



This text is a preprint of:

**Ralph Christensen/Friedemann Vogel, Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtsprechung:**

**Eine Abwägung von Prinzipien findet nicht statt, in: 44. Rechtstheorie (Hrsg.), Freiburg i. Br./Ilvesheim 2013, S. 29 – S. 60.**

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph/Vogel, Friedemann (2013): "Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtsprechung:**

**Eine Abwägung von Prinzipien findet nicht statt" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: 44. Rechtstheorie (Hrsg.), Freiburg i. Br./Ilvesheim (2013): S. 29 – S. 60.)**

Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtsprechung:

Eine Abwägung von Prinzipien findet nicht statt

Von Friedemann Vogel, Freiburg i. Br., und Ralph Christensen, Ilvesheim

„Abwägung“ und „Prinzipien“ gelten in der Rechtstheorie als Schlüsselworte für das Verständnis der Jurisprudenz vornehmlich im Verfassungsrecht. Die Standards der juristischen Methodik werden zunehmend von diesen Begriffen verdrängt. Dies gilt vor allem für den Bereich der Grundrechte. Im Falle ihrer Kollision werden sie im Wege der praktischen Konkordanz gegeneinander „abgewogen“. Sogar von Art. 1 GG, der dem Wortlaut des Grundgesetzes nach unantastbar ist, wird behauptet, dass ihn die Gerichte im Wege einer verdeckten Operation durch „Abwägung“ einschränkten. Bevor man sich also von der juristischen Methodik verabschiedet, sollte man den Begriff Abwägung zunächst klären. Es wird sich dabei zeigen, dass die Unklarheit bei der Theorie liegt und nicht bei den Gerichten.

## I. Was heißt Abwägung?

Das Wort „Abwägung“ kann in mehrfacher Weise verwendet werden. Der Ausdruck wird in der Logik und philosophischen Argumentationstheorie für das heftig diskutierte ›konduktive Argument‹ gebraucht. In der Rechtstheorie wird das Wort „Abwägung“ für einen ›von der Semantik des Gesetzes getrennten Ausgleich von Prinzipien‹ verwendet. Schließlich erscheint das Wort bei den Gerichten, wenn sie den durch die ›Verarbeitung von Einwänden angetriebenen

Prozess der lokalen Ausarbeitung der Semantik $\langle$  benennen. Wenn das Wort „Abwägung“ auftaucht, ist also darauf zu achten, mit welcher Operation diese Figur eingelöst werden soll.

## 1. Konduktives Argument

Ob es neben dem deduktiven, induktiven und abduktiven Argument noch ein konduktives Argument gibt, wird seit einigen Jahren in der philosophischen Argumentationstheorie und Logik diskutiert. Ergebnis dieser Debatte ist vorläufig, dass man ein konduktives Argument dann für möglich hält, wenn es in der Diskussion gelinge, die unterschiedlichen Rahmen der am Streit beteiligten Personen so in Beziehung zu setzen, dass eine Hierarchie entstehe. Das konduktive Argument zieht also die Folgerung aus einer vorangegangenen Rahmenhierarchisierung. Diesem Ergebnis ging aber eine Entwicklung voraus. Es wurde darum gestritten, ob sich aus der Abwägung wirklich eine Technik machen lasse, weil man dabei auf das Problem heterogener Argumente stoße. Diese kommen aus verschiedenen Kontexten und seien deswegen nicht vergleichbar. Bevor eine Abwägung stattfinden könnte, müssten diese Argumente erst vergleichbar gemacht werden. Wie will man aber das Persönlichkeitsrecht gegen das Interesse der Gemeinschaft an der Strafverfolgung oder die Religionsfreiheit einer gesellschaftlichen Gruppe gegen die Kunst- oder Pressefreiheit einer Zeitungskarikatur abwägen?

Wenn es „Abwägung“ als  $\rangle$ Technik $\langle$  geben sollte, müsste sie sich als implizite Kompetenz im sprachlichen Handeln pragmatisch rekonstruieren lassen. Ansatzpunkt könnte dabei die Pro- und Kontra-Argumentation sein, wie sie sowohl im Recht, als auch in anderen Lebenszusammenhängen vorkommt. Sollen also die Strafverfolgungsorgane ein Tagebuch verwerten können? Man könnte im Sinne einer Pro- und Kontra-Argumentation zunächst alle Argumente, die dafür sprechen, und alle Argumente, die dagegen sprechen, sammeln, dann numerisch gewichten und schließlich das Ergebnis errechnen. Diese Vorstellung geht aber an der Realität von Argumentation und den Kompetenzen, die dabei entfaltet werden, vorbei. Dies sieht man bei genauer Betrachtung von Argumentationsprozessen sofort. Für eine Verwertung kann vorgebracht werden, dass in vielen Fällen mit der Verwertung des Tagebuchs die Motive und der Ablauf der Tat besser verstanden werden können. Die Strafverfolgung würde also effektiver. Gegen die Verwertung könnte sprechen, dass die Persönlichkeitsentwicklung ein Medium zur Selbstreflexion braucht, welches dem Zugriff Dritter entzogen ist. 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 der Strafrechtspflege, das zweite Argument ordnet das Problem aus der Sicht der Persönlichkeitsentwicklung. Die beiden spielentscheidenden Tore sind also auf verschiedenen Spielfeldern erzielt worden. Eine „Abwägung“ im Sinne des konduktiven Arguments stößt also auf das Problem der Heterogenität der argumentationsgenerierenden Kontexte.

Man könnte nun auf dieses Problem reagieren, indem man das relative Gewicht

der Kontexte fixierte und diese Gewichtung in die einzelnen Kontexte hinein fortsetzte. Dann ließe sich tatsächlich ein ‚Wägevorgang‘ durchführen. Hierzu brauchte man einen Geist des Vergleichs. Aber wie soll man die Prioritäten bilden? Man ist geneigt, dabei an Fälle zu denken, wo diese Prioritätenbildung einmal gelingt. Der Vergleich im Prozess ist dabei ein Beispiel. Hier gelingt es den Parteien, die Verschiedenheit ihrer Rahmungen in einem gemeinsamen übergeordneten Rahmen aufzuheben. Außerhalb eines Vergleichs kann man Persönlichkeitsentwicklung für wichtiger halten als Steuergerechtigkeit und deswegen die Verwertung von Tagebüchern für die Steuerfahndung ablehnen. Aber schon bei außergewöhnlichen und schwer nachzuvollziehbaren Verbrechen kann sich diese Wertung umkehren. Also stoßen wir damit auf ein grundlegendes Problem des Versuchs, Argumentation mit dem Bild des Abwägens zu beschreiben. Diese grundsätzliche Schwierigkeit liegt in der quantitativen Metaphorik. In Argumentation geht es um Qualitäten. Sollen diese quantitativ untereinander verglichen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grundlage.

Die philosophische Argumentationstheorie hat in mehreren Diskussionsschritten auf dieses Problem reagiert. Zunächst wurde vorgeschlagen, die nicht einlösbare Gewichtsmetaphorik durch eine Kraftmetaphorik zu ersetzen<sup>1</sup> 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 Waagschalen-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.<sup>2</sup> Daran anschließend wurde vorgeschlagen Argumenten Ziffern zuzuordnen, die ein Errechnen der Folgerung ermöglichen sollten.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

Abwägung ist also nur dann ein Verfahren, wenn es den Beteiligten gelingt, ein Medium des Vergleichs zu etablieren, also einen Rahmen zu finden, der die beiden unterschiedlichen Rahmen beider Seiten erfasst. Dies wird natürlich häufig vorkommen in Schiedsgerichtsverfahren und im Vergleich. Ansonsten muss der Richter entscheiden. Wie kann er dann noch legitimieren, dass er den

---

<sup>1</sup>A., Naess, Kommunikation und Argumentation, Kronberg/Ts. 1975. Grundlegend *H. Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, Würzburg 2008, S. 316 ff.; *T. Goviers*, A Practical Study of Argument, 3. Aufl., Belmont/California 1992, S. 312 ff.

<sup>2</sup>*Govier* (FN 1), Kap. 4. Vgl. zur Kritik *H. Wohlrapp*, Über nicht-deduktive Argumente, in: P. Klein (Hrsg.), Praktische Logik, Göttingen 1996, S. 217 ff.

<sup>3</sup>*W. Schmidt-Faber*, Argument und Scheinargument, München 1986 sowie *Ch. Luhmer*, Praktische Argumentationstheorie, Bauschweig 1991. Grundlegende Kritik bei *H. Wohlrapp*, Heterogenität als argumentationstheoretisches Problem, in: H. Paschen/L. Wigger (Hrsg.), Schulautonomie als Entscheidungsproblem. Zur Abwägung heterogener Argumente, Weinheim 1996, S. 43 ff.

<sup>4</sup>*Wohlrapp* (FN 3), S. 45 ff.

Parteien einen Rahmen aufzwingt, den sie selbst nicht gefunden haben?

Hier bieten sich zwei Wege an: Einmal dadurch, dass er einen von den Parteien über die Prinzipien der Rechtsordnung und ihre eigene Kommunikation schon immer vorausgesetzten Rahmen aufdeckt. Zum anderen dadurch, dass er den vermittelnden Rahmen möglichst an allen vorgetragenen Argumenten der Parteien überprüft und dann eine Semantik lokal ausarbeitet, die er mit dem Gesetz demokratisch legitimiert. Abkürzend könnte man von einem Prinzipienaufdeckungsmodell oder einem Semantikausarbeitungsmodell sprechen, wobei das erste sich auf die Einheit der Rechtsordnung und das zweite sich auf lokal vorgetragene Einwände verlässt.

## 2. Abwägung von Prinzipien

Die zweite Bedeutungsvariante von „Abwägung“ wird in der Rechtstheorie vertreten: „Abwägung“ als ›Ausgleich zwischen Prinzipien‹. Auch in der Rechtstheorie war dieser Begriff allerdings immer umstritten. Das Problem der fehlenden Technik wurde klar gesehen: „Gegen das Konzept der Abwägung ist immer wieder eingewandt worden, dass es keine Methode darstelle, die eine rationale Kontrolle ermögliche. Wert und Prinzipien regeln ihre Anwendung nicht selbst, also bleibe die Abwägung dem Belieben des Abwägenden überlassen. Wo die Abwägung beginne, höre die Kontrolle durch Normen und Methoden auf. Es öffne sich der Raum für richterlichen Subjektivismus und Dezisionismus. Diese Einwände treffen zu, soweit mit ihnen gesagt wird, dass die Abwägung kein Verfahren ist, das in jedem Fall zwingend zu genau einem Ergebnis führt. Sie treffen aber nicht zu, soweit hieraus der Schluss gezogen wird, dass die Abwägung kein rationales oder ein irrationales Verfahren ist.“<sup>5</sup> Das klingt zunächst gut. Denn tatsächlich wollen wir vom Richter nicht wissen, ob er Strafverfolgung lieber mag als das Recht der Persönlichkeit oder umgekehrt. Statt einer Dezision bräuchten wir also Argumente: „Einem derartigen Dezisionsmodell der Abwägung kann jedoch ein Begründungsmodell gegenübergestellt werden. In beiden Modellen ist das Ergebnis der Abwägung ein bedingter Präferenzsatz. Im Dezisionsmodell ist die Festsetzung des Präferenzsatzes das Ergebnis eines rational nicht kontrollierbaren psychischen Vorganges. Das Begründungsmodell unterscheidet demgegenüber zwischen dem psychischen Vorgang, der zur Festsetzung des Präferenzsatzes führt, und dessen Begründung.“<sup>6</sup>

Auch das klingt wieder vielversprechend. Aber das Wichtige an diesem Begründungsmodell ist, dass es nicht von der Semantik des Gesetzes und der Argumentation der Beteiligten abhängt: „Allerdings scheiden semantische Argumente aus, wenn mit der Feststellung der Kollision über die Anwendbarkeit der infrage kommenden Grundrechtsbestimmungen vom Wortlaut her bereits entschieden ist.“<sup>7</sup> Hier meldet sich wieder der Wunsch nach einem den ‚Wechselfällen der Sprache‘ entzogenen Recht. Die Bedeutung lasse sich nicht unmittelbar aus den

---

<sup>5</sup>R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1994, S. 143.

