann, bleibt diese Moderation illusionär. Unsere Gegenposition bestimmt den Holismus horizontal und praktisch. Für seine Moderation schlägt sie einen pragmatischen Ansatz vor.

Die klassischen Texte der Verfassungstheorie nehmen mit je unterschiedlicher Akzentuierung die Perspektive eines vertikalen, epistemischen und radikalen Holismus ein. Die Einheit der Rechtsordnung erscheint in diesen Ansätzen als eine abstraktiv synthetisierende Leistung, die nicht nur Widersprüchlichkeiten aufzulösen vermag, sondern zugleich im Hinblick auf das Leitproblem der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung zu einer Generierung von Rechtssätzen als einer Vermehrung des Rechts aus sich selbst beitragen kann. Eine ganze Legion von Konzepten widmet sich dieser Frage: ”höchster Grundsatz”, die ”Einheit durch Kodifikation”, die ”historischen Quellen” oder der ”Volksgeist”, die Synthese von ”Volksrecht und Juristenrecht”, der ”Rechtsorganismus”, schlicht ein ”allge-

meiner Teil des Rechts" oder anspruchsvoller der "Begriff des Rechts", oder irdischer der "staatliche Willen", oder die "objektive Wertgesetzlichkeit des Geistes", bzw. die "Grundnorm". Als in der deutschen Diskussion besonders wirkmächtig sind die Modellierungen von Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hans Kelsen zu nennen.

Schmitt hat zwar eine gute Kritik der herkömmlichen Fiktionen über die Einlösung der Gesetzesbindung formuliert. Weil er aber das Gesetz nur als subsumtionsbereiten Text versteht, kann er die tatsächlichen Bindungen der Praxis nicht auffinden. Indem er in seiner späteren theoretischen Entwicklung Rechtsentscheidungen als Willensakte, deren Inhaltsbestimmung normativ einer *creatio ex nihilo* entsprechen, charakterisiert, formuliert er eine Disjunktion von Entscheiden und Begründen, mit der er das Grundproblem des Rechts von der Kommunikation und den Anschlusszusammenhängen weg, hin zur rein formalen Frage nach der letzten Entscheidungsinstanz verschiebt. Das bereitet den Boden für eine politische Einheitstheorie, in der Recht ein verfremdender Störfaktor ist und in der eine Horizontalwirkung der Grundrechte darum abgelehnt wird; ein Grundmodell, das von Forsthoff und Böckenförde immer wieder appliziert wurde, um die Definitionsgewalt über die Einheit und das Verhältnis der Teile zum Ganzen aus den demokratischen Institutionenensembles herauszuverlagern und so die Präfiguration der politischen Einheit jenseits des rechtlich-politischen Prozesses abzusichern.

Anders Smend: Für ihn liegt die Aufgabe der Grundrechte in der dauernden Erneuerung und Weiterbildung des staatlichen Willensverbandes. Seine geisteswissenschaftliche Methode nimmt Smend aus der philosophischen Diskussion seiner Zeit auf und stellt dialektische Vermittlung von Individuum und ideell geistigen Allgemeinheiten unter den Leitbegriff der Integration. Zwar soll die Einheit des Staates nicht einfach vorausgesetzt, sondern hergestellt werden. Aber die Einheit, die Smend vor Augen hat, ist kein indefiniter Horizont. Sie ist vielmehr eine definierte Größe als Totalität des staatlichen Lebens. 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. Der Begriff Integration soll zentral sein und zugleich alle möglichen Dienste verrichten. Diese gegensätzlichen Anforderungen kann der Begriff nicht in sich aufheben. Er gleitet in die sanfte Ironie des transzendentalen Signifikats, welches nachträglich bestimmt, was es von Anfang an gesteuert haben will. Als in den 50er Jahren Integration zum Modewort wurde und jeder Werte im Munde führte, begann die Smend-Schule, sich von diesen Restbeständen eines vertikal holistischen Denkens zu verabschieden. Die Grundrechte erschienen wieder als Abwehrrechte und nicht mehr als geschlossenes Wertsystem.

Hans Kelsen schließlich war der erste, der die schöpferische Rolle der Praxis im Rahmen einer Theorie der Rechtsnorm anerkannt hat. Aber seine klare Wahrnehmung der Rechtserzeugung bleibt in der Reinen Rechtslehre ohne Fol-

gen, weil sie die Rechtserzeugung als irrationale Dezision aus dem Bereich der Wissenschaft ausgrenzt. Kelsens Konzeption der Einheit der Rechtsordnung findet sich damit auf dem Wege einer formalisierenden Reduktion. Nach dieser kommt der Einheit der Rechtsordnung jene identitätsstiftende Rolle zu, welche wiederum umgekehrt durch die Grundnorm als dem letztlichen einheitserzeugenden Moment gestiftet wird. Man gewinnt durch Kelsen damit einen Aussichtspunkt, der die für jede Rechtsordnung grundlegende Notwendigkeit markiert, die Auflösung von Widersprüchen und die Schließung von Lücken 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?

In groben Zügen skizziert ist dies der verfassungstheoretische Hintergrund, vor dem das Bundesverfassungsgericht argumentieren musste, als es mit dem Problem der Drittwirkung der Grundrechte in seiner Lüth-Entscheidung konfrontiert war. Die Lüth-Entscheidung ist der Beginn der Ausdifferenzierung der objektiv rechtlichen Seite der Grundrechte und behandelt das Grundsatzproblem, d.h. die Frage nach der Einwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht. Das Gericht stützte seine spezifisch holistische Form der Interrelationierung von Grund- und Zivilrecht nicht auf die Extrempositionen politischen bzw. unpolitischen Rechts von Carl Schmitt und Hans Kelsen, sondern wählte die Position der Smend-Schule als verfassungstheoretischen Hintergrund, vor dem die neuen Ansätze von Hans Carl Nipperdey und Günther Dürig rezipiert werden konnten. Konkret geht es dabei um die Frage, wie der über Werte begründete holistische Bezug des Privatrechts zu fassen ist. Hierfür gibt es zumindest zwei in der öffentlichen Diskussion prominente Positionen: Hans Carl Nipperdey hat als Präsident des Bundesarbeitsgerichts seine Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte entwickelt, während Günther Dürig von einer mittelbaren Drittwirkung ausgeht. Auffällig ist, dass sich beide Positionen auf die philosophische Wertlehre beziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber trotz terminologischer Anleihen bei der philosophischen Werttheorie die eigentlichen Grundlagen nie ausdrücklich rezipiert. Die Werte waren nur Geburtshelfer für die Entwicklung der objektiven Dimension der Grundrechte. Eine rein wertbezogene Rezeption der Lüth-Entscheidung verkennt demnach Hintergrund und Abgrenzungsbemühen der Entscheidung. Gleichzeitig wurde durch die mantraartig wiederholte These einer 'ständigen Rechtsprechung seit Lüth , das theoretische Potential, das diese Entscheidung bietet, verdrängt und stattdessen eine Theorie der Drittwirkung aufgerichtet, die philosophisch einschüchternd ist, aber in der Komplexität hinter dem zurückbleibt, was das Gericht tut. Gestritten wird über den möglichen Ausgleich bei Kollisionen von 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 Gerichte veranstalten keine gemeinsame Wesensschau, sondern sie moderieren eine soziale Interaktion, bei der Argumente ausgetauscht werden.

Indem die Theorie aber dennoch vornehmlich auf Einheits- und Kohärenzmod-

elle abstellt, lässt sie sich von der Verwendung der Einheitssemantik in der Rechtspraxis auf ein falsches Gleis führen. Die Figur der "Einheit der Rechtsordnung" kommt in Urteilen häufig vor, was letztlich an der Unvermeidbarkeit des Holismus in der juristischen Semantik liegt. Mit ihrer Evozierung ist aber nicht unbedingt das gemeint ist, was die Wertungsjurisprudenz darunter versteht, sondern die Gerichte verwenden die "Einheit des Rechts, bzw. der Rechtsordnung" eher als Legitimationstitel und Überhöhung normaler juristischer Argumentationstechniken, d.h. die Gerichte versuchen eine "Verzahnung der Rechtsgebiete" als Gegenbewegung zu deren zunehmender Diversifizierung, bzw. auch gegenseitiger Usurpierung, die dann in einzelnen Rechtsfragen zu Unsicherheiten über die rechtsdogmatisch anzulegenden Maßstäbe führen kann. Die Praxis verfolgt also das Ziel der Kohärenz: Die Gerichte wollen ihr Urteil ins Ganze der Rechtsordnung und die Kette bisheriger Entscheidungen harmonisch einfügen und mit dieser Figur das Problem des Holismus textbezogener (anders als die Wertejurisprudenz) zu fassen. Hierbei bleibt jedoch ungeklärt, welcher genaue Gehalt dieser Formel zukommt und warum im konkreten Fall dieses oder jenes aus ihr zu folgern ist.

