

Verfassungsvergleichende Argumentation

**Prämissen der rechtswissenschaftlichen Diskussion über den
Verweis auf fremdes Verfassungsrecht**

Dissertation

von Sabrina Dreßen

„Law, says the judge as he looks down his nose,
Speaking clearly and most severely,
Law is as I've told you before,
Law is as you know I suppose,
Law is but let me explain it once more,
Law is The Law. (...)“*

* W.H. Auden, Law, Like Love in: WH. Auden Collected Poems, London, S. 207 f.

INHALT

A. EINLEITUNG - ÜBERLEGUNGEN ZUM VERWEIS AUF FREMDES VERFASSUNGSRECHT DURCH DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT	2
I. VERDECKTE RECHTSPOSITIVISTISCHE PRÄMISSEN IM STREIT UM DIE JUDIKATIVE VERFASSUNGSVERGLEICHUNG.....	5
1. RECHTSPOSITIVISMUS ALS AUSGANGSPUNKT DER HERRSCHENDEN METHODENLEHRE	7
2. RECHTSPOSITIVISTISCH GEPRÄGTE KRITIK AN JUDIKATIVER VERFASSUNGSVERGLEICHUNG.....	12
a. Mangelnde demokratische Legitimation der Bezugnahme auf die „ <i>Meinungen anderer Völker</i> “	12
b. Erfordernis der Verankerung der rechtsvergleichenden Methode im Verfassungstext.....	15
c. Missachtung des Willens des Verfassungsgebers.....	18
d. Willkürlichkeit verfassungsvergleichender Erwägungen.....	21
e. Begrenzung der Verfassungsvergleichung auf den Bereich der Rechtsfortbildung oder die Funktion der Inspiration.....	24
3. VERDEUTLICHUNG DER POSITIVISTISCHEN PRÄGUNG ANHAND DES KONZEPTS DER <i>PERSUASIVE AUTHORITY</i>	26
II. PRÄZISIERUNG DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDES: DER VERWEIS AUF FREMDES VERFASSUNGSRECHT IN DER GERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNGSBEGRÜNDUNG	33
1. ÜBERLEGUNGEN ZU RECHTSWISSENSCHAFTLICH BETRIEBENEN RECHTS- UND VERFASSUNGSVERGLEICHUNG	34
2. VERFASSUNGSVERGLEICHENDE ARGUMENTE IN DEN ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS	38
a. Ein Überblick über die Auseinandersetzung des Bundesverfassungsgerichts mit fremdem Verfassungsrecht .	39
b. Der Verweis auf fremdes Recht als rechtliches Argument bei der Verfassungsinterpretation.....	42
B. PRÄMISSENAUSTAUSCH I: RECHTSHERSTELLUNG IN EINEM REALISTISCHEN RECHTSVERSTÄNDNIS	48
I. DIE ENTSTEHUNG DES „GELEBTEN RECHTS“ IN DER RECHTSPRAXIS	49
1. VORVERSTÄNDNIS UND „HIN- UND HERWANDERN DES BLICKES“ – EINSICHTEN DER HERMENEUTIK.....	50
2. DIE HERSTELLUNG RECHTLICHER BEDEUTUNG IN EINEM OFFENEN SYSTEM RECHTLICHEN WISSENS – ERKENNTNISSE DER TOPIK.....	52
3. DIE INTERNALISIERUNG DES RECHTSSINNSYSTEMS DURCH DEN RICHTER UND DER HABITUS DER RECHTSPRAXIS – DIE SOZIALKONSTRUKTIVISTISCHE PERSPEKTIVE	56
4. DIE EINBINDUNG DER RECHTSPRAXIS IN DIE GESELLSCHAFTLICHE RECHTSKOMMUNIKATION – RECHTSZOLOGISCHE ASPEKTE	61
II. NORMATIVITÄT UND GESETZESBINDUNG UNTER DEN PRÄMISSEN EINES „OFFENEN INSTITUTIONENPOSITIVISMUS“	65
III. DER UNVERMEIDLICHE VERZICHT AUF DEN ANSPRUCH OBJEKTIVER RATIONALITÄT JURISTISCHER ENTSCHEIDUNGEN	70
1. WESENTLICHE PROBLEME NORMATIVER ARGUMENTATIONSTHEORIEN.....	71
2. GRUNDLEGENDE ANFORDERUNGEN AN EINE REALISTISCHE DISKURSTHEORIE	79
3. ANERKENNUNG DER SELBSTBEZÜGLICHKEIT DES JURISTISCHEN DISKURSES	81
C. PRÄMISSENAUSTAUSCH II: REALISTISCHE EINSCHÄTZUNG DER (EIGEN-)RATIONALITÄT DES RECHTSDISKURSES	84
I. HERSTELLUNG UND DARSTELLUNG JURISTISCHER ENTSCHEIDUNGEN AM BEISPIEL DES JUSTIZSYLLOGISMUS	89
II. GERECHTIGKEITS- UND RECHTMÄßIGKEITSERWARTUNG AN RICHTERLICHE ENTSCHEIDUNGEN.....	94
III. ORIENTIERUNG IM RECHT DURCH DAS RECHTSWISSEN DER PRAXIS.....	99