<sup>6</sup>Ebd., S. 144.

<sup>7</sup>Ebd., S. 143.

Gesetzesbegriffen gewinnen. Dafür wird das Problem an eine zweite Rechtsquelle weitergereicht. Die fehlende Bedeutung wird zur ‚Lücke‘. Wenn das Gesetz keine vorgegebene Bedeutung habe, so müssten andere Maßstäbe in die Bresche springen.

### 3. Abwägung als lokale Ausarbeitung der Semantik

Die dritte Bedeutungsvariante von „Abwägung“ verwendet diese Bezeichnung weder als konduktives Argument, noch als Ausgleich von Prinzipien. Bezeichnet wird damit ein ›von der Verarbeitung von Einwänden vorantriebener Vorgang der lokalen Ausarbeitung der Semantik von Rechtsbegriffen‹: Geht man mit einer linguistisch aufgeklärten Methoden- und Argumentationslehre davon aus, dass der Normtext (...) noch nicht die Norm ist, weil diese sich erst aus der Konkretisierung im Einzelfall ergibt, kennt das Grundgesetz keine einzige Norm, die auf axiomatisch vorausgesetzten und außer Diskussion gestellten Prämissen beruht.<sup>8</sup> Bevor man subsumieren kann, muss die Semantik feststehen. Man sieht das am Beispiel des umstrittenen Begriffs der „Menschenwürde“: Es ist hier zwischen der Garantie der Menschenwürde als Verfassungssatz und dessen Konkretisierung im Fall zu unterscheiden.<sup>9</sup> Die meisten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts betonen einerseits die Absolutheit der Würdegarantie, und andererseits nehmen sie eine Differenzierung nach berührten Rechtsgütern<sup>10</sup> oder der Täter- bzw. Opferrolle<sup>11</sup> vor. Man darf also die Absolutheit der Menschenwürde nicht mit dem Fehlen von Differenzierungen gleichsetzen:<sup>12</sup> „Eine situationsbezogene Differenzierung bedeutet nicht, dass ein an sich bestehender Achtungsanspruch mit kollidierenden Verfassungsbelangen wie dem Schutz von Leib und Leben abgewogen wird. Vielmehr erschließt sich der Achtungsanspruch des Einzelnen in einer konkreten Situation aus dem verfassungsrechtlichen Leitbild des Menschen als Person in seiner Verantwortung für autonomes Handeln und auch seiner Schutzbedürftigkeit etwa bei Krankheit, Behinderung oder Bedrohung durch Dritte. Dies meint auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn sie eine Verletzung der Menschenwürde immer von der ‚Ansehung des konkreten Falls‘ abhängig macht. Der einmal ermittelte Achtungsanspruch kraft menschlicher Würde unterliegt keiner weiteren Abwägung mit Grundrechten und anderen Verfassungsbelangen. So findet auch ein Grundrecht mit einem besonderen Stellenwert in der verfassungsrechtlichen Wertordnung wie die Meinungsfreiheit absolute Schranken im Würdeanspruch

---

<sup>8</sup> Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke, Dignitas absoluta. Ein kritischer Kommentar zum Absolutheitsanspruch der Würde, in: dies. (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2009, S. 14.

<sup>9</sup> Matthias Herdegen, Die Garantie der Menschenwürde: Absolut und doch differenziert?, in: Gröschner/Lembcke (FN 8), S. 97.

<sup>10</sup> BVerfG 109, S. 279 ff., 313 ff.; Manfred Baldus, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – Absolut geschützt, aber abwägungssoffen, in: JZ 2008, S. 218 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 115, S. 118 ff., 160 ff.

<sup>12</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Matthias Herdegen, Die Garantie der Menschenwürde: Absolut und doch differenziert?, in: Gröschner/Lembcke (FN 8), S. 95.

des Einzelnen.“<sup>13</sup>

## II. Theorie der Abwägung: Von der Gesetzessemantik zu den Rechtsprinzipien

In der Jurisprudenz wird die Abwägung entweder von vornherein abgelehnt oder mittels einer philosophischen Fundierung emphatisch bejaht. Was zwischen diesen Extremen fehlt, ist eine Analyse der gerichtlichen Praxis der Abwägung. Aber natürlich braucht man auch dazu zunächst eine Theorie.

### 1. Der platonistische Regelbegriff der Juristensemantik

Es war ein alter Traum, die Welt des Rechts mittels ‚der‘ Begriffe zu beherrschen. Das Wuchern der Ausnahmen von ‚unbestimmten‘ oder ‚vagen Begriffen‘ und mehr noch das in ihrer Systematisierung liegende Eingeständnis, dass sie eher die Regel sind, perforieren unvermeidlich die juristische Idee vom Normalfall sprachlichen Funktionierens. Die Praxis hat an diese Stelle die Verkettung von Präjudizien gesetzt (siehe unten). Die Theorie hat zum Teil versucht, der Vorstellung eines die Welt beherrschenden, also überweltlich ontologisierten Begriffes mit logischen oder philosophischen Mitteln aufzuhelfen.

#### a) Die Gesetzespositivistische Semantik

In der deutschen Jurisprudenz gibt es eine spezielle „Juristensemantik“, welche von Hans-Joachim Koch/Helmut Rießmann ausgearbeitet wurde und in der Schule von Robert Alexy übernommen wird. Sprache ist dort als Summe von vorgegebenen Regeln verstanden. Im Ernstfall eines streitigen Begriffs sind diese dann natürlich ungreifbar oder „vage“ und werden durch abstrakte Prinzipien ersetzt, die dann im Rahmen einer philosophischen Theorie gegeneinander ‚abgewogen‘ werden sollen. Vagheit ist in diesem Rahmen ein Mittel, von der Sprache, zu der jeder Sprecher Zugang hat, zur Rechtswissenschaft zu gelangen, zu der nur noch Spezialisten Zugang haben. Das Theorem führt damit zur Entmündigung der im wirklichen Verfahren beteiligten Sprecher.

Als „Semantik“ wird die vorgängige Existenz einer Regel angenommen, mit der sich jeder Gebrauch beurteilen lassen soll. Daher postuliert die herkömmliche Lehre eine „Externalität der Sprache für das Recht“.<sup>14</sup> Das heißt, die Sprache

<sup>13</sup>Ebd., S. 98. Des Weiteren ebd., S. 109: „Die Deutung die Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts (...) dränge zu einer Konkretisierung der Würdegarantie, die für eine situationsbezogene Gesamtwürdigung der berührten Belange im Lichte der grundgesetzlichen Wertordnung offen ist. Der so ermittelte Würdeanspruch gilt dann absolut und unterliegt keiner Abwägung mit anderen Verfassungsbelangen.“ @@@@

<sup>14</sup>Klatt, M., Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 282, sowie Alexy, R., Theorie der juristischen Argumentation. 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996. Ausführlich gegen Alexys Ansatz Christensen, R./Kudlich, H., Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 58 ff.

operiert als ontisch gedachte Rechtfertigungsinstanz über den juristischen Argumenten. Die Semantik von Koch/Alexy wird aus dem Entscheidungsvorgang ausgeklammert und als Steuerungs- und Kontrollinstanz gesetzt. Man glaubt an die „Steuerungsfähigkeit der Sprache“<sup>15</sup> und des näheren an die „Steuerungskraft der Semantik“.<sup>16</sup> Damit ist auch schon das Verhältnis des ‚semantischen‘ Arguments zum juristischen geklärt. Denn das Gericht müsse für jedes Argument, das es vorbringt, ausweisen, dass es der Regel entspreche. Vor jeder juristischen Interpretation läge also eine externe ‚sprachliche‘. Diese Vorstellung geht jedoch nicht nur an der Realität sprachlicher Praxis<sup>17</sup> vorbei, sondern lässt sich in der Praxis der Gerichte auch nicht beobachten<sup>18</sup>. Den Gerichten fehlte der Nachweis, dass ihre Wortgebrauchsregel genau diejenige ist, die tatsächlich ‚gilt‘.

## b) Der Rückzug von der Semantik zu den Rechtsprinzipien

„Regeln“ im Sinne von Koch und Alexy sind „Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“,<sup>19</sup> sie sind also „definitive Gebote“.<sup>20</sup> Prinzipien dagegen seien abstufbar und vor allem abwägbar.<sup>21</sup> Das ‚semantische‘ Argument gilt dabei als Aufweis einer Regel. Es funktioniert als Möchtegern-Feststellung über die natürliche Sprache oder den Fachsprachgebrauch. Festzustellen seien diese Regeln dann über die Besinnung auf die eigene Sprachkompetenz oder durch Nachschlagen in Wörterbüchern. Das kann natürlich weder methodisch noch praktisch funktionieren. Der Sprachphilosoph Friedrich Waismann beschreibt dieses Problem folgendermaßen: „Ein Ausdruck ist dann definiert, wenn die Situation beschrieben ist, in die er gebracht werden soll. Nehmen wir für einen Augenblick an, wir könnten Situationen vollständig und ohne etwas auszulassen beschreiben (wie beim Schachspiel), dann ließe sich eine erschöpfende Liste all der Bedingungen aufstellen, unter denen der Ausdruck zu gebrauchen ist: wir würden mit anderen Worten eine vollständige Definition konstruieren, das heißt ein Denkmodell, das ein für allemal sämtliche Fragen eines möglichen Gebrauchs vorweg nimmt und entscheidet. Da wir aber in Wahrheit nie die Möglichkeit eines unvorhergesehen auftauchenden Faktors ausschließen können, gelangen wir nie zur absoluten Sicherheit.“<sup>22</sup> Jede neue Fallkonstellation kann also die Regel eines Sprachgebrauchs verschieben. Daher

<sup>15</sup> Klatt, M., Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 30. Grundsätzlich dagegen Christensen, R./Kudlich, H., Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 128 ff.

<sup>16</sup> Klatt, M., Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 21: „Es kann in einer intersubjektiv gültigen Weise zwischen einem korrekten und einem inkorrekten Gebrauch von sprachlichen Ausdrücken unterschieden werden.“

<sup>17</sup> Vgl. dazu Vogel, F., Linguistik rechtlicher Normgenese. Walter de Gruyter, 2012.

<sup>18</sup> Vgl. dazu Kudlich, H./Christensen, R., Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln, München 2009, S. 27.

<sup>19</sup> Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 76.

<sup>20</sup> Alexy, R., Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg, München 1994, S. 120.

<sup>21</sup> Poscher, R., Theorie eines Phantoms, Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: RW 2010, S. 349 ff.

<sup>22</sup> Waismann, F., Verifizierbarkeit, in: Bubner, R. (Hrsg.), Sprache und Analysis – Texte zur englischen Philosophie der Gegenwart, Frankfurt am Main 1968, S. 154 ff., 160 f.

kann eine Sprache oder ein Text nicht als geschlossenes System feststehender Merkmale betrachtet werden: durch jede Interpretation kann das vorhandene Zeichenmaterial neu und anders differenziert werden, wird Bedeutung eines Ausdrucks neu kontextualisiert und dient selbst als exemplarische Grundlage für spätere Interpretationsakte (Transkription).