Dies theoretisch aufzuhellen und die Probleme rechtlicher Konsistenz ohne Umschweife über einen spekulativen Einheitsgedanken anzugehen, ist die Strategie des "Kohärenzmodells der Norminterpretation" bei Günther und Habermas oder etwa der Rekurs auf "Kohärenz" als Kriterium der praktischen Rationalität bei Alexy und Peczenik. Die Merkmale, die dabei Kohärenz begrifflich auszeichnen, erinnern nicht von ungefähr an die überkommenen Bestimmungen der "Einheit der Rechtsordnung". Es sind dies die Konsistenz, die Umfassendheit und der positive Zusammenhang. Damit ist aber kaum mehr gewonnen, als eine zunächst auf den Stand analytischer Philosophie präzisierte Anweisung auf den Umgang mit normativen Kollisionen und Defiziten bei der Falllösung. Das prinzipielle Dilemma eines Bezugs juristischen Entscheidens auf ein Ganzes von Recht wird damit nicht gelöst. Es wiederholt sich zunächst nur in analytischem Gewande, solange jedenfalls, wie die Einheit formal methodologisch statt praktisch konstruktivistisch begründet bleibt.

Statt dessen wird man nicht bei den klassischen Modellen der Rechtserkenntnis stehen bleiben dürfen, sondern ernst machen müssen mit dem Verständnis des Rechts als morphogenetischer, konfliktgetriebener, in bestimmte Verfahren kanalisierter Kommunikationsprozess. Das verlangt einen Übergang vom vertikalen und epistemischen Holismus zum horizontalen und praktischen Verständnis der Einheit der Rechtsordnung und impliziert die Notwendigkeit „Gerechtigkeit“ neu zu denken. Erst mit der Sicht der Rechtsordnung als praktisches Netzwerk wird die Komplexität der Gerechtigkeit wirklich sichtbar, d.h., Gerechtigkeit wird von der vertikalen Deduktionsgrundlage zum praktischen Problem. Wenn jeder Versuch, die Einheit des Rechts als Text zu fixieren, bereits im Moment der Bezugnahme auf die "Einheit" desavouiert wird, und die Bedeutungsbestimmung in praktischen Kommunikationsprozessen situativ erfolgt, erhält die Frage der Rechtseinheit eine bislang in der Rechtstheorie nicht problematisierte Rahmung. Einheit kann man nicht im Wege der

spekulativen Rechtserkenntnis auffinden, sondern man muss sie praktisch in der Argumentation herstellen. Dadurch kann das Problem der Einheit reformuliert werden als relative Kohärenz durch Vernetzung. Das zeigt sich klar unter den Bedingungen hypertextueller Rechtsarbeit. Der Holismus wird jetzt durch praktische Verknüpfungsmöglichkeiten operational, aber er verliert die vorgeordnete Hierarchie und das sichere Zentrum. Der Hypertext besteht nicht aus einem einheitlichen, sukzessive zu rezipierenden, eben linearen Text: er ist ein Konglomerat bzw. ein Komplex von Texten, die durch Referenzverknüpfungen verbunden sind. Im Hypertext wird das Ganze zum Horizont, den man nur praktisch bearbeiten kann, ohne seinen Inhalt definieren zu können. Der kleine Grenzverkehr zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht, welche der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als Vorstellung zugrunde liegt, wird für die Arbeit unter den heutigen medialen Bedingungen viel zu eng. Das Verknüpfen von Texten kehrt den Grundzug der Intertextualität und der Interlegalität hervor, der im Hypertext besonders offensichtlich wird. Damit muss man auch im Recht die traditionelle Vorstellung einer der Erkenntnis objektiv vorgegebenen Einheit des Textes aufgeben. Das alles Recht in sich beschließende Gesetzbuch sollte der sichere Garant einer die widerspruchsvollen Strebungen vereinheitlichenden Totalität des gesellschaftlichen Handelns sein. Von dieser Idee gilt es sich zu verabschieden. Der radikale Holismus, wonach Bedeutung nur dem Zentrum zukam, funktioniert im Hypertext nicht mehr.

Das bleibt auch nicht ohne Auswirkungen auf die Problematik des Normwiderspruchs bzw. der Rechtslücke. Beide Probleme werden besonders akzentuiert durch die gesellschaftliche Ausdifferenzierung und Pluralisierung. Hier ist der systematische Ort für den Holismus im juristischen Denken. Juristen argumentieren regelmäßig holistisch, indem sie auf das Ganze der Rechtsordnung verweisen, um im Fall von Anspruchskollisionen die Reichweite der jeweiligen Rechtspflichten innerhalb der Gesamtrechtsordnung zu bestimmen bzw. im Fall von Rechtslücken vermeintliche Lückenschließung zu betreiben. Die epistemische Strategie holistischer Argumentation will die Widersprüche in der Argumentation durch objektiv-theoretische Erkenntnis aufheben bzw. auf diesem Weg ausgemachte Wertungslücken schließen. Der praktische und horizontale Holismus setzt hingegen nicht auf Erkenntnis sondern auf Argumentation: Erst in den rechtlichen Signifikationsprozessen steht der Inhalt des Gesetzes (vorläufig) fest.

Die Abhängigkeit der Einzelbedeutung vom Ganzen des Rechts kennzeichnet den Holismus der herkömmlichen Lehre. Dies wirft die Frage auf, ob ein solcher Ansatz überhaupt semantisch möglich ist. In seiner Konsequenz zeitigt der Holismus nach Meinung seiner schärfsten Kritiker Fodor und Lepore absurde Konsequenzen, die ihn als Position unhaltbar machten. Zugrundegelegt wird das Bild eines ‚totalen Zusammenhangs. Die Radikalität des Holismus liegt darin, dass nichts voneinander unverschont bleibt. Das ergibt sich daraus, dass holistische Eigenschaften in der Regel immer relationale Eigenschaften sind. Im Unterschied zu intrinsischen Eigenschaften, die ein Element unabhängig von denen aller anderen hat, sind relationale Eigenschaften abhängig von dessen

Beziehungen zu anderen Elementen. Holismus heißt dann, dass die Elemente in ihren besonderen Eigenschaften vollkommen von ihrer Beziehung zu den anderen Elementen eines Ganzen abhängig sind. Das gilt insbesondere für die Eigenschaft, eine Bedeutung zu haben, die immer nur eine unterscheidbar bestimmte Bedeutung sein kann. Und das wiederum führt dazu, dass jede Änderung der Bedeutung eines Teils die Änderung des Ganzen nach sich zieht. Das heißt zugleich dass sich umgekehrt mit dieser Änderung des Ganzen die Bedeutung des betroffenen Teils ändert, da er diese nach dem holistischen Prinzip nicht anders gewinnen kann als durch seine Stellung im Ganzen.

An der Stellung des Einzelnen im Ganzen setzen Fodor und Lepore mit ihrem Angriff auf den Holismus an. Sie betrachten den Holismus als eine "Doktrin", nach der allein ganze Theorien, Überzeugungssysteme oder Sprachen eine Bedeutung haben, aus die sich die ihrer Teile lediglich ableitet. Für sie ist somit eine Eigenschaft genau dann holistisch bestimmt, wenn etwas diese nur dann aufweisen kann, wenn vieles andere sie gleichfalls aufweist. Die Folge davon ist, dass damit das Ganze und die Teile beständig im Fluss sind. Dies wiederum hat zur Konsequenz, dass nichts jeweils für sich bestimmt sein kann. Wenn jemand eine seiner Überzeugungen ändert oder einen Ausdruck in einer neuen, überraschenden Weise gebraucht, hat dies absurde Konsequenzen. Diese Änderung muss nach der Doktrin des radikalen Holismus unmittelbar auf das Ganze des Systems durchschlagen. Da sich aber damit zugleich die Stellung der fraglichen Behauptung, bzw. des fraglichen Ausdrucks ebenso unmittelbar ändert, haben diese nicht den Gehalt, bzw. die Bedeutung, die sie haben, eben weil dies die Änderung des Systems bewirkt. Das Paradoxe daran springt ins Auge. Teile eines Systems können so niemals mit sich identisch, oder überhaupt bestimmt sein.

Der Holismus verfällt also dem Dilemma eines endlosen Aufschubs der Bestimmung. Genau dadurch, dass Sinn nur holistisch möglich ist, kann keinerlei Sinn ausgemacht werden. Daraus ergibt sich ein weiteres Problem. Wenn Überzeugungen und Bedeutungen sich nie in irgendeinem tragfähigen Sinne gleichen können, dann ist es nicht nur unmöglich, dass jemals zwei Menschen gleicher Überzeugung sein können. Es ist ebenso unmöglich, dass ein und dieselbe Person jemals in ihren Überzeugungen mit sich übereinstimmen kann. Das bedeutet weiter, dass weder Überzeugungen, noch Bedeutungen jemals lern- oder lehrbar wären. Denn dazu bedarf es einer Konstanz des zu Lehrenden, bzw. zu Lernenden als Maßstab für das Gelingen und die Korrektheit von Versuchen zu seiner Aneignung. In der Diskussion um den Holismus ist diese Kritik als Slippery-Slope-Argument einschlägig geworden. Betritt man in der Verständigung den "Abhang" der Sprache durch die Interpretation einer Äußerung, so gerät dieser als Ganzes ins Rutschen. Das widerspricht aber jeglicher Erfahrung. Es lässt sich sehr wohl beurteilen, ob zwei Äußerungen von gleicher Bedeutung sind oder nicht. Ebenso wissen wir sehr wohl, ob wir es mit den gleichen Überzeugungen zu tun haben oder nicht, oder wir zu unseren Überzeugungen stehen oder diese gewechselt haben. All das können wir beurteilen, weil wir entsprechendes gelernt haben und das Gelernte anzuwenden vermögen.