1.	DIE WESENTLICHEN BAUSTEINE DES RECHTSWISSENS: DOGMATIK, PRÄJUDIZIEN UND HERRSCHENDE MEINUNG.....	103
a.	Die herausgehobene Rolle der Dogmatik in der deutschen Rechtspraxis	105
b.	Präjudizien, ständige Rechtsprechung und herrschende Meinungen.....	110
2.	HERSTELLUNG VON RECHTSSICHERHEIT DURCH DAS RECHTSWISSEN DER PRAXIS	121
a.	Innere Kohärenz der Bestandteile des Rechtswissens	122
b.	Systematische Ordnung des Rechtswissens	124
c.	Sicherung der kohärenten Entwicklung des Rechtswissens	126
IV.	ELEMENTE DES RECHTSWISSENS ALS <i>AUTORITÄTEN</i> IN DER RICHTERLICHEN ENTSCHEIDUNGSBEGRÜNDUNG.....	129
V.	JURISTISCHE METHODENLEHRE UND ERWARTUNGSERFÜLLUNG DURCH DEN AUSLEGUNGSKANON..	135
VI.	BESONDERHEITEN VERFASSUNGSGERICHTLICHER ENTSCHEIDUNGEN	143
1.	ENTSCHEIDUNGSMAßSTAB VERFASSUNG - CHARAKTERISTIKA DES VERFASSUNGSRECHTSWISSENS UND DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT ALS LETZTINTERPRET DER VERFASSUNG	144
2.	BESONDERHEITEN DES BEGRÜNDUNGSSTIL DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS	155
D.	VERFASSUNGSVERGLEICHENDE ARGUMENTATION IM KONZEPT EINES OFFENEN INSTITUTIONENPOSITIVISMUS	158
I.	KONSEQUENZEN DES PRÄMISSENAUSTAUSCHS FÜR DIE DISKUSSION DES VERWEISES AUF FREMDES VERFASSUNGSRECHT	159
II.	NEUE WEICHENSTELLUNGEN FÜR EINE METHODIK DER VERFASSUNGSVERGLEICHENDEN ARGUMENTATION.....	166
1.	UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN VERFASSUNGSVERGLEICHUNG UND VERFASSUNGSVERGLEICHENDER ARGUMENTATION....	167
2.	KONTEXTUALISIERUNGSBEDÜRFTIGKEIT VERFASSUNGSVERGLEICHENDER ARGUMENTATION.....	172
3.	DIE SUBSIDIÄRE NATUR VERFASSUNGSVERGLEICHENDER ARGUMENTE	176
4.	ELEMENTE FREMDEN VERFASSUNGSRECHTSWISSENS ALS EPISTEMISCHE AUTORITÄTEN	181
III.	ÜBERLEGUNGEN ZU ANFORDERUNGEN AN DIE KONTEXTUALISIERUNG VERFASSUNGSVERGLEICHENDER ARGUMENTATION.....	183
IV.	BESTEHT EINE PFLICHT ZUR BERÜCKSICHTIGUNG FREMDER AUTORITÄTEN BEI DER INTERPRETATION DER EIGENEN VERFASSUNG?.....	195
V.	SCHLUSSÜBERLEGUNGEN UND ABSCHLUSSTHESEN	201

A. Einleitung - Überlegungen zum Verweis auf fremdes Verfassungsrecht durch das Bundesverfassungsgericht

Überschreitet das Bundesverfassungsgericht die Grenzen zulässiger richterlicher Verfassungsinterpretation, wenn es bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit auf Entscheidungen des *US Supreme Court* und des *Supreme Court of Canada* verweist¹? Wenn es bei der Beurteilung der Frage, wie viele Lesungen im Bundestag das Demokratieprinzip vor der Verabschiedung eines Gesetzes fordert, das französische Verfassungsrecht in Bezug nimmt²? Oder wenn es auf die Äußerungen eines Richters am *US Supreme Court* verweist, um festzustellen, dass die Meinungsfreiheit „in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“³ sei? Anders formuliert: Darf das Bundesverfassungsgericht bei der Interpretation des Grundgesetzes verfassungsvergleichend argumentieren?