Das zentrale Problem ist damit die praktische Frage der Regelbeschreibung. Die Vorstellung von Kommunikation als Tätigkeit, die sich darauf beschränkt, offenbar fertige Absichten mit Hilfe eines vorgegebenen Codes zu transportieren, erweist sich in der Praxis als nicht einlösbar. Die Regelsemantik neigt dazu, „die System- und Regelmäßigkeit ihres Phänomenbereichs zu axiomatisieren und Universalien auch dort zu postulieren, wo tatsächlich nur historische oder gesellschaftsformativ bedingte Formen des (Sprech-)Handelns vorliegen. Für eine Analyse des realen Sprachgebrauchs taugen ihre formulierten Gesetzmäßigkeiten nicht, denn diese erlauben nur Hinweise dieses Typs: ‚Da eine Person A x erfragt, weiß sie x nicht – vorausgesetzt, es liegen Normalbedingungen der Rede vor.‘ Und ob solche Normalbedingungen in einem gegebenen Fall vorliegen oder nicht, wird (...) zur kontingenten Angelegenheit erklärt; Systematisierungsmüll (...).“<sup>23</sup>

Bedeutungsbeschreibungen liefern nichts anderes als Gebrauchsbeispiele für den fraglichen Ausdruck. Durch ihre lexikographische Festschreibung zum Wortbestand der Sprache mögen sie zwar paradigmatisch bei Zweifeln an der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke oder im Streit darum eingesetzt werden. Eine ‚an und für sich‘ eindeutig feststellbare Regel aber, die solche Zweifel ein für allemal ausräumen oder solchen Streit unwiderruflich schlichten könnte, liefern die Bedeutungsbeschreibungen nicht. In der Sprachwissenschaft ist heute anerkannt, dass sich eine funktionierende Sprache nur als Gesamtheit, das ein einzelnes Element nur vor dem Hintergrund eines heuristisch angenommenen Systems beschreiben lässt. Die Bedeutung eines einzelnen Wortes verweist auf die entwicklungs-offene Gesamtheit aller anderen und kann nur im Zusammenhang gemeinsamer Überzeugungssysteme bestimmt werden.<sup>24</sup> Der Holismus ist dabei keine Einbahnstraße. Es ist nicht nur so, dass sich Bedeutung nur aus dem ganzen Lebenszusammenhang heraus erschließt, in denen der Gebrauch der Wörter seinen Sinn und seinen Zweck hat, dass also „die Gesamtheit der Zwecke und Handlungen (...) die Bedeutung bestimmt.“<sup>25</sup> Sondern „die Möglichkeit alternativer Interpretationen ist sehr groß, weil jede Änderung der Bedeutung eines

---

<sup>23</sup> Gloy, W., Unbehagen an der Linguistik, in: Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Osnabrück 1984, S. 97 ff., 104 f.

<sup>24</sup> Der so genannte Holismus der heutigen Sprachwissenschaft ist keineswegs eine radikale Neuerung. Besonders in der deutschen von Humboldt herkommenden Tradition war er immer anerkannt: „Es gibt nichts einzelnes in der Sprache, jedes ihrer Elemente kündigt sich nur als Teil eines Ganzen an.“ Wilhelm von Humboldt, Über das vergleichende Sprachstudium in Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung. Schriften zur Sprachphilosophie. Werke in fünf Bänden, Band III, S. 10. Der neuerliche Akzent auf diesen Holismus knüpft vor allem an die Sprachphilosophie Donald Davidsons an: Vgl. dazu Schaedler-Om, M., Der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen, Würzburg 1997, S. 35 ff., sowie umfassend Mayer, V., Semantischer Holismus, Berlin 1997.

<sup>25</sup> Mayer, V., Semantischer Holismus, Berlin 1997, S. 221.

Teils die Änderung des Ganzen nach sich zieht.“<sup>26</sup> Das heißt, eine Sprachregel ist nicht vorgängig, sondern nachgängig, nur in der Retrospektive beschreibbar. Sie ist ein vorläufiger Versuch, gelungene Kommunikationsakte unter normativer Bewertung zu verketteten.

### c) Mit Vagheit von der Sprache zum Rechtsbegriff

In der Diskurstheorie des Rechts wird dieses Problem der Regelformulierung unter dem verkürzenden Stichwort „Defeasibility“ rubriziert.<sup>27</sup> Nachdem es erwähnt wurde, wird es sogleich beiseite geschoben mit folgender Formulierung: „Im Vorgriff auf den noch zu entwickelnden Begriff des tatsächlichen Diskurses besteht eine diskurstheoretische Möglichkeit zu erklären, warum Regeln defeasible sind, also die Ausnahmen zu Regeln nicht aufzählbar sind, darin, dass uns nur der tatsächliche Diskurs mit beschränkten Erkenntnismöglichkeiten dessen, was richtig ist, zur Verfügung steht. Diese Überlegung zeigt, dass Regeln nur dann endgültige konkrete Handlungsanweisungen beinhalten können, wenn die Voraussetzungen des in allen Hinsichten idealen Diskurses vorlägen, wenn wir also etwa unendlich viel Zeit hätten und alles wüssten.“<sup>28</sup> Diese Erklärung könnte auch die Fortexistenz der in der Neuzeit ausgestorbenen Wissenschaft der Angelogie begründen, als Vorgriff auf das Jüngste Gericht. Tatsächlich muss man sich von der Vorstellung vorgegebener Regeln, welche das Sprechen steuern, verabschieden. Regeln sind ein nachträgliches methodisches Hilfskonstrukt des Sprachbeobachters.

Wenn es die Regel nicht gibt, sollte auch niemand in ihrem Namen sprechen. Die von Koch und Alexy behauptete Wortgebrauchsregel ist entweder nicht nötig, weil die Bedeutung bekannt oder unstrittig ist, oder aber, wenn sie benötigt wird, wegen Defeasibility nicht verfügbar ist. Dagegen werden von der Theorie der juristischen Semantik Vorkehrungen im Begriff von „Bedeutung“ getroffen. Das ist die Rolle der Begriffe „Vagheit“ und „Mehrdeutigkeit“<sup>29</sup>. Dem liegt noch immer die frühe analytische Auffassung von Sprache zugrunde, nach der Bedeutung eine mitgebrachte *Eigenschaft* von jeweils einzelnen Wörtern ist. Wegen des Fehlens der Anwendungsregel zur Sprachregel kommt man mit diesen unterkomplexen Voraussetzungen meist zu dem Schluss, dass Unbestimmtheit oder Mehrdeutigkeit vorliegt. Die fehlende Bedeutung wird dann durch andere sprachliche Maßnahmen hergestellt, die als Präzisierung begriffen werden sollen.

Vor dieser Präzisierung hat man aber die fraglichen Ausdrücke von ihrem Kontext und ihrer Verwendungssituation isoliert. Das heißt, die Entstehung des Problems von Mehrdeutigkeit und Vagheit setzt bereits voraus, dass juristische

<sup>26</sup> Mayer, V., Semantischer Holismus, Berlin 1997, S. 197.

<sup>27</sup> Vgl. dazu Becker, C., Begründen und Entscheiden, Baden-Baden 2008, S. 135.

<sup>28</sup> Becker, C., ebd., S. 135, Fn. 475.

<sup>29</sup> Vgl. dazu grundlegend Koch, H.-J., Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation des deduktiven Begründens juristischer Entscheidungen, in: ARSP, Beiheft Nr. 14, 1978, S. 59 ff. sowie Rüßmann, H., Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Alexy, R./Koch, H.-J./Kuhlen, L./Rüßmann, H. (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 135 ff.

Semantik von der Praxis natürlicher Sprache – Pragmatik – aktiv getrennt wird. „Pragmatik“ heißt nämlich, sich Bedeutung aus den Beziehungen bzw. Kontexten zu erschließen, in denen eine Äußerung steht und diese wiederum mit entsprechenden Überzeugungen in Einklang zu bringen. Wenn man an den Begriffen „Vagheit“ und „Mehrdeutigkeit“ festhalten will, muss man sie anders fassen. Sie hängen von dem Zweck ab, zu dem Ausdrücke in der Verständigung verwendet werden, und damit von den Personen und Umständen, die dabei eine Rolle spielen. Vagheit und Mehrdeutigkeit können allein pragmatisch begründet werden. Es ist ja nicht etwa eine Verwaschenheit des Wortlauts, die den Streit provoziert hat, sondern eine Störung im gesellschaftlichen Zusammenleben. Der Normtext weist also nicht ein ‚zu wenig‘, sondern ein ‚zu viel‘ an Klarheit auf. Es gibt mehrere vollkommen verständliche, aber sich gegenseitig ausschließende Lesarten. Mehrdeutigkeit und Vagheit sind damit keine absoluten Eigenschaften der Bedeutung. Sie sind Formen, mit denen man Konfliktkonstellationen im semantischen Streit beschreiben kann, und somit geht es letztlich um Pragmatik und nicht um Erkenntnisprobleme. Die Pragmatik der Sprache soll aber abgeschnitten werden zugunsten von Spekulationen über absolute Prinzipien und den Rechtsbegriff.

Die Rechtstheorie von Koch/Alexy verwendet einen Regelbegriff, der platonistisch und vorsprachlich ist. Um Regeln zu verstehen, muss man schon sprechen können. Sie sind also nachträglich. Die tatsächliche Objektivität der Sprache liegt in ihren Verwendungsbeispielen, welche man mittlerweile auch computerlinguistisch erfassen kann. Diese Objektivität bildet auch das demokratische Moment im Recht, weil die Sprecher zu Wort kommen. Wenn man die Vielfalt der tatsächlichen Sprache durch Prinzipien ersetzt, welche juristische Wissenschaftler in Heimarbeit hergestellt haben, wird dieses demokratische Element gerade übergangen.

## 2. Der Prinzipienbegriff

Was sind nun „Prinzipien“, die als drittes bzw. Vergleichsmedium zwischen qualitativ verschiedenen Rechtsgütern wirken sollen? Natürlich sind die Verwendungsweisen für dieses Wort vielfältig. Hier interessieren uns zunächst nur zwei Verwendungsweisen: ein allgemeiner in der Philosophie und Wissenschaft geläufiger Gebrauch und ein spezieller im Anschluss an die Rechtstheorie von Alexy ausgearbeiteten Gebrauch. Der allgemeine Gebrauch knüpft an das lateinische Wort ‚principium‘ als ›erste Stelle, Anfang Grundlage‹ usw. an. Danach sind Prinzipien diejenigen Elemente einer Theorie, welche am Anfang stehen und besonders grundlegend sind. Daher wird von Prinzipien verlangt, dass sie die „inhaltliche oder methodische Grundlage eines theoretischen oder praktischen Begründungszusammenhangs darstellen. Prinzip ist daher, je nach Anwendungsbereich, ein Synonym für ›Grundsatz, Grundnorm oder Grundregel.‘<sup>30</sup> In diesem

<sup>30</sup>Vgl. dazu *Kambartel, F.*, Stichwort Prinzip, in: *Mittelstraß, J.*, *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Weimar 2004, Band 3.

Sinn wird das Wort „Prinzip“ etwa auch von Esser<sup>31</sup> verwendet.

### a) Der Prinzipienbegriff

Ein ganz spezieller Sinn wird diesem Wort allerdings in der Theorie von Robert Alexy gegeben.<sup>32</sup> Regeln ordnen danach eine Rechtsfolge definitiv an, während Prinzipien ihre Rechtsfolgen nur prima facie vorsehen. Dieser Unterschied zeige sich besonders in ihrem Kollisionsverhalten. Während bei Regelkollisionen eine Ausnahme in die Regel eingefügt werde oder eine Regel für nichtig erklärt werden müsse, bleibe die Geltung von Prinzipien im Kollisionsfall unberührt.<sup>33</sup> Danach seien Prinzipien durch den Gegensatz zum Begriff der Regel definiert und erlaubten als Optimierungsgebot die Abwägung heterogener Rechtspositionen.