In der Fundamentalkritik des Holismus stecken allerdings selbst einige Annahmen, die nicht so ohne weiteres hinzunehmen sind. Das betrifft vor allem das von Fodor und Lepore aufgeworfene "Problem der Identität begrifflichen Gehalts". Diese Probleme entstehen nur, wenn man mit Fodor und Lepore für die Bestimmung von Überzeugungen oder Bedeutungen eine strikte Identität verlangt. Strikte Identität würde Bedeutung als intrinsische Eigenschaft der Einzelelemente voraussetzen und damit als Atomismus noch weniger plausibel sein als die geschilderte Form des Holismus. Wenn Bedeutung relational ist und nur über den Umweg von Differenzen oder Inferenzen bestimmt werden kann, muss man die Forderung strikter Selbstidentität einschränken. Denn Relation setzt als Umweg mindestens eine Zeitdifferenz.

Strikte Identität ist aber keineswegs notwendig. Für die benötigte Ausdifferenzierung einzelner Gehalte an Überzeugungen oder Bedeutungen mag es durchaus hinreichen, wenn die Bedeutungen oder Überzeugungen "irgendwie" auf ihren Einklang oder ihre Verschiedenheit hin vergleichbar gemacht und aufeinander bezogen werden. Dieses "irgendwie" lässt sich durchaus holistisch, vor allem etwa inferenzsemantisch präzisieren. Ausgangspunkt bleibt, um nicht gleich auch den Holismus mit über Bord zu werfen, dass das durch Bedeutungen und Überzeugungen gebildete System einen Gedanken festlegt. Bestimmung braucht nicht mehr unbedingt als Identität, nicht einmal mehr als Individuation aufgefasst werden. Es reicht allein das Festlegen auf eine inferentielle Rolle zur Verortung aus. Und das kann in vielerlei Weise geschehen. Statt sich also auf "Eins-zu-eins-Relationen wie der der Identität oder Konstitution" festlegen zu müssen, reicht es aus "Viele-zu-eins-Relationen" als Verortung ins Spiel zu bringen. Gewonnen ist damit, den unmittelbaren Durchschlag von Veränderungen im Ganzen auf eine Veränderung des Einzelnen in einem Netz von inferentiellen Verweisen aufgefangen zu haben. Die Frage ist dann, ob ein *moderaterer* Holismus möglich ist?

Gefordert ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus, das das Moment des Ganzen aus dem Innern der Praktiken heraus bestimmt. Es wird damit "holistisch individuell" eine Angelegenheit zwischen" den Beteiligten solcher Praktiken. Man sollte also auch nicht über ein kollektives, die Einzelnen begrifflich semantisch regierendes "Wir" eine Substantiierung des holistisch bestimmenden Ganzen durch die Hintertür einschleusen.

Man muss darum zunächst das Problem des Verhältnisses von individuellen Bedeutungen und Überzeugungen an den richtigen Ort bringen. Nämlich dort, wo es allein in Hinblick auf Verständnis und Interpretation ausgetragen werden kann. Das drängendste Problem dabei ist und bleibt aber die Frage nach einer Kontrollierbarkeit des Ganzen als konstitutiv sinnstiftendem Moment. Nur wenn es gelingt, Ähnlichkeiten von Urteilen pragmatisch zu fassen, kann der Holismus operieren. Zur Lösung dieses Problems kann man an die pragmatisch fundierte Inferenzsemantik Brandoms anknüpfen. Brandom nimmt die Perspektive des "Wir" ganz in die Verständigung zurück. Alles, was sich an signifikant diskursiver, bzw. begrifflicher Praxis abspielt, wird allein in den Reaktionen der

Teilnehmer untereinander auf ihr Verhalten praktisch vollzogen. Es gibt kein unabhängiges Drittes, auch nicht die Sprache, die Regel oder die Bedeutung, das als Begründungsbasis herhalten könnte. Dementsprechend meint für einen konsequent praktischen Hier-und-Jetzt-Holismus die Rede von einem Ganzen einen offenen Horizont von Bezügen. Das Ganze kippt damit aus der Vertikalen in die Horizontale. Es ist auch nicht epistemisch verfügbar, sondern wird praktisch als Horizont kommunikativen Handelns. Die Frage ist allerdings, worauf sich die Sprecher dann überhaupt noch stützen können, wenn sie nichts bei der Hand haben als die Ereignisse ihrer Verständigungsprozesse. Vor allem im Recht wird diese Frage praktisch, können rechtliche Entscheidungen ohne den epistemischen Bezug zum Ganzen funktionieren.

Dies lässt sich anhand des Case-Law-Modells Brandoms erläutern, sofern dieses das Modell einer sich selbst steuernden und stabilisierenden sozialen Praxis bietet. Brandom will mit diesem Modell zeigen, dass man Praxis von innen her begreifen kann. Sein Modell ist die richterliche Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts. Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Was für den Richter im Case Law die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die als prägend erfahrenen Fälle gelungener Verständigung. "Gelungene Verständigung" heißt dann vom anderen in dem Sinne interpretiert zu werden, den man sich für die eigene Äußerung vorgenommen hat. Verständigung zeigt damit die grundsätzlich zeitliche Dimension, dass sich ihr Erfolg dem verdankt, Vergangenes als Ansatz für Interpretation einzuholen. Der Witz dabei ist, dass das Gelingen von Verständigung keineswegs auf so etwas wie Bedeutung bezogen ist jedenfalls nicht auf eine, die ihr vorausgesetzt wäre. Vielmehr ergibt sich umgekehrt Bedeutung als ein solches Gelingen. Insofern ist Bedeutung auch nicht die Mutter von Verständigung. Vielmehr ist der kommunikative Erfolg der Vater aller Bedeutung.

Das Modell würde in Willkür oder Dezisionismus umschlagen, wenn die Geschichte hier zu Ende wäre. Dass dem nicht so ist, dafür sorgt die Absicht darauf, im eigenen Sinne verstanden, das heißt interpretiert zu werden. Genau diese Absicht verlängert die dafür praktizierte Festlegung auf eine Anerkennung gelungener Verständigung als Gehalt in die Zukunft. Die Interpretation durch den anderen kann jeweils nur ein nächstes sein, da sie in nichts anderem wurzelt, als in dessen semantischer Autorität. Genau das macht die Pointe eines interaktionistischen Interpretationismus aus, der dem Rechnung trägt, dass Interpretation praktisch für sich selbst zu sorgen hat, indem sie die Bedeutungen und Regeln, auf denen sie beruht als ihre in die Zukunft verlängerte Geschichte, dadurch immer wieder erst hervorbringt, dass diese sich in der Gegenwart des gelungenen Verständigungsaktes konkretisiert, das heißt öffentlich sozial praktiziert wird. Darin erst, sofern diese Traditionen thematisch gemacht und auf sie reflektiert werden, kommt denn auch das Moment eines Ganzen ins Spiel.

Ein vertikaler Holismus funktioniert nur als rhetorische Fassade. Denn jede

Praxis, die das Ganze bestimmt, macht es eben dadurch zum Teil. Funktionieren kann ein Holismus nur als praktischer. Während der theoretische Ansatz dazu auf revisionsimmune Sätze zurückgehen will, sieht der Gegenansatz darin eine Frage praktischer Entscheidungen im Verständigungsprozess. Jede Diskussion muss durch Vertrauensvorschuss und Anfechtungsstruktur ihr Gebiet eingrenzen. Wenn man das Ganze für handhabbar hält, gibt es eine "Wir-Perspektive", die man der Verständigungspraxis überordnen kann, um diese von dort aus zu herrschen. Dem ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus entgegenzuhalten, das auch das Moment des Ganzen aus den Verhältnissen nicht kollektiv bestimmt. Vielmehr ist auch dies Innern der Praktiken heraus zu sehen und damit "holistisch individuell" eine Angelegenheit "zwischen" den Beteiligten solcher Praktiken. Holismus ist den Praktiken implizit und kann daher allenfalls explizit gemacht werden. Sei es in Begründungen als Ableitung, sei es in Bedeutungserklärungen als Schluss auf einen begrifflichen Gehalt. Damit aber Begründen überhaupt funktionieren kann, muss es so etwas wie einen Grund geben. Und damit Erklärungen funktionieren können, muss es so etwas die ein Erklärendes geben. Diese Binsenweisheit bedeutet zum einen, dass eine Explizierung des den Praktiken impliziten Holismus sich nicht in einem ad infinitum verlieren darf und kann. Gleichwohl kann sie kein "natürliches Ende" finden. Ein Ende kann immer nur praktisch erreicht werden. Sei es durch die Einwandfreiheit der bemessen an der Ausgangsfrage zufriedenstellenden Begründung. Oder sei es durch den sich an dem vom Sinn der Frage nach einer Erklärung vorgezeichneten Raum einer Antwort, mit der eine Zufriedenheit mit dem erreichten Verständnis eines begrifflichen Gehalts erreicht werden kann.

II. Von der Abwägungsposition zum Recht

Die wichtigste Folgerung dieser Neubestimmung der holistischen Dimension für Drittwirkungs-Konstellationen im Recht liegt in einer Abkehr von der Fixierung auf den binären Schematismus privat/öffentlich bzw. seine juridifizierten Formen Privatrecht/Öffentliches Recht. In der schwierigsten Ausprägung der Drittwirkung kollidieren nicht einfach individuelle Rechtsgüter, sondern ganze Sozialsysteme. Diese habe unterschiedliche Leitunterscheidungen und damit zunächst keine gemeinsame Logik als Grundlage für einen Aushandlungsprozess, darum entsteht die Schwierigkeit, ob nach dem Umkippen des Holismus in die Horizontale eine Lösung für diese Konstellation denkbar ist.