Dies stellt die Kernfrage dieser Untersuchung dar. Ihre Beantwortung ist insofern voraussetzungsvoll als sie eine Positionierung dazu verlangt, was zulässige richterliche Verfassungsinterpretation eigentlich ist. Damit ist zugleich auf eine Reihe vorausliegender Fragen verwiesen wie: Was ist Interpretation? Wo liegen die Grenzen ihrer Zulässigkeit? Unterscheidet sich die Verfassungsinterpretation von der Interpretation des einfachen Rechts?

Auf den ersten Blick scheinen diese Frage den deutschen Volljuristen jedoch nicht in Begründungsnot zu bringen. So könnte dieser etwa antworten: Interpretation ist der Vorgang, in dem die Gesetzesbedeutung festgestellt wird; der Wortlaut des Gesetzes ist die Grenze der Interpretation; was dem Gesetz nicht entnommen werden kann, kann unter Umständen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung gelöst werden; die Verfassungsinterpretation unterscheidet sich von der Interpretation des einfachen Rechts dadurch, dass Verfassungsnormen offener formuliert sind und dem Rechtsanwender daher eine größere Interpretationsfreiheit belassen.

Auch die dann noch offenen Fragen führen zunächst in bekannte Felder wie die Diskussion über die Grenzen zulässiger richterliche Rechtsfortbildung oder den Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie über die „richtige“ Methode der Gesetzesauslegung. Es überrascht daher nicht, dass die überwiegende Zahl der Untersuchungen, die die richterliche Verfassungsvergleichung – und die richterliche Rechtsvergleichung allgemein – zum Gegenstand

¹ BVerfGE 128, 226, 267 (2011) – *Fraport*.

² BVerfGE 1, 144, 151 (1952) – *Gesetzesinitiativen*.

³ BVerfGE 7, 198, 208 (1958) – *Lüth*.

haben, mit der Beantwortung dieser Fragen keine Zeit verschwenden⁴. Die Antworten der herrschenden Methodenlehre werden vielmehr implizit vorausgesetzt. Selbstverständlich die die Interpretation der Ermittlung der Bedeutung einer Verfassungs- oder Gesetzesnorm, natürlich sei sie begrenzt durch deren Wortlaut. Weil fremdes Verfassungsrecht keine Aussagen über die Bedeutung der eigenen Verfassung zulasse, müsse die Funktion der verfassungsvergleichenden Erwägungen des Richters auf die „Inspirationssuche“ begrenzt sein. Wenn gleich die Steuerungskraft des Verfassungstextes wegen der Offenheit seiner Normen begrenzt sei, könnten verfassungsvergleichende Erwägungen nur ausnahmsweise zulässig sein, wenn die nationale Verfassung unklar oder lückenhaft sei, der Richter also rechtsfortbildend tätig werden müsse. Es sei denn, der Verfassungstext selbst gebe Anlass zu verfassungsvergleichenden Erwägungen.

Stellt man aber diese Antworten in Frage, die der deutsche Volljurist auf dem Boden der herrschenden Methodenlehre ohne Zögern gibt, ergibt sich ein anderes Bild von den argumentativen Funktionen richterlicher Verfassungsvergleichung. Dieses zu zeichnen, ist Ziel dieser Untersuchung. Dazu müssen die Prämissen vorhandener rechtswissenschaftlicher Untersuchungen zur richterlichen Verfassungsvergleichung aufgedeckt und ausgetauscht werden. Diese Prämissen lassen sich schlagwortartig als rechtspositivistisch charakterisieren. Ihre Ersetzung durch realistische Annahmen darüber, wie rechtliche Bedeutung hergestellt wird und welche Anforderungen an die Begründung von Entscheidungen bestehen, verändert den Blick auf die Relevanz des Verweises auf fremdes Verfassungsrecht in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Der erste Teil dieser Untersuchung (Abschnitt A) dient dazu, die Abhängigkeit der Position gegenüber der verfassungsvergleichenden Argumentation von allgemeinen rechtstheoretischen und -methodischen Standpunkten aufzuzeigen. Dazu werden die grundlegenden Aspekte der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Zulässigkeit verfassungsvergleichender Erwägungen und über die methodischen Anforderungen an die Verfassungsvergleichung als Mittel der Verfassungsinterpretation aufgegriffen und die ihnen zugrundeliegenden Prämissen aufgedeckt (A.I.). Außerdem dient das erste Kapitel der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes. Gegenstand dieser Untersuchung ist nicht die Verfassungsvergleichung als

⁴ Darunter etwa: *Michal Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013; *Guy Canivet*, *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in: Muller/Richards (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 21; *Aura María Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009; *Thomas Coendet*, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012; *Lea Judith Fischer*, *A Shining City Upon a Hill*, 1. Aufl. 2016; *Alexis Le Quinio*, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, DL 2011; *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018; *Mattias Wendel*, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011.

rechtswissenschaftliche Disziplin, sondern der Verweis auf fremdes Verfassungsrecht in der richterlichen Entscheidungsbegründung, also die *verfassungsvergleichende Argumentation* (A. II.).