Alexys Prinzipientheorie beinhaltet eine sehr starke Behauptung über die Seinweise des Rechts: Danach gibt es zwei getrennte Reiche, einmal das Reich der Regeln, welche normale methodische Arbeit erfordern und dann das zweite davon getrennte Reich der Prinzipien, welche immer im Wege der „Abwägung“ zu behandeln sind: „Prinzipien sind Normen, die gebieten, dass etwas relativ auf die faktischen und die rechtlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maß realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt.“<sup>34</sup> Der hier vorausgesetzte Regelbegriff ist natürlich nicht sinnvoll, denn auch jede rechtliche Regel ist in ihrem Möglichkeitsbereich durch gegenläufige Regeln bestimmt.<sup>35</sup> Das nennt man gemeinhin systematische Auslegung.

<sup>31</sup>Esser, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1. Aufl., Tübingen 1956; mit etwas anderer Bedeutung wird das Wort auch innerhalb der Wertungsjurisprudenz verwendet: Larenz, K., Wegweiser zu richterlicher Rechtschöpfung, in: Bötticher, A. (Hrsg.), Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 275 ff., 299 ff.; ders., Richtiges Recht, München 1979. Zur Diskussion über diesen Begriff im deutschen Zivilrecht vgl. Paulick, Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehre in Bad Schlangenbad am 16. und 17. Oktober 1953, in: AcP 1954, S. 167 ff., 176 ff.

<sup>32</sup>Vgl. Alexy, R., Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1996, S. 177 ff.; ders., Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994; ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: MacCormick u.a., Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken, ARSP, Beiheft 25, Stuttgart 1985, S. 13 ff.; ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: ders./Koch, H. J./Rüßmann, H., Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 217 ff.

<sup>33</sup>Vgl. dazu Poscher, R., Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: RW 2010, S. 349 ff.; vgl. als Überblick ergänzend Sieckmann, J.-R., Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990; ders., Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts, Baden-Baden 2009. Vgl. dazu Alexy, R., Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994, S. 88 ff.; Sieckmann, J.-R., Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts, Baden-Baden 2009, S. 67 ff.

<sup>34</sup>Alexy, R., Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: Behrens, U., Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Frank Wieacker, Göttingen 1990, S. 101 ff.; Alexy, R., Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994, S. 75 f.

<sup>35</sup>Zur Kritik an diesem Regelbegriff vgl. Christensen, R./Kudlich, H., Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008, S. 80 ff. Speziell zur Kritik am regelplatonistischen Begriff der Sprachregel bei Alexy: Christensen, R./Kudlich, H.,

## b) Die Regelaversität

Linguistisch lässt sich der Wert eines Zeichens immer nur in Abgrenzung zu allen anderen Zeichen bestimmen. Der von Alexy und seiner Schule vorausgesetzte Regelbegriff verfehlt damit die Realität der Sprache vollkommen. Es handelt sich um Platonismus vor dem linguistic turn. Alles, was an einem Gesetz sprachlich relevant ist, wird damit in das abstrakte Reich der Prinzipien verlagert. Dort allerdings sollen nicht mehr die normalen Instrumente zur Ermittlung der sprachlichen Bedeutung gelten, wie die Frage nach Zusammenhang, Entstehung und Zweck. Vielmehr wird das Ganze in die Philosophie verlagert, und als einzige Methode steht uns „Abwägung“ zur Verfügung. Damit verschwindet die ganze sprachliche Realität des Gesetzes im Abgrund zwischen einem sinnlosen Begriff der Regel und einem philosophischen Begriff des Prinzips. Dieser wird von Alexy an den Grundrechten als ‚Optimierungsgebot‘ und, nachdem dies scheitert, als ‚ideales Sollen‘ bestimmt: „Der Prinzipienbegriff der Prinzipientheorie darf also nicht mit dem traditionellen Begriff des Rechtsprinzips verwechselt werden, der weder einem normativen Dualismus, noch der Idee eines ‚idealen Sollens‘, noch dem Monismus der Optimierung verpflichtet ist. Dass nur selten wahrgenommen wird, wie anspruchsvoll die Annahme von Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie ist, beruht wohl wesentlich auf einer Äquivokation, in der die Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie mit denen unserer traditionellen Rede von Rechtsprinzipien gleichgesetzt werden.“<sup>36</sup> Entwickelt wurde die Prinzipientheorie vor allem auf dem Gebiet der Grundrechtstheorie.<sup>37</sup> Dieser Prinzipienbegriff ist gegenüber dem geläufigen Sprachgebrauch eine massive Einengung. Denn viele Prinzipien wie etwa „Treu und Glauben“ im Zivilrecht bzw. der Gleichheitssatz im Verfassungsrecht lassen sich nicht mit diesen Vorstellungen vereinbaren.<sup>38</sup> Allerdings wäre man bereit, diese Nachteile zu akzeptieren, wenn man dadurch eine Operationalisierung für den Vorgang der Abwägung gewinnen könnte. Voraussetzung dazu wäre, dass man die Existenz von Prinzipien als Gegenstand der Abwägung im Sinne einer eigenständigen juristischen Seinsweise aufweisen

---

Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 60 ff., 73 ff. sowie zum Regelbegriff in der Prinzipientheorie generell *Poscher, R.*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnisse der Prinzipientheorie, in: *Sieckmann, J.-R.* (Hrsg.), *Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, S. 59 ff., 70 ff.

<sup>36</sup>*Poscher, R.*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: *Rechtswissenschaft 2010*, S. 349 ff., 351.

<sup>37</sup>Vgl. dazu *Borowski, M.*, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl., Baden-Baden 2007; *ders.*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006; *Sieckmann, J.-R.*, *Modelle des Eigentumsschutzes*, Baden-Baden 1998; *Pietsch, J.*, *Das Schrankenregime der EU-Grundrechtscharta. Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte*. Baden-Baden 2006. Zur Kritik der Leistungsfähigkeit dieser Theorie im Rahmen der Grundrechtsdogmatik vgl. *Poscher, R.*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 2004, S. 82 ff.; *Jestaedt, M.*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen 1999, S. 222 ff.; *Cremer, W.*, *Freiheitsgrundrechte*, Tübingen 2003, S. 218 ff.; *Klement, J. H.*, *Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt*, in: *JZ 2008*, S. 756 ff., 760; *Rusteberg, B.*, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, Tübingen 2009, S. 158 ff.

<sup>38</sup>Vgl. dazu *Poscher, R.*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: *Rechtswissenschaft 2010*, S. 349 ff., 370; *Somek, A.*, Eine egalitäre Alternative zur Güteabwägung, in: *Schülcher, B./Koller, P./Funk, B.-C.* (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, S. 193 ff.

könnte.

Der Begriff des Prinzips wird durch negative Merkmale definiert.<sup>39</sup> Das Prinzip ist schon bei Larenz und Dworkin dadurch gekennzeichnet, dass nicht subsumiert werden kann. Es ist damit regelavers.<sup>40</sup> Bei Alexy kommen zu diesem negativen Aspekt noch die positiven Aspekte des Gewichts<sup>41</sup> und der „Mehr-oder-Weniger-Charakter“.<sup>42</sup> Die Rolle des Prinzips liege also darin, eine Brücke vom positiven Recht zur Welt der Werte zu schlagen.<sup>43</sup> Alexy versteht sich als Kritiker des Positivismus.<sup>44</sup> Neben den Gegensatz zur Regel tritt damit die Nähe zur Moral.

Aufgewiesen werden soll die Existenz von Prinzipien an den so genannten „Optimierungsgeboten“, als welche insbesondere die Grundrechte zu verstehen seien: „Optimierung in diesem Sinne bedeutet die Relativierung einer Rechtsfolge einer Norm auf die tatsächlichen rechtlichen Möglichkeiten, die wiederum die von Dworkin angesprochene Dimension des Gewichts präzisiert. In der präzisierenden Rekonstruktion der Prinzipien Dworkins als Optimierungsgebote lag die analytische Leistung der frühen Prinzipientheorie.“<sup>45</sup> Aber schon bald hat man in der Theorie selbst bemerkt, dass Optimierungsgebote strikt erfüllbar sind und damit als Regel angesehen werden müssen: „Damit bleibt jedoch das Problem, dass Optimierungsgebote (...) gerade die für Regeln im engeren Sinne charakteristischen Merkmale der strikten Geltung bzw. definitiven Erfüllbarkeit aufweisen.“<sup>46</sup> Damit drohte die Theorie ihren Gegenstand zu verlieren. Vor allem aber würde dann der gesamte Dualismus einer hinter den Regeln liegenden zweiten Welt der Prinzipien zusammenbrechen. Deswegen war offenbar ein Rückzug auf eine weitere Hinterwelt geboten: aus den Prinzipien wurde ein „ideales Sollen“.<sup>47</sup> Zwar seien Optimierungsgebote keine Prinzipien, aber es seien darin Prinzipien am Werk. Dies seien die Abwägungsgegenstände als „ideales Sollen“ oder „Ideale“.<sup>48</sup>

<sup>39</sup>Vgl. Larenz, K., *Richtiges Recht*, München 1979, S. 23 ff., 174 f.; Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin 1991, S. 474 ff.; Dworkin, R., *Taking Rights seriously*, 5. Aufl., London 1987; ders., *Bürgerrechte ernst genommen*, Frankfurt am Main 1984.

<sup>40</sup>Vgl. dazu Seinicke, R., *Rechtsprinzipien: Konsens oder Konflikt?*, in: Schramm, E./Frey, W./Kähler, L./Müller-Mall, S./Wapler, F. (Hrsg.), *Konflikte im Rechte, Recht der Konflikte*, Baden-Baden 2010, S. 187 ff., 190 ff.

<sup>41</sup>Vgl. dazu Seinicke, R., *Rechtsprinzipien: Konsens oder Konflikt?*, in: Schramm, E./Frey, W./Kähler, L./Müller-Mall, S./Wapler, F. (Hrsg.), *Konflikte im Rechte, Recht der Konflikte*, Baden-Baden 2010, S. 193; Alexy, R., *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: ders., *Recht – Vernunft – Diskurs. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1995, S. 177 ff., 182 ff.; ders., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1994, S. 71 ff.

<sup>42</sup>Vgl. dazu Alexy, R., ebd.

<sup>43</sup>Vgl. dazu Seinicke, R., *Rechtsprinzipien: Konsens oder Konflikt?*, in: Schramm, E./Frey, W./Kähler, L./Müller-Mall, S./Wapler, F. (Hrsg.), *Konflikte im Rechte, Recht der Konflikte*, Baden-Baden 2010, S. 193.

<sup>44</sup>Vgl. dazu Alexy, R., *On the Concept and the Nature of Law*, in: *ratio juris* 2008, S. 281 ff.

<sup>45</sup>Poscher, R., *Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*, in: *Rechtswissenschaft* 2010, S. 349 ff., 352.

<sup>46</sup>Vgl. dazu Sieckmann, J.-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden 1990, S. 65.

<sup>47</sup>Vgl. dazu Alexy, R., *Zur Struktur von Rechtsprinzipien*, in: Schilcher, B./Koller, P./Funk, B.-C. (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, S. 31 ff., 38 f.

<sup>48</sup>Vgl. dazu Alexy, R., ebd., S. 38; sowie Alexy, R., *Ideales Sollen*, in: Clérico, L./Sieckmann,

Dieser Rettungsversuch ist aber aus mehreren Gründen missglückt. Regeln sind in den meisten Fällen nicht reflexiv, das heißt, optimiert werden nicht Gebote, sondern empirische Sachverhalte: „Die Gesundheit kann man etwa durch medizinische Behandlung oder Fitnessprogramme optimieren; das Gebot, die Gesundheit zu erhalten oder wiederherzustellen, lässt sich hingegen vielleicht dadurch optimieren, dass man an gesundheitsschädliches Verhalten Sanktionen wie etwa erhöhte Krankenversicherungsprämien oder eine schlechtere medizinische Versorgung knüpft – durch Kneipp’sche Anwendungen lässt sich die Effektivität des Gebots, gesund zu leben, jedoch nicht beeinflussen. Die Optimierung eines Gebots ist etwas grundsätzlich anderes, als die Optimierung eines faktischen Sachverhalts. Wird dies übersehen, führt dies zu Kategorienfehlern.“<sup>49</sup> Aber auch wenn man an die wenigen reflexiven Gebote denkt, das rein rechtserzeugte Eigentumsgrundrecht könnte dafür Beispiele liefern, wird die Theorie vom „idealen Sollen“ nicht sinnvoll. Denn dies zeigt lediglich, dass sich durch die Regel des Optimierungsgebots auch normative Gegenstände optimieren lassen. Es belegt damit im Gegenteil, dass diese reflexiven Gebote zur Erklärung der normalen Regeln der Optimierung nichts beitragen können. Die Rekonstruktion mittels eines „idealen Sollens“ bildet also die Optimierungsgebote nicht ab.