Diese Frage wird zunächst anhand der Semantik von Abwägung in der Fachsprache und der Alltagssprache untersucht. Dabei stellt sich heraus, dass Abwägung keine Technik zur Erlangung bestimmter Resultate ist, sondern nur ein Bild für das Resultat. Sie ist nichts Bestimmendes, sondern etwas durch andere Praktiken Bestimmtes. Wenn man in der philosophischen Argumentationstheorie als zuständiger Wissenschaft oder der juristischen Methodik nach Abwägung als Technik sucht, stößt man auf das Problem heterogener Argumente. Diese kommen aus verschiedenen Kontexten und sind deswegen nicht vergleichbar. Bevor eine Abwägung stattfinden könnte, müssten diese Argumente erst vergle-

ichbar gemacht werden. Dabei macht die Lexik von *Abwägung* und *abwägen* kein praktikables methodisches Konzept sichtbar. Weder die Allgemeinsprache noch die juristischen Fachlexika können den Vorgang des Etwas-zueinander-in-Beziehung-setzen präzisieren. Das Konzept *Abwägung* bleibt durch das ganze Spektrum des Sinns hindurch ein Determinans, ein zu Bestimmendes. Schärfer noch, genau das ist sein Sinn. Wird es allerdings juristisch zur Begründung herangezogen, so muss es eben rein deklaratorisch bleiben, lediglich in Erwartung seiner Einlösung. Argumente kann man nicht in die Hand nehmen und in ihrem „Gewicht schätzen". Genau darin liegt das Problem der Verwendung des Wortes „Abwägung" im Recht. Die wörtliche Verwendung von Abwägung funktioniert, wenn man ein homogenes Medium, wie das Gewicht von Gegenständen voraussetzen kann. Die von der herkömmlichen Lehre in die Abwägung eingestellten Rechtsgüter sind dagegen heterogen. Deswegen bleibt ihre Verwendung von „Abwägung" metaphorisch. Mit dieser Figur gibt man zu, dass die Rechtsordnung nicht vollkommen harmonisch ist, setzt aber voraus, dass auftretende Gegensätze in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden können.

Die herkömmliche Theorie sucht diese Verhältnismäßigkeit dadurch zu erreichen, dass sie den Konflikt gesellschaftlicher Teilrationalitäten scheinbar im Wege der Erkenntnis löst. Die dafür beanspruchte Größe heißt Wert oder Prinzip. Mit Hilfe einer Abwägung soll der Konflikt der Werte bzw. Prinzipien im Wege der Rechtserkenntnis lösbar sein. Hier stellt sich aber die Frage, wie die Prinzipien so gegeneinander profiliert werden können, dass entscheidbar ist, welche in einem konkreten Fall anwendbar sind. Das drückt sich als Spannung zwischen den konstanten allgemeinen Wertgesichtspunkten und den wandlungsfähigen Wertentscheidungen zur Konkretisierung der Prinzipien aus. Hinter der Flüchtigkeit textueller Bedeutungen scheint jetzt ein stabiler Referent auf: die Sache Recht, welche für die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft zugänglich wird, wenn sie die Vielfalt der Rechtsprinzipien auf den zentralen Fluchtpunkt der Gerechtigkeit hin ordnet. Genau dies ist die Hauptlinie der juristischen Rezeption der Hemeneutik. Ihr geht es um den Versuch, das Ganze der Rechtsordnung so zu sichern, dass die Abwägung als kognitive Technik eine Grundlage findet. Dabei muss man sowohl innerhalb der Hermeneutik als auch innerhalb der juristischen Rezeption differenzieren. Im Rahmen der Hermeneutik liegt eine gewisse Scheidelinie in der Gadamer/Derrida-Diskussion bei der Frage nach der Wiederholung eines Zeichens. Die herkömmliche Hermeneutik sieht den Wechsel im Zeichenkörper und das stabile unveränderliche Moment im Sinn. Neuere Ansätze dagegen sehen das stabile Moment im materiellen Zeichenkörper und das bewegliche, sich veränderliche Element im Sinn. Auch die juristische Rezeption kann entlang dieser Scheidelinie verortet werden. Während die Hermeneutik in der Rezeption Friedrich Müllers, Josef Essers und Arthur Kaufmanns den Akzent auf den Zeichenkörper legt und die Bewegung des Sinns methodisch zu fassen versucht, legt die Lesart von Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris den Schwerpunkt auf den stabilen Sinn. Danach ist Rechtsanwendung als Erkenntnis des Gegenstands Recht gefasst. Diese Lesart versteht

sich als prinzipielles Modell für die auf Werte bezogenen Entscheidungen der Gerichte.

Jedoch ist ein archimedischer Punkt, von dem aus man die Einheit des Rechts fixieren könnte, nicht verfügbar. Konsenschancen für Prioritätenbildung im Hinblick auf Werte und Prinzipien sind gering. Also stoßen wir damit auf ein grundlegendes Problem des Versuchs, Argumentation mit dem Bild der Abwägung zu beschreiben. Diese grundsätzliche Schwierigkeit liegt in der quantitativen Metaphorik. In Argumentation geht es um Qualitäten. Sollen diese quantitativ untereinander vergleichen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grundlage. Die philosophische Argumentationstheorie hat in mehreren Diskussionsschritten auf dieses Problem reagiert. Zunächst wurde vorgeschlagen, die nicht einlösbare Gewichtsmetaphorik durch eine Kraftmetaphorik zu ersetzen und die Pro-et-Contra-Debatte als eine Art Tauziehen aufzufassen. Damit kommt es schon eher auf die beteiligten Personen mit ihren Positionen und ihren Einfällen an. Dadurch entfernt man sich einen Schritt vom Scheinobjektivismus eines Abwägens von Gewichten. Weiterhin hat man versucht, die Struktur eines nicht-deduktiven Argumentationsmusters anhand holzschnittartiger Fälle zu erarbeiten, in denen eine Gewichtung unproblematisch möglich ist. Daran anschließend wurde vorgeschlagen Argumenten Ziffern zuzuordnen, die ein Errechnen der Folgerung ermöglichen sollten. Bei der Zuordnung von Zahlen zu Argumenten muss man allerdings intuitiv vorgehen, weil man dazu über keinen Maßstab verfügt. Dieser naive Versuch einer Anlehnung an die mathematische Entscheidungstheorie hat sich damit als willkürlich herausgestellt und ist mittlerweile aufgegeben.

Man muss eine Ebene tiefer blicken: Hinter der rhetorischen Fassade der Abwägung verbergen sich zum einen die Argumentation und zum anderen die sozialen Verhältnisse als deren Inhalt. Denn das Recht bezieht sich mit seinen Texten auf die geregelten Tatsachen. Diese zweite Komponente wird sichtbar, wenn der Ablauf der Abwägung beschrieben wird. Trotz ihrer großen Wichtigkeit werden empirische Argumente in der Jurisprudenz oft als Schmuggelware gehandelt. Sie erscheinen als Folgenbetrachtung im Rahmen der Teleologie, als sogenanntes argumentum ad absurdum, als Rechtsprinzip der Praktikabilität und manchmal sogar noch als Natur der Sache. Aber auch im Recht besteht ein Interesse daran, dass fremde Waren offen deklariert werden. Dabei geht es nicht um den Zugriff auf die Wirklichkeit. Niemand hat ihre versionslose Beschreibung. Es geht um die Verknüpfung mit den Nachbarwissenschaften wie Soziologie, Psychologie, Ökonomie usw. Die Sprache gibt in einem realistisch genommenen Sinne keine „Repräsentation“, kein Abbild der Wirklichkeit her und schon gar nicht ein eindeutiges. Wirklichkeit wird vielmehr in Sprache und als solche von Sprache präsentiert um entsprechend be- und verhandelt zu werden. Zusammengenommen ergibt sich für das Verhältnis des Rechts zur Welt ein komplexes Wechselspiel. Für die juristische Entscheidungstätigkeit sind Recht und Wirklichkeit keine selbständig gegebenen Größen, die in einem lediglich äußeren Verhältnis zueinander stehen und erst nachträglich zueinander in Beziehung zu setzen wären.

Das verweist auf ein generelles Problem: Es ist die Aufgabe des Rechts, in Konflikten von gesellschaftlichen Rationalitätsbereichen, d.h. Kollisionslagen zwischen Wirtschaft, Politik, Religion etc., Inkompatibilitätsnormen bereit zu stellen. Nicht eine Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus, d.h. "praktische Konkordanz", ist hier gefragt, keine Abwägungsschemata für vermeintlich universelle Werte und Prinzipien, sondern die Identifikation konfligierender gesellschaftlicher Rationalitäten, die sich des Rechts zur Universalisierung ihrer partialen Logiken bedienen. Diese gesellschaftlichen Realwidersprüche sind in der *quaestio iuris* zu reformulieren und, so gefasst, zu kompatibilisieren. Der kritische Kollisionsbereich ist jeweils durch den Widerspruch von Normen, die im Kontext unterschiedlicher Teilbereichsrationalitäten ge*formt* wurden, zu identifizieren. In der Sache geht es folglich darum, abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen im Verhältnis von gesellschaftlichen Großsystemen und den in struktureller Kopplung zu ihnen generierten Rechtsnormen zu entwickeln und das Recht darauf vorzubereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken zu reagieren. Dadurch eröffnet sich ein extrem formalistischer Zugang zum Umgang mit der Rechtsform. Denn Rechtsarbeit wird zur Pflege der Paradoxien der Rechtsform, zur Begründungsarbeit mit Rechtnormen unterschiedlicher Provenienz, zum ständigen Kampf des Rechts gegen seine einseitige Instrumentalisierung durch bspw. Polit-, Wirtschafts-, Religionssysteme und die demokratietheoretische Herausforderung liegt darin, die ‚konkreten Ordnungen' in zivilgesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozessen aufzubrechen.

Die Arbeit der Gerichte hierbei ist es, Rechtsfälle zu lösen, d.h. zu einer Entscheidung zu bringen. Um dies in einer rechtsstaatlich einwandfreien Weise zu leisten, müssen Juristen argumentieren. Sie bringen die Entscheidung durch Argumentation auf den Weg und rechtfertigen sie durch den Niederschlag der Argumente in der Begründung. Mittel ihrer Argumentation sind dabei Texte von Recht; Texte, in denen jene Rechtsbehauptungen formuliert sind, die für die Konstitution und die Lösung des jeweils vorgetragenen Falls einschlägig sind. Im Eingang des Falls sind dies die im Widerstreit liegenden Lesarten von Normtexten. Im Ausgang des Falls ist dies der mit dem Urteil in Geltung gesetzte Text von Recht. Der Weg zur Entscheidung besteht darin, die durch den Streit in Frage gestellten Rechtsbehauptungen durch Integration oder Widerlegung auf geltende Rechtsbehauptungen zurückzuführen bzw. zurückzuweisen. Es geht vor Gericht also um die „Überwindung" einer Kontroverse „durch Gründe." Wenn diese im Ergebnis der Argumentation nicht mehr abzuweisen sind, eben „unwiderleglich", so ist jene Einwandfreiheit erreicht, die es rechtfertigt, den Streit mit ihm zu entscheiden. Die dafür nötige Überzeugungskraft gewinnen Argumente aus dem Bestand von Meinungen, Ansichten und Normen, welche die Beteiligten anerkennen und auf die sie diese Argumente im Einzelnen aufbauen und stützen. Auf diese Weise vermögen Argumente die ihnen praktisch zugedachte Wirkung zu tun, Gegenteiliges aus dem gemeinsamen Stand gültigen Wissens und akzeptierter Meinungen auszuschließen und sich selbst als Teil dieses Bestands zu etablieren. Dadurch werden sie eben „zwingend" und vermö-

gen ihrerseits nun als Basis weiteren Argumentierens zu dienen. Auf einen Nenner gebracht ist es also der Sinn von Argumentationen, mit Hilfe des kollektiv Geltenden etwas kollektiv Fragliches in etwas kollektiv Geltendes zu überführen.

Zentral in diesem Vorgang ist die Gesetzesbindung des Richters, welche die Zurechnung konkreter Entscheidungen an demokratisch legitimierte Gesetze sicherstellen soll. Die Schwierigkeit liegt darin, dass das einzelne Gesetz mit dem Ganzen des Rechts verbunden ist und genau diese Verbindung einer Präzisierung bedarf. Aber auch die neueren methodenwissenschaftlich angelegten Arbeiten setzen sich mit dieser Thematik kaum auseinander. Ihr Schwerpunkt ist vielmehr die Bedeutung der klassischen Auslegungscanones und die Reserveontologie von Prinzipien und Rechtsbegriff. Deswegen bestehe kein methodischer Reflexionsbedarf. Es sei nur eine Erkenntnis zu vollziehen. Deshalb gebe es auch kein normatives Problem funktionaler Gewaltenteilung, denn durch die Bindung an diese Grundsätze sei der Richter klar vom Gesetzgeber geschieden. Entgegen der Praxis der Gerichte verharrt die Literatur im Modell einer Gegenstandserkenntnis. Damit reduziert sie die Praxis auf den „Spiegel der Natur". Eine solche Modellierung als einem passiven Wahrnehmungsorgan hält jedoch der Realität einer äußerst aktiven Rolle der Gerichte bei der Schaffung des Rechts nicht stand. Die Literatur reagiert darauf mit dem bekannten Reflex einer Kritik der richterlichen Rechtsfortbildung. Genau hier hat dann auch die Theorie anzusetzen. Ihre Aufgabe ist es, durch Beobachtung die Struktur erfolgreicher Praxis von Recht zu konstruieren. Ihr Gegenstand ist das sprachliche Handeln der Juristen. Und ihr Maßstab sind die der Praxis immanenten rechtsstaatlichen Anforderungen. Damit wird eine Beobachtung erster Ordnung ersetzt durch eine Beobachtung zweiter Ordnung: 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. Zu diesen gehört auch der empirische Befund der Referenz von Gerichtsentscheidungen auf Gerichtsentscheidungen. Die bisherige Diskussion um die Wirkung von Vorentscheidungen in der Praxis der Gerichte wird durch die prinzipiellen Schranken der traditionellen Rechtserkenntnislehre behindert. Diese wirken bis in die Terminologie hinein. Man stellt die faktische Wirkung von Präjudizien in der kontinentalen Tradition ihrer normativen Wirkung in der angelsächsischen gegenüber. Normativität wird dabei als statische Eigenschaft eines Textes verstanden, den man einfach anwenden muss. Diese Vorstellung stimmt weder für Gesetze noch für die angelsächsischen Präjudizien. Wenn man im Rahmen einer Rechtserzeugungsreflexion Normativität nicht als Gegenstand, sondern als Prozess fasst, kann man in der bisher unklaren Diskussion über die Bindungswirkung von Vorentscheidungen besser differenzieren: eine *Bindung an Normtexte* heißt, dass man sich nicht mittels besserer Argumente einfach davon lösen darf. Eine *argumentative Bindung* bedeutet, dass ein Kontext

der Entscheidung die Richtung gibt, aber durch bessere Argumente verdrängt werden kann.

Die Gerichte haben die vertikale Systematik durch die horizontale Systematik ersetzt. Zur Beantwortung der Frage, wie dieser Übergang theoretisch zu strukturieren ist, greift die Untersuchung auf die Ergebnisse der Diskussion zur nötigen Moderation des Holismus zurück. Dort wurde eine inferentielle Semantik zugrunde gelegt. Diese geht davon aus, dass eine Erklärung von Sprache aus ihr vorgeordneten gemeinsamen Standards aller Sprecher im Regulismus scheitern muss. Stattdessen entwickelt sie die Alternative, Sprache in der Vernetzung gelungener Verständigung als sich selbst stabilisierendes System zu begreifen. In diesem Rahmen wäre die Strategie der Gerichte als notwendig und unvermeidlich erklärt. Die Semantik von Rechtstexten ist im Verfahren umstritten. Der Bezug auf Präjudizien stabilisiert diese Semantik, indem er auf schon anerkannte Folgerungen verweist. Das Kriterium für die Anerkennungswürdigkeit von Rechtsmeinungen kann nur in der Stimmigkeit mit dem liegen, was schon anerkannt ist. Weder die dem Gesetz zuzumessende Autorität noch die dem Präjudiz zuerkannte Verbindlichkeit ändern dabei etwas an der Begründungslast, die von den entscheidenden Juristen auf sich zu nehmen ist. Realität stellt sich so immer als Ergebnis von Beobachtung als einer Praxis des Unterscheidens dar und nicht etwa als deren Voraussetzung. Bleibt man also bei der Frage, „was" beobachtet wird, so ist die Antwort darauf von einer grundsätzlichen Zirkularität gekennzeichnet. Beobachtung als Prozess, als Operation, bezieht sich so immer auf Beobachtung als Produkt, als Resultat. Sie macht gewissermaßen ihren eigenen Output zum Input neuerlicher Beobachtung. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben.

Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines anderen wieder vom Fall abgehoben. Diese Verantwortung, die sich nicht einfach aneignen lässt, ist schwierig. Aber sie wird dem Juristen von außen auferlegt, schon durch die Zwänge des Verfahrens und die darin vorgebrachten Argumente; verbunden mit der Pflicht, die Entscheidung zu begründen, im Namen des Volkes. Daran zeigt sich denn nun auch endgültig, dass eine Beobachtung zweiter Ordnung die Rechtsarbeit nicht etwa bestätigend verdoppelt, sondern den Ansatzpunkt wirklicher Verantwortung im juristischen Handeln erst sichtbar machen kann. Jede Umsetzung des geltenden Rechts ist unvermeidbar auch dessen Verschiebung, Anreicherung, Komplizierung. Aber eine verantwortliche Umsetzung ist ein Gegenzeichnen des vom Parlament geschaffenen Textes. Die Rechtsnorm wird konstruiert, aber nicht beliebig, sondern so, dass sie das Gesetz als Normtext anerkennt. Nur dann ist es die Konstruktion einer Rechtsordnung und damit – in diesem Sinn – Rechtsanwendung.