### c) Das ideale Sollen

Nach Alexy braucht man das ideale Sollen, um Optimierungsgebote vollständig verstehen zu können,<sup>50</sup> nämlich ihre Normativität und dann ihr Kollisionsverhalten. Aus seiner Sicht haben Optimierungsgebote folgende Notation: „OOpt p“. Dabei ist O der Gebotsoperator und p das Unterlassen des Grundrechtseingriffs. Auffällig ist die Verdopplung des Gebotsoperators: „Die Normativität des als Optimierungsgebot verstandenen Grundrechts wird durch den Gebotsoperator O nicht nur ausreichend, sondern auch einzig zutreffend zum Ausdruck gebracht. Eine Verdopplung des Operators wäre nicht redundant, sondern würde den Grundrechten einen Gegenstand geben, der ihnen nicht entspricht. Art. 2 Abs. 2 GG verlangt nicht, das Gebot zu optimieren, Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit zu unterlassen, sondern richtet sich unmittelbar auf das Unterlassen staatlicher Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit. Zur Erklärung der

---

*J.-R.* (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, Baden-Baden 2009, S. 21 ff.; vgl. dazu *Poscher, R.*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 349 ff., 353: „Die Entwicklung der Prinzipientheorie nährt den Verdacht, dass es die Kritik mit einem Hydra-artigen Phänomen zu tun hat. Für jeden Kandidaten des Prinzipienbegriffs, den die Kritik zurückweist, sprießen gleich mehrere neue hervor.“ Vgl. zu weiteren Kandidaten *Ressing, M.*, Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen, in: ARSP 2009, S. 28 ff.; *Jansen, N.*, Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998, S. 101; „pro tanto-Sollen“ *Sieckmann, J.-R.*, Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen, in: *Meggler, G.* (Hrsg.), Anlyomen 2. proceedings of the 2nd Conferenc „Prespectives in Analytical Philosophy“, Band III, Frankfurt am Main 1994, S. 394 ff. „Unendlich iterierte Geltungsgebote“.

<sup>49</sup> *Poscher, R.*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 349 ff., 353.

<sup>50</sup> *Alexy, R.*, Ideales Sollen, in: *Clérico, L./Sieckmann, J.-R.* (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, Baden-Baden 2009, S. 30.

Normativität von Optimierungsgeboten bedarf es keiner weiteren normativen Entitäten.“<sup>51</sup> Dies gelte sogar für den seltenen Fall, dass man nicht einen empirischen Umstand, sondern ein Gebot optimieren wolle. Das zeige sich, sobald man den normativen Operator durch einen deskriptiven ersetze.<sup>52</sup>

Auch das Kollisionsverhalten von Optimierungsgeboten ist in keiner Weise rätselhaft, so dass man zur Erklärung ein „ideales Sollen“ bräuchte. Auch die Kollision macht aus Geboten nicht reflexive Gebote, so dass man weiterhin mit einem Sollens-Operator auskommt: „Auch wenn der Kollisionstatbestand eine relative Gewichtung in Form einer Optimierung verlangt, zeigen die Normen keine Eigenschaften, zu deren Erklärung die Annahme eines „idealen Sollens“ oder sonstiger zusätzlicher normativer Entitäten etwas beitragen müsste oder auch nur könnte.“<sup>53</sup>

Wenn Alexy Prinzipien als Gegenstand einer vergleichenden Gewichtung verwendet, muss dieser Ansatz insgesamt scheitern. Zunächst beruht er darauf, dass man normale Normtexte mit Hilfe eines platonistischen Regelbegriffs zu sinnlosen Zeichen verstümmelt hat. Nach der Ausschaltung der nach den Regeln der Kunst zu verwendenden juristischen Methodik zur Bewältigung von Normkollisionen<sup>54</sup>, soll dann eine „Abwägung“ im Sinne einer Prinzipienduktion erfolgen, wobei es diese Prinzipien weder gibt (Optimierungsgebote sind Regeln), noch die Alternative des „idealen Sollens“ zur Erklärung irgendetwas beitragen könnte.

Nach dem Zusammenbruch des Dualismus von Regel und Prinzip ist klar, dass diese Theorie zur Erklärung der Abwägung nicht verwendet werden kann. Die Phlogiston-Theorie entstammte der Prinzipienchemie, welche selbst aus der Alchemie erwachsen ist. Der prinzipientheoretische Ansatz in der Chemie scheiterte an der Forderung, die chemischen Elemente sollten sich empirisch direkt aufweisen lassen. Heute ist Phlogiston vergessen.<sup>55</sup> Genauso ist es mit der Abwägungstheorie der Prinzipienlehre. Sie funktioniert nicht und sie erklärt nichts. Deswegen ist sie durch praktisch-empirische Untersuchungen der Abwägungstätigkeit in Gerichtsentscheidungen zu ersetzen.

---

<sup>51</sup> Poscher, R., Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 349 ff., 363.

<sup>52</sup> Poscher, R., Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 349 ff., 363 f.

<sup>53</sup> Poscher, R., Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 349 ff., 366.

<sup>54</sup> Vgl. zum Nachweis, dass die Prinzipientheorie die normalen Standards juristischer Methodik überspielt: Rusteberg, B., Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Tübingen 2009, S. 158 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu Ströker, E., Theoriewandel in der Wissenschaftsgeschichte. Chemie im 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1982, S. 78 ff.; Musgrave, A., Why Did Oxygen Supplant Phlogiston?, in: Howson, C. (Hrsg.), Method and Appraisal in the Physical Sciences, Cambridge 1976, S. 181 ff.

### 3. Die produktive Rolle der Vagheit

(Lieber Friedemann, an dieser Stelle würde ich Deinen Text zur Vagheit einfügen, eigentlich dachte ich als 2., aber 3. gefällt mir jetzt besser. Vielleicht könntest Du die Einsetzung vornehmen, dann würden wir nochmals telefonieren.)

## III. Empirie juristischer Korpuspragmatik: Die Praxis der Gerichte aus rechtslinguistischer Perspektive

Welche Rolle die verschiedenen Lesarten von „Abwägung“ in der juristischen Praxis tatsächlich spielen, kann mit Hilfe computergestützter rechtslinguistischer Verfahren im Paradigma der juristischen Korpuspragmatik empirisch eruiert werden. Hierfür werden zunächst kurz Prämissen, Methoden und Datengrundlage des Verfahrens<sup>56</sup> am Beispiel der WÜRDE DES MENSCHEN<sup>57</sup> illustriert und anschließend auf die Frage der ›Abwägung‹ angewandt.

### 1. Juristische Korpuspragmatik am Beispiel der MENSCHENWÜRDE

#### a) Recht als Text

Wenn wir von „Recht“ sprechen, meinen wir kein abstraktes, ontisch zu fassendes Objekt, sondern ein (fach)sprachlich konstituiertes Textgeflecht, in dem die verschiedenen Akteure durch Rückgriff auf spezifische sprachliche Perspektivierungen ihre Sicht auf die Welt – und das schließt sowohl die Lebens- als auch die Normwelt mit ein – gegenüber anderen Positionen durchzusetzen. Mit anderen Worten: Das Recht manifestiert sich in einem Textuniversum, in dem unterschiedliche Diskursakteure um Prädikationen, um Wissen (oder Ideologien) und Macht, um sprachlich manifestierte Autorität und Dominanz ringen.

#### b) (Musterhafte) Rechtssprache als Sedimente juristischer Dogmatik

Die Diskurslinguistik wendet bislang überwiegend qualitative Methoden an und vermag damit insbesondere zu einzelnen semantischen Kämpfen in der Jurispru-

<sup>56</sup>Für die ausführlichere Darstellung einer Pilotstudie zur Eruiierung von Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Analysen für die Untersuchung juristischer Semantik vgl. Vogel, Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive. In Ekkehard Felder, Marcus Müller, Friedemann Vogel (Hgg.): Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen von Texten und Gesprächen, S. 314-353. Berlin / New York, 2012.

<sup>57</sup>Zum besseren Nachvollzug der hermeneutischen Arbeit gilt folgende Notation: Belege der Textoberfläche werden *kursiv* (Fokus auf Ausdrucksebene) gesetzt; Konzepte bzw. Attribute als Hypothesenkonzentrate der Interpretationsarbeit werden in eckige Klammern bzw. einfachen Anführungszeichen gesetzt (›Würde als immaterielles Gut‹; ‚menschliche‘ Akteure); Sachverhalte bzw. Referenzobjekte als induktiv-deduktiv gewonnene heuristische Analysekatogorien werden in Majuskeln gesetzt (WÜRDE, UNANTASTBARKEIT usw.).

denz nachvollziehbare Ergebnisse zu zeitigen. Sie beschränkt sich dabei allerdings in der Regel auf wenige hundert Texte und fokussiert die Aushandlungsprozesse auf Mikroebene. Ergänzt man diese bewährten qualitativen mit quantitativen, computergestützten Verfahren der Korpuslinguistik, erhält man neue Zugänge auch zu Makrostrukturen juristischer Diskurse.

Die Korpuslinguistik ist eine Teildisziplin der Sprachwissenschaft, die seit den späten 80er Jahren nicht nur methodisch, sondern auch in der Theorie neue Wege empirischer Sprachforschung eingeschlagen hat. Vertreter dieser Teildisziplin grenzen sich von der linguistischen Lehnstuhlmethodik generativer Grammatikforschung und ihrem Vertrauen in die Kompetenz-Kompetenz der analytischen Introspektion ab, und betonen ihrerseits die sprachliche Performanz in großen Datenmassen, also Textkorpora mit mehreren tausend Texten und Millionen bis Milliarden Wortformen. Zur Untersuchung solch umfassender Datenmengen wurden und werden spezielle Software und Algorithmen entwickelt, die vor allem einem Zweck dienen: der automatischen Berechnung und Identifizierung jener sprachlichen Muster<sup>58</sup>, die in einer einzeltextorientierten und intuitiv geleiteten Untersuchung gerade nicht oder nur zufällig aufgefunden werden könnten. Die verschiedenen Hilfsmittel, die hier vorzustellen den Rahmen sprengte<sup>59</sup>, können damit rekurrente (also statistisch sich signifikant wiederholende) Ko(n)textstrukturen und damit Verknüpfungen im Textuniversum sichtbar machen.

Korpuslinguistische Instrumente erlauben einen effektiven Zugang zu großen

---

<sup>58</sup>Unter „rekurrenten Sprachmustern“ verstehe ich sprachliche Sachverhaltszuschreibungen unterschiedlicher Größe auf der Ausdrucksebene, die in bestimmten Sprachausschnitten überzufällig häufig auftreten und daher als „typisch“ für diese gelten können (vgl. *Bubenhofers* Diskurse berechnen? Wege zu einer korpuslinguistischen Diskursanalyse. In: *Methoden der Diskurslinguistik. Sprachwissenschaftliche Zugänge zur transtextuellen Ebene*, Hrsg. von Ingo Warnke und Jürgen Spitzmüller, Berlin / New York, 2008, S. 408f.). Typikalität in diesem Sinne lässt sich auch als rekurrente Ko(n)textualisierung von Sprachphänomenen beschreiben. Damit ist gemeint,

dass sprachliche Phänomene in (Rechts-)Diskursen iterativ in Verbindung mit anderen Sprachphänomenen auftreten, damit ‚kohäsiv‘ korrelieren (Kotexte) und dadurch kohärenzbildend stereotypisieren;

dass diese kotextuellen Muster in den spezifischen Sprach-Kontexten der Juristen (im Sinne des oben beschriebenen Fach(sprach)wissens) als Kontextualisierungshinweise zur Verfügung stehen und damit

potentiell rekursiv wissenskonstitutiv sind in dem Sinne, dass sie stereotype Fachkonzepte bilden bzw. abrufen können.

Sprachmuster in diesem Sinne können in unterschiedlichster Form auftreten, etwa als:

hochfrequente einzelne Ausdrücke (qualitativ auch als Schlagwörter bekannt);

einzelne Ausdrücke im Verbund von Mehrworteinheiten (MWE) bzw. Syntagmen wie explizite Zuschreibungen (X-AKTEUR(E) *ist/sind* Y-ATTRIBUT), feststehende Redewendungen oder usuelle Wortverbindungen (z.B. *Ohren putzen/waschen* vs. *Zähne putzen/\*waschen*), Formeln (*im Namen des Volkes*) u.v.a.;

grammatische Muster wie [best. Art.] + *Würde des Menschen*, Nominalstil oder häufige Konnektoren, sowie schließlich auch

komplexe Kotextmuster bzw. Kookkurrenznetze als statistisch signifikantes, gemeinsames Auftreten von einzelnen Ausdrücken innerhalb eines bestimmten Ausdrucksintervalls (z.B. *Menschenwürde* [+3 Wörter] *Sozialstaatsprinzip*).

<sup>59</sup>Vgl. dazu *Baker*, *Using Corpora in Discourse Analysis*, London, 2006.

Rechtstextkorpora und damit Einsichten in den rechtssprachlichen Usus juristischer Diskurse. – Diese These mag überraschen: Der Fokus auf detaillierte textbasierte Konkretisierungsakte im juristischen Alltag scheint sich auf den ersten Blick nicht zu vertragen mit einer Analyseperspektive, die ihre Untersuchungsgegenstände im Ansatz gerade text- und falltranszendierend (nämlich korpusfokussiert) angeht. Der Widerspruch relativiert sich allerdings, berücksichtigt man die folgenden (methodischen) Überlegungen: Danach liegt das besondere Potential einer „juristischen Korpuspragmatik“

- (a) in der korpusgeleiteten Ko(n)text-Disambiguierung juristischer Rechtsausdrücke, in der der wittgensteinsche Grundsatz, „die Bedeutung eines Wortes“ – und damit auch jeglicher Normtextteile – sei „sein [regelmäßiger] Gebrauch in der Sprache“<sup>60</sup> ernst genommen und die Performanz juristischer Textarbeit in den Fokus gerückt wird;
- (b) im transparenten Nachvollzug von juristischen Sachverhalts- bzw. Normkonstitutionen durch eine semiautomatische Strukturierung der Daten; sowie schließlich in
- (c) einer Vermittlung von quantitativer (makrosystematischer) und qualitativer (mikrosystematischer) Analyse und damit Relativierung von Einzeltextbelegen mit systematisch wiederkehrenden Sprachmustern über eine größere Textmenge hinweg.

Mit anderen Worten: Die computergestützte diskurslinguistische Analyse von sprachlichen Mustern in juristischen Textkorpora macht normkonzeptuelle Sedimente der juristischen Dogmatik sichtbar. Dies soll im Folgenden am Beispiel der Menschenwürde illustriert werden.

### c) Dogmatische Spuren zur „Menschenwürde“ in der Rechtssprache

Das leitende Erkenntnisinteresse der Untersuchung<sup>61</sup> lässt sich in 2 Fragen zusammenfassen: (a) In welchen (ausdrucksseitigen) rekurrenten sprachlichen Formationen treten die in Art. 1 Abs. 1 GG festgeschriebenen Ausdrücke *Würde [des Menschen]* bzw. *Menschenwürde* im Korpus auf? Und: (b) Inwiefern lassen die damit eruierten sprachlichen Muster eine kontextuelle Konkretisierung des diskursiven Gebrauchs zu und damit auf die makrosystematische ‚Bedeutung‘ bzw. diskursive Sedimentierung dieses ersten Grundrechts schließen?

Der Untersuchung zugrunde liegt ein Textkorpus aus allen 4238 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Zeitraum von 1998 bis zum 15.06.2010<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Frankfurt / Main, 2003, 40.

<sup>61</sup>Vgl. dazu ausführlich: Vogel, Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive. In Ekkehard Felder, Marcus Müller, Friedemann Vogel (Hgg.): Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen von Texten und Gesprächen, S. 314-353. Berlin / New York, 2012.

<sup>62</sup>Die Texte wurden automatisch mit Hilfe eines sog. Webspiders aus dem Onlinearchiv des BVerfG heruntergeladen und für die weitere Transformation in ein Unicode-basiertes (html-scriptsprachenfreies) txt-Format übertragen.

Das Korpus umfasst damit rund 8,45 Millionen ungefilterte (,originale‘) fortlaufende Wortformen (Token). Um bei Anwendung automatischer Suchroutinen und Berechnung von Kotextmustern sämtliche Flexionsformen berücksichtigen zu können, wurde das Korpus mit Hilfe des „TreeTagger“ (Part-of-Speech-Tagger)<sup>63</sup> lemmatisiert und Wortart-annotiert. Analysen und Berechnungen erfolgten mit der Software AntConc<sup>64</sup>.

Die Analyse setzt semasiologisch<sup>65</sup> an denjenigen Ausdrücken an, die im Grundgesetz (Normtext), wenn nicht die entscheidende, so zumindest eine referentielle Basis für Konkretisierungen dessen dienen, was Juristen mit *Würde* oder *Menschenwürde* bezeichnen<sup>66</sup>. Um diese Ausdrücke in ihrem ambigen wie invarianten Gebrauch sichtbar zu machen, wurde systematisch die sprachliche Umgebung zu den beiden Ausgangsausdrücken durchsucht, sortiert und kategorisiert. Genauer: Es wurden mittels Kookkurrenz- und Clusteranalysen statistisch signifikante Kookkurrenzpartner, Komposita sowie Mehrworteinheiten zu *Würde* bzw. *Menschenwürde* ermittelt und mittels gezielter Suchanfragen, KWIC- und Volltextanalysen konkretisiert und nach ähnlichen Ko(n)texten gruppiert. Hierzu einige Illustrationen:

- (a) Kookkurrenzpartner (Auswahl an Autosemantika, d.h. ‚Inhaltswörtern‘), also Ausdrücke, die in einem bestimmten Kotextintervall statistisch signifikant häufig zusammen mit den Ausdrücken *Würde* oder *Menschenwürde* (im Untersuchungskorpus) auftreten:

*Abs, Art, GG, BVerfGE, Schutz, verletzen, Beschwerdeführer, Verletzung, Mensch, Grundrecht, Opfer, Persönlichkeitsrecht, verfassungsrechtlich, Person, Recht, Angriff, Satz, Achtung, Persönlichkeit, Gewalt, Weise, Meinungsfreiheit, alle, allgemein, schützen, Staat, öffentlich, Bundesverfassungsgericht, stellen, StGB, Entscheidung, staatlich, Beschluss, ob, frei, Äußerung, Frage, jed, Grundsatz, Senat, Gericht, sozial, Anspruch, Abwägung, Grundgesetz, Fall, Freiheit, verstoßen, absolut, Verstoß, kommen, Voraussetzung, unantastbar, Verurteilte, jedoch, annehmen, bestehen, Verbindung, Achtungsanspruch, nationalsozialistisch, Beschwerdeführerin, menschlich, Leben, Kernbereich, Rechtsprechung, grundsätzlich* usw.

- (b) Komposita, die die Zeichenkette *Würde* beinhalten: *Menschenwürde, Menschenwürdegarantie, Menschenwürdegehalt, Menschenwürdeverletzung, Menschenwürdeverstoß* u.a.

- (c) Sortierte KWIC (= Keyword in Kontext)-Analysen:

<sup>63</sup><http://www.ims.uni-stuttgart.de/projekte/corplex/TreeTagger/> (28.12.2011).

<sup>64</sup><http://www.antlab.sci.waseda.ac.jp/> (02.05.2012) – Inzwischen hat Friedemann Vogel eine eigene, speziell für linguistische Diskurs- und Imageanalysen konzipierte Software entwickelt und für die wissenschaftliche Nutzung kostenlos zur Verfügung gestellt (vgl. <http://www.lda-toolkit.friedemann-vogel.de>, 02.05.2012).

<sup>65</sup>Das heißt perspektivisch vom Ausdruck zu seinen konkreten Bedeutungen im Kotext.

<sup>66</sup>Der damit referierte ‚Gegenstand‘ wird im Folgenden (kategorisch) als WÜRDE formalisiert.

- (d) Cluster bzw. statistisch häufige Mehrworteinheiten, die die Zeichenkette *Würde* bzw. *Menschenwürde* beinhalten (Auswahl):

---

<b>f</b>	<b>Cluster / Mehrworteinheit</b>
55	<i>Würde des Menschen</i>
49	<i>Schutz der Menschenwürde</i>
44	<i>Verletzung der Menschenwürde</i>
39	<i>auf die Menschenwürde</i>
37	<i>Würde der Opfer</i>
36	<i>menschenwürdigen Existenzminimums</i>
30	<i>eines menschenwürdigen Existenzminimums</i>
29	<i>gegen die Menschenwürde</i>
26	<i>Angriff auf die Menschenwürde</i>
26	<i>Die Menschenwürde</i>
22	<i>eine Verletzung der Menschenwürde</i>
17	<i>Achtung der Menschenwürde</i>
16	<i>Bürgerrecht und Menschenwürde</i>
16	<i>der Würde der Opfer</i>
16	<i>für ein menschenwürdiges Dasein</i>
14	<i>Menschenwürde e.V</i>
13	<i>Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges</i>
12	<i>Garantie der Menschenwürde</i>
12	<i>Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums</i>

---

Das Ergebnis der Studie ist für Juristen keine Überraschung, sondern Inhalt des verfassungsrechtlichen Examenswissens:

- *Würde* erscheint in zahlreichen, fest gefügten sprachlichen Mustern, die das, was WÜRDE ist oder sein soll, wie folgt konkretisieren:
- WÜRDE wird als etwas ›Abstraktes‹, negativ über die ›Art und Umfang ihrer konkreten, einzelfallbezogenen Verletzung von bestimmten Akteuren (›Träger von WÜRDE‹) konstituiert als *Antwort auf eine Geschichte gewordene Bedrohung und Zerstörung der Menschenwürde* (NS-Zeit) (= Diskursiver Boden);
- WÜRDE ›hat man nicht‹, WÜRDE wird einem im Falle der Verletzung vom Gericht über die Konkretisierung der Verletzung selbst erst zugeschrieben;
- WÜRDE wird im verfassungsrechtlichen Dogma verhandelt als ›letztmögliche Quelle für normative Legitimität‹ in einem als ganzheitlich gedachten Rechtssystem, das heißt, der Verweis auf die *Menschenwürde* dient als größtmöglicher Geltungsanspruch (Topos) widerstreitender Akteure;

- WÜRDE ist apologetischer *Wert* (schon erkennbar im bestimmten Artikel: *die Menschenwürde*, der ›lebenden wie toten Menschen‹ zukommt, ›weil sie kognitiv bewusste und im sozialen Kollektiv (bzw. kollektiven Gedächtnis) integrierte Menschen sind oder waren‹;
- WÜRDE ist ›etwas, das ›staatlich vor X = Gefahr geschützt werden muss‹ (Perspektive des Imperativs) und
- WÜRDE ist ›Anspruch des Individuums gegenüber dem Kollektiv‹ (Perspektive des individuellen Anspruchs);
- In den einzelnen Fallkonstellationen scheint WÜRDE schließlich so etwas zu sein wie ›körperlich-physische sowie (mit großen Abstrichen) geistig-psychische Integrität des Betroffenen‹.