Dieser Vorgang wird durch die Reflexivität von Sprache ermöglicht. Durch die Annahme der Lesbarkeit wird etwas zum Zeichen gemacht und dadurch weiteren

Lesarten ausgesetzt. Dies ist auch die Situation des juristischen Verfahrens, in dem der Normtext den widerstreitenden Lesarten der Parteien ausgeliefert ist. Zur Auswahl einer verbindlichen Lesart bedarf es der Arbeit des Verfahrens, die aber insofern an den Normtext rückverpflichtet bleibt, als sie beansprucht, ihn in Szene zu setzen. Juristisch ist damit eine Neubewertung der Kasuistik angesagt. Es gilt der Vorrang der partikularen Fallerfahrung und des Einzelfallgesetzes vor dem vorschnell generalisierenden Zugriff des allgemeinen Gesetzes. Doch müsste dies von einer entschiedenen Politisierung des Fallrechts begleitet sein, die nicht bloß den individuellen Interessenausgleich im Einzelfallkonflikt anstrebt, sondern sich explizit als Experiment an gesellschaftlichen Institutionen versteht. Wenn dies nicht nur eine leere Formel zur Wiederbelebung des stillen Zivilrechts sein sollte, dann müsste sich dies in prozeduralen Änderungen des Rechts niederschlagen, in Änderungen, die von der Kollektivierung der Klagebefugnis über öffentliche Beteiligungs- und Anhörungsrechte, über anspruchsvollere Beweisverfahren bis hin zu einem lernenden nachträglichen Umgang mit rechtskräftigen Urteilen reicht. An die Stelle einer schon im Gesetz vorhandenen Einheit tritt hier ein Stolpern des Rechts von Fall zu Fall. Je nachdem nun, wie diese Bindung ausfällt, kann man zwischen der Bindung an Normtexte und einer argumentativen Bindung unterscheiden. Während man erstere nicht einfach durch Argumente überspielen darf, vermag zweiter zwar der Entscheidungen einen Rahmen bieten, kann aber als durchaus weiteren Argumenten weichen. Vorausgesetzt nur, diese können ein Mehr an Einwandfreiheit und damit an Geltung für sich beanspruchen.

Diese Form des praktischen Holismus scheint auch eine realistische Strategie zur rechtlichen Bearbeitung von Inkommensurabilitäten zu bieten. In den Drittwirkungsfällen kollidieren oft nicht einfach Individuen, sondern ganze Sozialsysteme. Die Schärfe der Auseinandersetzung ergibt sich daraus, dass diese über keine gemeinsame Logik verfügen. Die herkömmliche Auffassung muss diese Unverträglichkeit leugnen, damit eine schon im Ganzen des Rechts vorgegebene Logik der Entscheidung unterstellt werden kann. Ein praktischer Holismus braucht die Tiefenstruktur dieser Auseinandersetzung nicht zu verdrängen, sondern bietet, die Möglichkeit, nach der Kompatibilität gesellschaftlicher Systeme zu fragen. Inkommensurable Systeme sind, wie Paul Feyerabend es ausdrückt "deduktiv getrennt". Ihre Sätze und Begriffe lassen sich nicht nur nicht in Einklang miteinander bringen, sie lassen sich vielmehr überhaupt nicht zueinander in Beziehung setzen. Versucht man es dennoch, indem man Begriffe und Sätze des einen Systems im anderen gebraucht, so führt dies zu Missverständnissen. Dieses Missverständnis lässt sich überhaupt nicht artikulieren, ohne wiederum in eines der beiden Systeme zu fallen, um sich mit den nötigen Bedeutungen auszustatten. Und was für die in ihren vom System abhängigen Begriffe und Sätze gilt, gilt natürlich umso mehr für die ihren Gebrauch anleitenden Regeln und die über deren Ratio herrschenden Prinzipien und Ontologien. Aufgrund ihrer unbedingten Auswirkung auf die Sinnproduktion durch das System sind sie universell, während genau aus dem gleichen Grund diese Universalität immer nur eine den Systemen lokale sein kann. Von daher kann es auch kein von

ihnen unabhängiges Maß geben, geben, über dessen Kamm sie sich allesamt scheren ließen. Sprachspiele sind in ihrer Eigensinnigkeit unvergleichbar. Ihre Verschiedenheit ist "radikal". Genau hier setzt die Zuspitzung durch Lyotard an. Die Sprachspiele sind für ihn nicht nur heterogen. Sie verschließen sich in ihrem Eigensinn hermetisch. Die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Sprachspiele ist geradezu total. Wo Wittgenstein meint, noch eine "Struktur von Unterschiedlichkeit bei Überschneidung" ausmachen zu können, vermag Lyotard nurmehr eine "Struktur von Heterogenität mit Abgründen" zu sehen.

Für einen horizontalen und praktischen Holismus macht es keine Schwierigkeit, die Inkommensurabilität anzuerkennen. Will man den Konflikten nicht einfach ihren Verlauf lassen, kommt als Ziel nur eine Kompatibilisierung in Betracht. Deren Möglichkeitsbedingung liegt in dem Aufeinanderbezogenwerden durch Verfahren. Ein Konflikt ist soziologisch gesehen ein hochintegriertes System von Kommunikation. Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbei reden müssten. Im Gegenteil. Kompetitives Handeln wie der semantische Kampf ist Inter-Aktion auf dem höchsten Niveau der wechselseitigen Angewiesenheit der einzelnen Züge der Sprecher aufeinander. Jedes Missdeuten des von ihm wird stehenden Fußes mit dem Misserfolg der eigenen Maßnahmen dagegen abgestraft. Um also im Rechtsstreit bestehen zu können, sind die Parteien geradezu darauf angewiesen, genau auf den anderen zu hören. Sprache wird so geradezu zum Medium von Differenz und Dissens, wie Niklas Luhmann geltend macht. Ganz überein mit Davidson sieht Luhmann in der Kommunikation kein "Mitteilungshandeln", in dem die Akteure Botschaften austauschen würden, die sie aufgrund ihnen gemeinsamer Schematismen zu entziffern hätten. Kommunikation ist auch für ihn eine "Verstehensoperation". In der kommt es zwar darauf dann, einen Sinn in die Äußerungen des Anderen zu bringen. Im Antagonismus des Anspruchs auf das eine Recht sind die Positionen nicht nur konträr. Sie stehen in der Konkurrenz einer völligen Unvereinbarkeit miteinander. Mit einem Wort, sie sind inkommensurabel. Es sind aber gemeinsame Bezugspunkte, die die Inkommensurabilität erst in Erscheinung treten lassen. Sie bieten den Angriffspunkt die Kommensurabilisierung in Arbeit zu nehmen und eine Ebene, auf der das Trennende festgestellt werden und mit der Formulierungen eines dafür zu schaffenden Idioms begonnen werden kann.

Unterschiedliche Lesarten über Normtexte koexistieren nicht. Sie konkurrieren in derselben Stelle von Sprache, die der Normtext als komplexes Zeichen von Recht darstellt. Für das Prozessieren des Rechts bedeutet dies: Zwar lesen unterschiedliche Parteien, Beobachter, Verfahrensbeteiligte die Gesetze verschieden. Aber immerhin beziehen sie die Texte auf einen gemeinsamen Konflikt. An der Gemeinsamkeit des Streits lässt sich arbeiten. Diese Arbeit muss sich als zeitlicher Vorgang in einem Verfahren vollziehen. Eine bloße Erkenntnis könnte keine Gemeinsamkeiten zutage fördern. Epistemische Evidenz gemeinsamer Grundlagen scheitert an der Getrenntheit der System. In Wirtschaft und Kunst, in Politik und Wissenschaft verwendet man zwar manchmal dieselben Worte, aber ihr Sinn unterliegt einer jeweils verschiedenen Codierung. Deswe-

gen kann man im Wege der Erkenntnis nur Verschiedenheit entdecken. Gemeinsamkeiten müssen demgegenüber erfunden werden. Evidenzen lassen sich nicht auffinden, sie müssen in einer gemeinsamen sozialen Interaktion geschaffen werden. Gute Rechtsprechung kann den Zusammenprall unterschiedlicher Teilsysteme kultivieren, indem sie beide in einer sozialen Interaktion hält und an die Stelle epistemischer Evidenzen die Herstellung gemeinsamer Evidenzen im Verfahren setzt.

III. Von der divisionalen zur reflexiven Grundrechtstheorie

Die Aufgabe des Rechts in den Kollisionen unterschiedlicher Rationalitäten ist es hierbei, die jeweiligen Codes von Heteronormierungen freizuhalten. Daraus ergibt sich eine dreigliedrige Programmatik: (1) Vom monistischen zum polyzentrischen Grundrechtsmodell: Die Polyzentrik der Gefährdungslagen verlangt eine polyzentrische Grundrechtstheorie. Das maßgeblich von Günther Dürig geprägte mittelbare Drittwirkungsprogramm, das vorgibt vom Zentrum der Menschenwürde aus das Systemganze administrieren zu können, ist durch ein Modell zu ersetzen, das als zentrale Aufgabe beinhaltet, die ubiquitäre Privatautonomiebalancierung aufzugeben. (2) Von der Handlungs- zur Kommunikationsfreiheit: Hier geht es darum, den linguistic turn im Recht nachzuvollziehen und 'Handlung' als ein rechtlich generiertes Konzept zu begreifen. Statt der Fixierung auf die Absicherung individueller Freiheit ist Freiheit“ in einen komplexen Zusammenhang zu stellen. Aufgabe des Rechts ist es, in der Kollision unvereinbarer Rationalitäten gesellschaftliche Autonomieräume zu gewährleisten. (3) Von der mittelbaren zur unmittelbaren Grundrechtsgeltung in Privatrechtsverhältnissen: Die Grundrechtsgeltung in Privatrechtsverhältnissen ist Ergebnis einer Inbezugsetzung von einfachen und grundrechtlichen Rechtstexten. Grundrechte gelten in Privatrechtsverhältnissen nicht lediglich mittelbar sondern binden unmittelbar.

Das impliziert insbesondere eine Abkehr von Günter Dürigs Modell. Dürig hat wie kein anderer die aktuell vorherrschende mittelbare Drittwirkungsdoktrin geprägt. Dürig setzt aber an entscheidenden Stellen auf Leerformeln wie Wesensgehalt oder Objektformel. Dadurch wirkt der scheinbar so bestechende Vorschlag dysfunktional, kann insbesondere die grundrechtlichen Kollisionslagen nur unzureichend bearbeiten, ist aber symptomatisch für ein Theoriemodell, das vorgibt, von den Berggipfeln aus die kollidierenden Lithosphärenplatten administrieren zu können. Diese Formulierungen führen ihr eingeschlossenes Ausgeschlossenes auf der Innenseite mit. Insbesondere ist ihnen Art. 1 Abs. 2 GG entgegenzuhalten, wonach die Grundrechte „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ sind. Liest man diese Norm in Zusammenhang mit der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG eröffnete sich die die Möglichkeit, die Grundrechte zu entsubstantialisieren und Schutzmechanismen gegen polyzentrische Gefährdungen von Autonomieräumen in die Privatrechtsverhältnisse einfließen zu lassen.

Hierbei ist die ubiquitäre Privatautonomiebalancierung und ihr Bezug zum

Sozialstaatsprinzip aufzugeben, da es nicht gelingt, ein verfassungsrechtliches Menschenbild zu fixieren und einen darauf bezogenen konsistenten Schutzstandard rechtlich zu stabilisieren. Argumentationen, die als Telos eine Trennung von Staat und Gesellschaft einführen und meinen, von der Innenseitte dieser Unterscheidung, d.h. vom Staat, aus, die Grundrechte in ein rechtslogisches System überführen zu können, sind durch ein polykontexturales Konzept, das auf gesellschaftliche Autonomieräume setzt, zu substituieren. Denn die Begriffe Freiheit und Würde sind als werthaft formulierte Bezeichnungen für die Innen- und Außenproblematik der Selbstkonstitution von Individuen zu verstehen und sichern unabhängige Erwartungsbildung fern der systemischen Zentren Die Dramatik der Probleme wird sichtbar, die Schärfe der Entscheidungsoptionen gewinnt an Profil, wenn im Verfahren auf die Augenwischerei der Prinzipien- und Werteoptimierung verzichtet wird. Denn diese versucht gesellschaftliche Auseinandersetzung über institutionelle Probleme mit vertikal-holistischer Tendenz zu kaschieren. Das hat dysfunktionale Auswirkungen, da es nicht annähernd möglich ist, die integritätsgefährdenden Kommunikationsaktverkettungen rechtlich abzubilden und ihre expansiven Dynamiken sichtbar zu machen.

Dies generalisiert erweisen sich Summenkonstanzannahmen von individuellem Freiheitsprinzip und polit-systemischer Sozialbindung als inadäquat. Sie berechnen die subtilen Freiheitsgefährdungen in anderen "öffentlichen Sphären" nicht mit und sie verkennen, dass die Funktion subjektiver Rechte darin liegt, an Stellen, an denen gesellschaftliche Autonomieräume gefährdet sind, rechtliche Zugangsmöglichkeiten zu eröffnen. Keine Rechtsentscheidung kann hierbei ohne die Bezugsetzung zu grundrechtlich gesicherten Autonomieräumen beurteilt werden. Die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen im Bereich der Privatrechtsverhältnisse liegt nicht in einem grundrechtlichen Vakuum, sondern jede Berufung auf ‚das Recht' im Privatrechtsverkehr – sei es in Vertragsbeziehungen, sei es innerhalb privatrechtlicher Organisationen, sei es innerhalb von Rechtfertigungsargumentationen in Bezug auf unerlaubte Handlungen, sei es im Rahmen rechtlich eingehegter Netzwerkverhältnisse, sei es im Rahmen der Bildung von Gewohnheitsrecht – auch eine grundrechtliche Dimension entfaltet. Das Recht, anders gesagt, ist ohne Verfassungsbezug nicht zu haben.

Daraus ergeben sich insbesondere drei Dimensionen der Zuteilung von Rechten unmittelbar aus den Grundrechten, wenn die Vereinbarkeit von einfachem Recht mit Verfassungsrecht in Frage steht: Sowohl Akte des politischen Systems (Exekutive, Judikative), Gerichtsentscheidungen als auch privates Verhalten sind grundrechtsdurchformt. Die grundrechtliche Horizontalwirkung erscheint dann als Sonderfall der systematischen Auslegung des einfachen Rechts unter Akzentuierung des verfassungsrechtlichen Rechtssatzes. Hier bietet sich dann die Möglichkeit zur komplexitätsadäquaten Differenzierung, indem an die Stelle einer vertikal-holistischen Zentralverwaltung im Rahmen des Vorgangs der praktischen Konkordanz durch den Systemgerechtigkeitsbegriff eine differenzierte Betrachtung unterschiedlicher Autonomiegarantien rückt. Entgegen herkömmlichen Mediatisierungs- und damit Eingrenzungsvorstellungen kann weder der

Konkretisierungsvorgang hinsichtlich der Generalklauseln noch in Bezug auf präziser gefasste Normen unter Suspension der grundrechtlichen Inbezugsetzung erfolgen. Die Grundrechte können über die in diesem Zusammenhang notwendigen Resubjektivierungen auch im Privatrechtsverkehr unmittelbare subjektive Rechte gegenüber anderen Privatpersonen vermitteln, ohne dass dafür jeweils eine anspruchsbegründende einfachgesetzliche Norm als Eingangsadresse für die rechtliche Argumentation gegeben sein müsste. Das ergibt sich daraus, dass im Hinblick auf grundrechtlich garantierte Autonomierechte das diese vermittelnde Gesetz ohne eigene Funktion ist, wenn nicht das Grundgesetz selbst mehrere Alternativen gestattet. Mit anderen Worten: Die Grundrechte selbst verbieten eine entsprechende Gestaltung bzw. ein entsprechendes grundrechtswidriges Verhalten. Die herkömmlicherweise als geltungsvermittelnde ‚Brückennormen' verhandelten §§ 138, 823, 1004 BGB ändern daran nichts, wären die Normen doch ansonsten insoweit verfassungswidrig.

Die Formen der Konkretisierung subjektiver Grundrechtsberechtigungen weisen in ihrer privatgerichteten Dimension keine strukturellen Unterschiede zu den staatsbezogenen subjektiven Rechten auf. Die Grundkategorien bilden auch hier Abwehrrecht, Leistungsrecht und Bewirkungsrecht. Für alle drei Schutzrichtungen verbietet sich eine unmittelbare Übertragung etatistische geformter Schutzschemata. Aus diesem Grund sind Befürchtungen, eine unmittelbare Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung Privater bewirke eine die Grundrechtsadressaten unzulässig entdifferenzierende und die Privatautonomie untergrabende Ordnung gedankliches Opfer eigener Undifferenziertheit. Denn tatsächlich werden unmittelbar grundrechtlich vermittelte, subjektive Rechte bereits aktuell in einer Vielzahl von Konstellationen von den Gerichten gewährt.

IV. Grundrechtskollisionsrecht

Die konkreten rechtsogmatischen Folgen des kollisionsrechtlichen Ansatzes werden abschließend an drei Fallbeispielen plausibilisiert.

(1) „Bürgschaftsfälle" - Sofern das Bundesverfassungsgericht hier "kollidierende Grundrechtpositionen" einander zuordnet und ihre weitest mögliche Wirksamkeit einfordert, bewegt es sich im Rahmen einer Kompatibilisierungstechnik, die in Anknüpfung an Formulierungen der beiden Smend-Schüler Konrad Hesse und Richard Bäumlin üblicherweise als "praktische Konkordanz" bezeichnet wird. Das Verfahren hat den Anspruch, durch eine Abwägung einen Ausgleich herbeizuführen, der beide Rechtsgüter angemessen zur Geltung bringt. Neben der Aufwertung der *caritas* (Gratian), d.h. allgemeiner Gemeinschaftsgüter (Bäumlin), führt diese Technik der praktischen Konkordanz unmittelbar in die Problematik einer methodisch ungeleiteten Abwägung. Der vertikal-holistische Gestus der Figur der "praktischen Konkordanz" verzerrt die Darstellung der gesellschaftlichen Konflikte im Recht hierbei nicht unerheblich. Die Bürgschaftsentscheidungen manifestieren dies: Im Arrangement von Grundrechts- und Gemeinschaftswerten anlässlich konkreter Konfliktsituationen geht der Blick auf den gesellschaftlichen Problemdruck, der erst zum Rechtskonflikt geführt

hat, verloren. Statt sich um eine Reformulierung des Konflikts in die *quaestio iuris* zu bemühen, richtet sich der Fokus im Rahmen einer typisierenden Betrachtung auf vertragliche Ungleichgewichtslagen, strukturelle Benachteiligungen, um die Ausschaltung emotionaler Zwangssituationen, insgesamt also um die Möglichkeitsbedingungen einer nicht heterodeterminierten Inanspruchnahme von Privatautonomie. Die Folgerungen lauten: (a) In den geschilderten Bürgschaftsfällen kollidieren nicht Rechtspositionen unterschiedlicher Grundrechtsträger sondern normative Erwartungsensembles. Der gesellschaftliche Konflikt stellt sich als ein Konflikt des Wirtschaftssystems mit familiären Handlungslogiken (Art. 6 GG) bzw. mit im Arbeitnehmerverhältnis gebildeten Normenbündeln (Art. 12 GG) dar. (b) Die Polyzentrik der Gefährdungslagen fordert eine Neugestaltung der Grundrechtsdogmatik. Grundrechte können nicht nur durch das politische System in Form von Eingriffen oder Unterlassungen verletzt werden. Die grundrechtsbeschränkenden Auswirkungen anderer Medien (hier: Wirtschaft) folgen je eigenen Logiken und werfen je spezifische Fragestellungen auf. (c) Zur Lösung der Konflikte zwischen grundrechtlich geschützten Autonomieräumen und den gesellschaftlichen Großsystemen bedarf es keiner Werte- und Prinzipienabwägung sondern der gesellschaftlichen Setzung von Inkompatibilitätsnormen, d.h. von Normen, die grundrechtlich geschützte Binnenräume (der Familie, des Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnisses) vor der Korruption durch andere Rationalitäten schützen.