Wenngleich die Ergebnisse ‚nichts neues‘ zeigen mögen, sie zeigen, dass korpuspragmatische, auf der semiautomatischen Strukturierung von Massendaten basierende Analysen einen geeigneten, nachvollziehbaren und transparenten Zugriff auf ‚die‘ Rechtssprache erlauben.

## 2. Die Frage „Abwägung“ vor Gericht? korpuslinguistisch gefolgt

Die bereits skizzierten drei Lesarten der „Abwägung“ werden nachfolgend empirisch am Beispiel der MENSCHENWÜRDE überprüft, das heißt, es werden sprachliche Indikatoren für die jeweiligen Lesarten statistisch gesucht und über eine Strukturierung von Massendaten interpretiert. Die Untersuchung basiert dabei ebenfalls auf dem oben (IV. 1.3) skizzierten Korpus aus 4238 Entscheidungstexten der Verfassungsrechtsprechung.

### a) Philosophische Prinzipienlehre

Spielte die Variante der „Abwägung“ als ›Prinzip‹ im Sinne der Prinzipientheorie eine Rolle in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wären auf der Textoberfläche (Ausdrucksebene) allgemein Ausdrücke wie *philosophisches Prinzip*, *Prinzip nach X*, *Philosophie* u.ä. zu erwarten. Als abschließender Schlussstein müssten ferner Ausdrücke belegt sein wie *Rechtsidee*, *Gerechtigkeit*, *Rechtsbegriff* und in deren Kontext zur Einführung Wörter wie *Diskurs* oder *Diskurstheorie* in speziellem Gebrauch.

- Der Ausdruck *Prinzip* ist im Korpus insgesamt 703-mal belegt, davon lediglich 4-mal im Kontext der *Menschenwürde* und nie als Teil von Mehrworteinheiten in der Kombination mit *Philosophie*, *nach X* (= Theoretiker) u.ä. Häufige Komposita, Cluster und Kookurrenzpartner (*Rechtsstaatsprinzip*, *Konstitutionsprinzip*, *Rechtsstaat*, *Grundsatz* u.ä.) zeigen keine Nähe des Ausdrucks zu philosophischer Prinzipienlehre; *Prinzip* bedeutet – auch in den 4 Fällen des *Menschenwürde*-Bezugs

– vielmehr einen jeweils zu konkretisierenden allgemeinen ›Grundsatz‹ (z.B. [sind] *sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde*).

- Der Ausdruck *Rechtsidee* ist im Korpus nicht belegt.
- *Gerechtigkeit* (einschl. Komposita) findet sich in einer Häufigkeit von 100, insbesondere im Kontext des Willkürverbots des Rechts- und Sozialstaatsprinzips sowie als Indikator für weitergehende Begründungspflichten (vgl. etwa: X [sei] *mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar [...], wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt*). *Gerechtigkeit* spielt jedoch als Schlussstein für die Entscheidung des Konflikts von Prinzipien keine Rolle. Im Kontext der *Menschenwürde* finden sich zudem keine Belege.
- *Rechtsbegriff* ist insgesamt 140-mal belegt, davon überwiegend im Bigramm (Zweiworteinheit) *unbestimmter Rechtsbegriff* und damit in der Funktion einer Anzeige von Konkretisierungsbedarf. Im Kontext von *Menschenwürde* ist der Ausdruck nicht belegt.
- *Diskurs* findet sich generell in 14 Belegen, überwiegend quasisynonym mit dem Ausdruck *Debatte* oder *Auseinandersetzung* und damit fern jeglicher Prinzipienlehre. Der Ausdrücke *Diskurstheorie* und *Alexy* sind nicht belegt.

Auf Basis unserer Korpusanalysen lassen sich damit keine Indizien für eine praktische Relevanz der oben dargestellten Lesart der „Abwägung“ finden.

## b) Konduktives Argument

Vollzieht das Bundesverfassungsgericht eine „Abwägung“ im Sinne des ›konduktiven Arguments‹? – Bei einer ersten Prüfung über den Ausdruck *Schranken-systematik* oder *qualifizierter Gesetzesvorbehalt* finden sich keine Belege, die auf eine entsprechende Praxis hinwiesen. Anders jedoch sieht es aus mit dem Ausdruck *Rang* (351-mal belegt, einschließlich Komposita), über den eine für-und-wider-Argumentation indiziert wird. Dies allerdings nur als Einstieg für eine Argumentation, denn die entscheidende Abgrenzung muss für das Gericht fallbezogen durch lokale semantische Elaboration erfolgen. Die Abwägung definiert hier nur das Feld für die konkrete Argumentation im Verfahren.

*Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt, der nach dem zweiten Satz dieser Vorschrift durch Gesetz für bestimmte Fälle eine Einschränkung des Grundrechts erlaubt, ändert nichts daran, dass das Grundrecht, das die Staatsangehörigkeit und den Verbleib in der eigenen Rechtsordnung garantiert, einen hohen **Rang** hat*

*der Freiheit der Person ein höherer **Rang** als Vermögenswerten zukomme*

Im Kontext der *Menschenwürde* wiederum spielt dieses Denkmuster keine Rolle (lediglich 3 Belege im Sinne der ‚Unabwägbarkeit‘).

### c) „Abwägung“ als Kern- und Randbereich

Die bisherige Prüfung hat ergeben, dass weder Prinzipienlehre noch Schranken-systematik der Grundrechte der Universalschlüssel für die Bearbeitung streitiger Konflikte ist. Als weitere Kandidaten kämen noch in Betracht: die Unterscheidung von Kern- und Randbereich des Grundrechts sowie das Anknüpfen an die Eingriffsintensität.

Die Ausdrücke *Kernbereich* (544-mal belegt), *Randbereich* (23) und *Eingriffsintensität* (93) verweisen auf eine durchaus häufige Anwendung dieses Abwägungs-Denkmusters. Es führt angesichts der absoluten Anzahl von (als solchen explizierten) *Abwägungs*-Kontexten (mit 2284 Belegen) jedoch keine Alleinherrschaft. Im Kontext der *Menschenwürde* spielt sie offenbar (bei insg. 10 Belegen) überhaupt keine Rolle.

### 3. „Abwägung“ als Prüfung ‚der‘ Verhältnismäßigkeit

Im Kontext der *Abwägung* findet sich schließlich auch sehr häufig die Denkfigur der ›*Verhältnismäßigkeitsprüfung*‹. Im Gesamtkorpus tritt die Zeichenfolge *verhältnismäßig* insgesamt 3.854 mal auf, davon allerdings nur 4 mal im Kontext der *Menschenwürde*. Die Verteilung des Ausdrucks auf die einzelnen Entscheidungstexte ist zudem sehr ungleichmäßig: über 3.000 (von 4.238) Texte enthalten keinen Beleg von *verhältnismäßig* und nur 12 Texte enthalten jeweils mehr als 20 Belege (siehe Schaubild). Damit spielt die mit dem Ausdruck *Verhältnismäßigkeit* verbundene Denkfigur nur eine rudimentäre bzw. im Hinblick auf den Rechtsbereich hoch spezialisierte Rolle.

Der Hinweis auf *Verhältnismäßigkeit* verweist dabei weder auf ein ›Prinzip‹ noch auf eine numerische Gewichtung von Argumenten (auch wenn dies metaphorisch häufig formuliert wird<sup>67</sup>), sondern ruft lediglich den verfassungsrechtlichen Grundsatz auf, dass die Argumente aus der Perspektive a) der staatlichen Fürsorgepflicht und b) aus den Abwehrrechten des Einzelnen kontrastiv und vor allem mit Bezug auf den infragestehenden Normtext konkret ausgehandelt werden müssen. Das zeigt sich bereits in der wiederkehrenden Textstruktur:

1. Nennung des ‚Schlüsselwortes‘ *verhältnismäßig\** zur Aktivierung der juristischen Fachsemantik im Hinblick auf eine argumentative Auseinandersetzung um den ‚angemessenen‘ *Ausgleich* widerstreitender Interessen.
2. Explikation bzw. Konkretisierung zu einem abstrakten ‚Grundsatz‘ (in der Regel mit zahlreichen Selbstzitataten des Gerichts), welche verfassungsrechtlichen Aspekte im Rahmen einer ›*Verhältnismäßigkeitsprüfung*‹ zu berücksichtigen seien usw.

<sup>67</sup>Es seien diese und jene Argumente *gewichtiger* oder *zu gewichten* usw.

3. Konkrete Aushandlung mit Einarbeitung bzw. Gewichtung der beteiligten Positionen und ihrer Argumente (im konkreten Fall).

## IV. Zur Theorie der Praxis gerichtlicher Abwägung

Abwägung ist kein rätselhafter Vorgang, der als Fundament eine philosophische Hinterwelt braucht. Der Vorgang vollzieht sich ganz offen in der Sprache. Man muss nur im Diesseits bleiben, um die sprachlichen Strategien linguistisch und rhetorisch zu beschreiben.

### 1. Wie wägen Gerichte ab?

Das Bundesverfassungsgericht geht, wenn es eine Abwägung bei anderen Grundrechten durchführt, in zwei Stufen vor: Zunächst ist die abstrakte Wertigkeit der beiden jeweils beeinträchtigten Rechtsgüter zu vergleichen, über deren Rang zu entscheiden ist. Die Kollisionen können sich etwa zwischen Rechtsgütern von Verfassungsrang und einfachgesetzlichen Rechtsgütern ergeben. Die Lektüre der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit bieten hier Anschauungsmaterial in Hülle und Fülle. Schwieriger ist es schon, auf der Ebene der Verfassung selbst Rangunterschiede zu begründen. Diese wären etwa zwischen Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und solchen ohne Schranken zu machen. Oder zwischen zwei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, wenn das eine leichter einzuschränken ist als das andere. So ist etwa Artikel 12 I GG (Berufsfreiheit), der mit einfachem Regelungsvorbehalt leichter eingeschränkt werden kann, bedeutsamer als Artikel 5 I GG mit qualifiziertem Schrankenvorbehalt.

Mit dem Vergleich der abstrakten Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter ist aber nur der erste vorbereitende Schritt getan. Auch kann auf dieser Ebene eine Situation entstehen, die nicht intuitiv plausibel ist. So wäre etwa Leben mit einem Gesetzesvorbehalt weniger bedeutsam als Religion ohne Gesetzesvorbehalt. Der zweite, entscheidende Schritt liegt daher im Vergleich der konkreten Eingriffintensität. Hier beginnt die lokale semantische Elaboration. Im Vordergrund steht hier der Einzelfall und nur einige wenige nicht regelmäßig wiederkehrende Topoi können unterschieden werden. Hier wird etwa geklärt, auf welcher Seite der Eingriff schwerwiegender ist: „Die bis zur rechtskräftigen Verurteilung zugunsten des Angeklagten sprechende Unschuldsvermutung gebietet eine zurückhaltende, mindestens aber eine ausgewogene Berichterstattung durch die Medien. Außerdem ist eine mögliche Prangerwirkung zu berücksichtigen, die durch eine identifizierende Medienberichterstattung bewirkt wird. Die besondere Schwere einer angeklagten Tat und ihre als besonders verwerflich empfundene Begehungsweise kann im Einzelfall nicht nur ein gesteigertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, sondern auch die Gefahr begründen, dass der Angeklagte eine Stigmatisierung erfährt, die ein Freispruch möglicherweise nicht mehr zu

beseitigen vermag.“<sup>68</sup> Für die Bearbeitung dieser Frage dient die metaphorische Unterscheidung von Peripherie und Kernbereich, wobei natürlich jeder Eingriff in den Kernbereich schwerer wiegt. Ein solcher Eingriff liegt dann vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt. Wenn es dagegen um eine ersetzbare, das heißt, um eine funktional gleichwertige Handlungsmodalität geht, so wird nur die Peripherie betroffen. Die Seite mit dem Kernbereichseingriff hat dann im Ergebnis Vorrang. Es handelt sich also um das Gedankenexperiment des Wegdenkens: Bleibt von der Freiheitsgarantie noch etwas Sinnvolles übrig oder bricht sie als Ganzes zusammen, wie zum Beispiel eine Pressefreiheit ohne Informantenschutz? Daneben gibt es aber noch weitere Gesichtspunkte: Etwa die Frage, ob eine der beiden Seiten Handlungsalternativen hat oder mit dem Rücken zur Wand steht: „Der Einsatz von Wasserwerfern stellt kein Verstoß gegen die Menschenwürde dar, zumindest dann nicht, wenn sich der Betroffene dem Einsatz hätte entziehen können.“<sup>69</sup> Weiterhin die Unterscheidung, auf welcher Seite der geschaffene Zustand leicht revisibel ist und wo er nur schwer wieder rückgängig gemacht werden kann. Insgesamt wird vom Gericht die Abwägung nicht als black box behandelt, aus der nichts weiter herauspringt, als eine subjektive Präferenz. Vielmehr geht es um die Bilanzierung und Verarbeitung der von beiden Seiten vorgebrachten Einwände.

## 2. Wie vollzieht sich die lokale Ausarbeitung der Semantik?

Dies zeigt sich am Beispiel der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Tagebuch. Darin hält das Gericht eine Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren unter gewissen Voraussetzungen für möglich. Es hat dies in einer 4:4-Entscheidung dann zugelassen, wenn das fragliche Textstück der Privatsphäre und nicht der Intimsphäre zuzuordnen ist.<sup>70</sup> Dabei nimmt das Gericht zwischen Intimsphäre und Privatsphäre keine begriffliche Abgrenzung vor, sondern arbeitet die streitige Semantik lokal aus: „Die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, hängt daher nicht davon ab, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist. Dies lässt sich nicht abstrakt beschreiben; es kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden.“<sup>71</sup> Dabei werden Argumente, welche von den Verfahrensbeteiligten vorgetragen wurden, entweder widerlegt oder integriert. So erscheint etwa auf Seiten des Betroffenen der Wille zur Geheimhaltung und auf Seiten der Strafverfolgungsor-

<sup>68</sup>BVerfG, in: NJW 2009, S. 350.

<sup>69</sup>BVerfG, in: NVwZ 1999, S. 290 ff., 293.

<sup>70</sup>Wegen der Stimmgleichheit konnte das Gericht nicht feststellen, dass die Verwertung gegen das Grundgesetz verstößt. BVerfG 80, S. 367 ff., 376; vgl. dazu auch *Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke*, Dignitas absoluta. Ein kritischer Kommentar zum Absolutheitsanspruch der Würde, in: *dies.* (Hrsg.), *Das Dogma der Unantastbarkeit*, Tübingen 2009, S. 1 ff., 11.

<sup>71</sup>BVerfGE 80, S. 367 ff., 374.

gane das Interesse am Beweis der Straftat. Dabei formuliert das Gericht: „Es kommt zunächst darauf an, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt geheim halten will oder nicht. Denn dort, wo der Betroffene auf Geheimhaltung selbst keinen Wert legt, ist der Kernbereich schon wegen dieses Umstands in aller Regel nicht berührt. Andererseits lässt sich der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts nicht in der Weise bestimmen, dass es allein auf den Willen des Betroffenen zur Geheimhaltung ankommt.“<sup>72</sup> Diese lokal gebundene Argumentation ist natürlich für ein philosophisch begriffliches Interesse unbefriedigend. Aber es ist die einzig mögliche Art damit umzugehen. Eine prinzipielle Fixierung der Semantik würde sich selbst dekonstruieren. Deswegen bedarf es des lokalen Bezugs: „Ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zugeordnet werden kann, hängt ferner davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt.“<sup>73</sup> Die Persönlichkeitssphäre und die Strafverfolgungsbefugnisse der Gemeinschaft sind die beiden Pole, welche hier im Wege der Argumentation semantisch ausgearbeitet werden.

### 3. Die Verkettung von Präjudizien

Die Verfassung bietet also einen Vergleichsrahmen für kollidierende Positionen. Aber jede Entscheidung bedarf der lokalen Ausarbeitung der Semantik aufgrund der im Verfahren vorgebrachten Argumente. Für deren Validierung gibt es die Instanzen der juristischen Methodik und den Relevanzhorizont der Vorentscheidungen. Ein einzelnes Problem auszuarbeiten ist nur möglich vor dem Horizont des Ganzen. Gleichzeitig kann keiner über das Ganze des Rechts verfügen. Zur Auflösung dieses Paradoxes dienen dem Gericht die Präjudizien.

Man kann die Situation des Gerichts, welche nach der Bedeutung eines grundrechtlichen Leitbegriffs sucht, mit der eines Sprachwissenschaftlers, der ein Wörterbuch erstellt, vergleichen. Beide sammeln gelungene Gebrauchsbeispiele. Der Jurist macht dies mit Hilfe der Auslegungsregeln. Beispiele die ihm ohne Nachdenken einfallen, ordnet er der grammatischen Auslegung zu. Um weitere zu finden hat er als Suchstrategien die Systematik, Entstehungsgeschichte, Vorläufernormen und Zweck. Über die Kommentare findet er Vorentscheidungen und wissenschaftliche Stellungnahmen die diese Suchstrategien schon angewendet haben. Der Sprachwissenschaftler dagegen entwickelt einen Thesaurus je nach dem Zweck seines Wörterbuchs, um die zu Grunde gelegten Corpora auszuwerten. Obwohl auf den ersten Blick verschieden, machen doch beide das gleiche: Sie verknüpfen gelungene Gebrauchsbeispiele. Man kann das hehre Ideal der Gesetzesbindung nüchtern als Intertextualitätsproblem reformulieren.

Präjudizien sind zu verstehen „als Exempel richtigen fachsprachlichen Gebrauchs der einschlägigen Begriffe.“<sup>74</sup> Sie sind „Verweise auf die semantische Gleichbe-

---

<sup>72</sup>Ebd.

<sup>73</sup>Ebd.

<sup>74</sup>*Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer*,

handlung und damit die ‚Richtigkeit‘ eines Rechtsbegriffs. Diese Bestimmung der Bedeutung durch die Bezugnahme auf erhebliche Sprachverwender ist auch genau das Verfahren, das gute Wörterbücher anwenden: Sie erläutern einen Begriff durch die Heranziehung beispielhafter Verwendungen.“<sup>75</sup>

Präjudizien sind kein Gegensatz zum Gesetz, sondern ein Weg, die Gesetzesbindung praktisch zu machen. In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität konstituiert.<sup>76</sup> Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu. Vielmehr wird diese erst eingesetzt. „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“<sup>77</sup> Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall grundsätzlich als ein internes markiert. Blicke es aber dabei, so fielen allerdings Norm und Anwendung amorph in sich zusammen. „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“<sup>78</sup> Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handlungen 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.<sup>79</sup>

Ohne Präjudizien lässt sich also Recht nicht finden.<sup>80</sup> Empirische Untersuchungen in Form von Inhaltsanalysen gerichtlicher Begründungen zeigen, dass Präjudizien für den Richter die wichtigste Entscheidungsgrundlage sind.<sup>81</sup> Der Verweis auf

---

Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 72.

<sup>75</sup> Martin Morlok, *Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 73.

<sup>76</sup> Grundlegend Jacques Derrida, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt am Main 1991. Georg W. Bertram, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: Andreas Kern/Christoph Menke, *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 289 ff., hier v.a. S. 296 ff.

<sup>77</sup> Georg W. Bertram, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: Andreas Kern/Christoph Menke (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

<sup>78</sup> Georg W. Bertram, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: Andreas Kern/Christoph Menke (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

<sup>79</sup> Georg W. Bertram, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: Andreas Kern/Christoph Menke (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 297.

<sup>80</sup> Martin Morlok, *Der Text hinter dem Text*, in: Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 133.

<sup>81</sup> Hans Kudlich/Ralph Christensen, *Die Methodik des BGH in Strafsachen*, Köln München

frühere Rechtsprechung wird etwa in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und damit zehnmal so häufig wie die Systematik des Gesetzes.<sup>82</sup> Auch das BVerfG zitiert sich in unserem hier vorliegenden Korpus (vgl. unten) mit 28.879 Belegen fast fünfmal häufiger selbst, als es nach etwaigen Prinzipien „auslegt“ (6.177)<sup>83</sup>. „Falls eine Gerichtsentscheidung eine einschlägige Rechtsgrundlage nicht nennt, wird dies von der Fachgemeinschaft durchaus als fehlerhaft vermerkt. Falls keine Hinweise auf entsprechende frühere Urteile sich finden, ist dies entweder der großen Selbstverständlichkeit der Entscheidung geschuldet oder aber der Tatsache, dass das Gericht in einer Rechtsfrage noch Neuland betreten hat.“<sup>84</sup> In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument also im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

Der von Morlok vertretene pragmatische Bedeutungsbegriff macht die Entwicklung der Systematik zur Systematik zweiter Ordnung in ihrer Notwendigkeit verständlich. Entschieden werden kann nur Unentscheidbares. Daran ändern auch die Präjudizien nichts. Aber möglich ist eine Entscheidung von Unentscheidbarem nur, weil es bereits Entschiedenenes gibt. Der Richter vollzieht den Sprung zur Entscheidung an einer Kette von Lesarten entlang.

Die begriffliche Umschreibung der grundrechtlichen Leitbegriffe ist beim Bundesverfassungsgericht nicht das Ende eines Klassifikationsprozesses, sondern der Beginn einer Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Einwänden. Hier arbeitet nicht Prokrustes mit Streckbett und Hackbeil. Es ist nicht der unbedingte Wille zur Identifikation, der jeden Fall als identisch behandeln will. Es ist vielmehr das Bewusstsein für das Nicht-Identische, was entlang einer Kette von Fällen die Regel verschiebt.

## V. Fazit, oder: Was bleibt, ist semantische Elaboration im Einzelfall

Die Korpusstudie auf Basis unseres sehr großen Textkorpus aus Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass „Abwägung“ im Sinne der ›Philosophischen Prinzipienlehre‹ sowie im Sinne des ›konduktiven Arguments‹ sowohl im Kontext der Menschenwürde als auch generell keine Rolle spielen. Für „Abwägung“ in der Denk-Perspektive von ›Kern- und Randbereich‹ finden sich in der Verfassungsrechtsprechung durchaus Indizien, allerdings im Verhältnis zum gesamten Wortgebrauch *Abwägung* sowie im hier untersuchten Kontext der *Menschenwürde* nur in sehr geringem Umfang oder gar nicht. Damit bleibt

2009, S. 37 ff.

<sup>82</sup>Vgl. *Mariele Dederichs*, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004, S. 106.

<sup>83</sup>Im Ko(n)text [-20/+20] der *Menschenwürde* ist das Verhältnis noch deutlicher, insofern das BVerfG sich 38 mal selbst zitiert, hingegen nur ein einziges mal *auslegt*.

<sup>84</sup>*Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 109.

im Umkehrschluss allein die lokale Ausarbeitung der Semantik als tatsächliche Rechtspraxis der „Abwägung“ übrig.

Jun.-Prof. Dr. Friedemann Vogel

Institut für Medienkulturwissenschaft

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Werthmannstr. 16

79085 Freiburg i. Br.

[friedemann.vogel@medienkultur.uni-freiburg.de](mailto:friedemann.vogel@medienkultur.uni-freiburg.de)

Dr. Dr. Ralph Christensen

Neckarstr. 24

68549 Ilvesheim

[ralph.christensen@t-online.de](mailto:ralph.christensen@t-online.de)