(2) Die rechtliche Reaktion auf die Probleme der globalen Risikogesellschaft werden sodann anhand des Umgangs mit Technikrisiken skizziert. Als Ausgangsbeispiel dient ein 1989 vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof entschiedener Fall zu einer Anage, in der gentechnisch veränderte Medikamente hergestellt wurden (Höchst AG). Der Fall wird bis heute kontrovers diskutiert. Die Besonderheit des Beschlusses des HessVGH liegt darin, dass die Entscheidung zwar die vertikal-holistische Logik der bundesdeutschen Grundrechtsarchitektur konsequent zu Ende denkt, dass die herrschende Lehre dieses spezifische Arrangement von Fundamentalprinzipien aber dennoch für "rechtlich nicht haltbar" erachtet. Ausgehend von diesem Fall werden sodann Tendenzen transnationaler, reflexiver Risikosteuerungsprozesse im Bereich der Gentechnikregulierung aufgezeigt. In diesem Sinne erweist sich die vom HessVGH aufgezeigte Verknüpfung der objektiv-rechtlichen Seite mit den Schutzpflichten *in abstracto* ganz im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Diese Begründung ist wegen ihrer etatsistischen Zentrierung angreifbar, im Ergebnis allerdings richtig, weil sie die human-bezogene Schutzrichtung der Grundrechte gegen institutionelle Eingriffe dadurch effektuiert hat, dass sie soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen, d.h. anonymen kommunikativen Matrices, geschaffen und gerade hierdurch die Integrität von Individuen vor nicht auszuschließenden Schädigungen geschützt hat. Die Auswirkungen einer Transformation der rechtlichen Strukturierung von Risikoentscheidungen in Grundrechtskollisionslagen sind für die Rechtspraxis kaum dramatisch, wenn man die exklusive Zuweisung von Schutzaufträgen an die Politik überwindet.

Dem Recht wäre hingegen eine eigene Funktion bei der Moderation sozialer Konflikte zuzugestehen (was allerdings nicht impliziert, dass es keine sinnvollen Formen juridifizierter Dejuridifizierung und der Entscheidungsrückgabe an das politische System unter prozeduralen Auflagen geben könnte). Dass dieses Desiderat sich jedoch nicht allein an das deutsche Recht und den deutschen Gesetzgeber richten lässt, sondern dass sich die dargestellten Fragen der Inkommensurabilität unter den weltgesellschaftlichen Rahmenbedingungen von Risikoentscheidungen im Bereich der Gentechnologie radikalisieren und die gentechnologiebezogenen Auseinandersetzungen mittlerweile auf transnationaler Ebene, d.h. im Weltrecht, geführt werden, manifestiert das Ausmaß an Naivität, das in Forderungen begründet liegt, adäquate Risikosteuerung sei nur durch nationale Politikzentren in Kooperation mit nationalen Sachverständigenkommissionen möglich. Die zentrale Rolle des deutschen Gesetzgebers ist für Fragen der Humangenetik, wie auch der "grünen Gentechnologie" schwer auszumachen. Maßgebliche Impulse erhalten die politischen Regelungsbemühungen vielmehr durch das unionale Recht, in Sachverständigenkommissionen, Ethikräten, im europäischen Komitologieverfahren, durch zivilgesellschaftliche Gruppen und durch Prozesse in globalen Regimes. Gerade letzteres macht die Grenzen vertikal-holistischer Argumentationsmodelle deutlich, denn hier zeigt sich, dass die Herausforderung der Interlegalität durch weltgesellschaftliche Regulierungsmechanismen eine völlig neue Dynamik erhalten hat. In dieser gilt es, Selbstregulierungsmechanismen in transnationalen Entscheidungsprozessen prozedural zu steuern, demokratische Ansätze rechtlich abzustützen und die vielfältigen Formen der Regime-Kollisionen zu moderieren.

(3) Europäische Kommunikationsfreiheiten – Das letzte Fallbeispiel bildet eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs. Die Entscheidung manifestiert die Gefährdungsdimension für Grundrechte in Kollisionslagen, in denen *personale Grundrechte* als innergesellschaftliche Autonomieräume, die nicht auf Institutionen, sondern auf die sozialen Artefakte „Personen" zugerechnet werden, gefährdet werden. Die personal bezogenen Grundrechtsformulierungen sind auf bestimmte Gefahrenpunkte angesetzt, in denen kommunikative Matrices dazu tendieren, über ihre partiallogischen Funktionen hinauszugreifen und Personen einer spezifischen Subsystemrationalität zu unterwerfen. Andererseits liegt der Sinn personaler Kommunikationsrechte aber auch immer zugleich in der Instaurierung von Schutzeinrichtungen, die von politischer, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher und religiöser Determination unabhängige Erwartungsbildungsprozesse sichern. Die Forderung, einen Dualismus von formal organisierter Rationalität und informaler Spontaneität als dynamisches Zusammenspiel ohne den Primat des einen oder des anderen rechtlich abzusichern, knüpft dann, wie bei Habermas, an die inpersonale Grundrechtstheorie Ridders an, überantwortet die Gewährleistung der personalen Grundrechte und institutionellen Autonomieräume allerdings nicht allein dem politischen System. Die Probleme des Abwägungspragmatismus gewinnen hierbei im europäischen Rechtsraum dadurch an zusätzlicher Brisanz, dass im Bereich der europäischen Grundrechte eine unspezifische und undifferenzierte

Schrankensystematik vorherrscht. Der hier vertretenen Ansatz titt für eine Sensibilisierung hinsichtlich der horizontalen Konstitutionalisierung und der dadurch generierten privatrechtlichen Responsivitätspflichten ein. Dies ist in der Schutzdimension personaler Kommunikationsfreiheit in mehrfacher Hinsicht zu präzisieren: (a) Gewaltfreie Kommunikationsakte sind wirtschaftsrationalem Verhalten gegenüber unmittelbar vorrangig, weshalb Behinderungen des Warenverkehrs, die durch Einsatz physischer Gewalt verursacht sind, keinen Schutz beanspruchen können. Im Hinblick auf Artikel 2 der VO 2679/98, nach dem die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik, nicht beeinträchtigt werden dürfen, ist zu ergänzen, dass dies auch für die Beachtung der unionalen Grundrechte gelten muss. (b) Die als unionales Grundrecht gesicherte Kommunikationsfreiheit fordert *in ihrer personalen Dimension,* dass private Kommunikationsakte, die sich gewaltfrei für Belange einsetzen, die die Warenverkehrsfreiheit in welcher Form auch immer, beeinträchtigen können oder dies beabsichtigen, unter keinen Umständen als Verletzungen der Warenverkehrsfreiheit zu werten sind. Sowohl die Frage nach dem Zweck der Kommunikation als auch die vom EuGH genannte "Atmosphäre der Unsicherheit" für den Warenhandel in der EU scheiden als Rechtfertigungsmöglichkeiten für Einschränkungen der Kommunikationsfreiheiten aus. (c) Eine auf die Beeinflussung des unionalen bzw. mitgliedstaatlichen Meinungsbildungsprozesses gerichtete Prohibitions- und Pönalisierungspflichten für Akte, die als Ausübung des Grundrechts auf personale Kommunikationsfreiheit einzustufen sind und die durch diese Ausübung die Warenfreiheit behindern können, kann nicht generiert werden. Das Versammlungsrecht verhindert dabei u.a., dass Unionsbürger auf einen *homo oeconomicus* reduziert werden und ermöglicht, dass sie ihren Protest an Orten und in Formen sichtbar machen können, die einen klaren Bezug zum Demonstrationsgegenstand haben. Diese Ausgestaltungen von Meinungs- und Versammlungsfreiheit wirken Tendenzen entgegen, die europäische Grundrechte und -freiheiten als starre Garantie der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung missverstehen. Sie garantieren, dass diese unionale Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung zur Disposition des demokratischen Prozesses besteht und vermeiden eine rechtlich erzwungene Tabuisierung der Lebens- und Umweltbedingungen der vom freien Warenhandel Betroffenen.