Untersuchungsabschnitte B und C dienen dazu, die in Abschnitt A aufgezeigten Prämissen der aktuellen Debatte über die judikative Verfassungsvergleichung zu ersetzen. In Abschnitt B werden durch die Zusammenführung der Erkenntnisse rechtswissenschaftlicher Theorieansätze die Kernaspekte eines realistischen Rechtsverständnisses herausgestellt. Zunächst werden die Annahmen positivistischer und nachpositivistischer Theorien zusammengeführt, um die Prozesse der Rechtsherstellung in der Rechtspraxis nachzuzeichnen (B.I.). Darauf beruhend können die Konzepte der Normativität und der Gesetzesbindung neu definiert werden (B.II.). Anschließend erfolgen Überlegungen zum Anspruch normativistischer Argumentationstheorien, objektive Maßstäbe für die „richtige“ juristische Entscheidung festzulegen. (B.III).

Abschnitt C ist der Verdeutlichung der selbstreferenziellen Bindungen des juristischen Diskurses gewidmet. Die Anerkennung der durch die herrschende Methodenlehre verwischten Unterscheidung zwischen Herstellungs- und Darstellungsseite öffnet den Blick für die Überzeugungsfunktion juristischer Argumentation (C. I.). Darauf aufbauend kann aufgezeigt werden, dass die Darstellung richterlicher Entscheidungsbegründungen sich an den Erwartungen der Rechtspraxis ausrichtet (C.II.). Die Erfüllung der Erwartungen der Rechtmäßigkeit und Gerechtigkeit juristischer Entscheidungen ist daher maßgeblich für den Erfolg juristischer Argumentation. Den Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung bildet das Rechtswissen der Praxis. Dieses enthält – im Wesentlichen verkörpert in Präjudizien und Dogmatik – die in der Rechtspraxis aktuell anerkannten Bedeutungselemente des gelebten Rechts (C.III.). Die Orientierung der Akteure der Rechtspraxis am vorhandenen Rechtswissen bei der Entscheidungsherstellung ermöglicht eine kohärente Entwicklung des gelebten Rechts. Dass sich die Rechtspraxis am vorhandenen Rechtswissen orientiert, ist wiederum durch die Notwendigkeit bedingt, die eigene Entscheidung auf der Darstellungsseite an dieses anschlussfähig zu machen. Diesem Zweck dient der Verweis auf Elemente des Rechtswissens als Autoritäten im Recht (C.IV.). Die von der Methodenlehre anerkannten Argumentformen dienen ebenfalls der Erfüllung der Rechtmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwartungen wie anhand der klassischen *canones* der Auslegung aufgezeigt werden kann (C.V.). Zuletzt werden die in den Kapiteln B und C gewonnenen Erkenntnisse auf die Besonderheiten des Verfassungsrechts und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hin konkretisiert (C.VI.).

Im letzten Abschnitt der Untersuchung können schließlich die Konsequenzen des Prämissenaustauschs für die Bewertung verfassungsvergleichender Argumentation aufgezeigt werden (D.I.). Zusammenfassend führt der Prämissenaustausch zur Auflösung der durch die herrschende Methodenlehre angeführten Kritik an verfassungsvergleichender Argumentation. Ausgehend von den in Abschnitten B und C erarbeiteten Annahmen können die Eigenschaften verfassungsvergleichender Argumente neu beschrieben werden (D.II.). Überlegungen zu den methodischen Anforderungen an die Einbindung fremder Rechtsmeinungen in die Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichts sollen einen Anstoß für eine Richtungsänderung der Methodendiskussion liefern (D.III.). Zuletzt erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob auf der Grundlage eines realistischen Rechtsverständnisses von einer Pflicht zur Berücksichtigung fremder Rechtsmeinungen ausgegangen werden muss (D.IV.). Der letzte Abschnitt (D.V.) fasst die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung in Abschlussthesen zusammen.

I. Verdeckte rechtspositivistische Prämissen im Streit um die judikative Verfassungsvergleichung

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist die Beobachtung, dass die Diskussion über die Zulässigkeit und die Methoden judikativer Verfassungsvergleichung durch rechtspositivistische Prämissen der herrschenden Methodenlehre geprägt ist. Dies lässt sich zunächst anhand der Gegenüberstellung der Positionen, die respektive auf einem positivistischen oder einem naturrechtlichen Rechtsverständnis beruhend vertreten werden, plausibilisieren.

Als idealtypische Gegenposition zu einem strengen Rechtspositivismus beruht die Naturrechtsidee auf dem Glauben an die Existenz überpositiver, moralisch fundierter Rechte⁵. Zwar sind die unter dem Begriff des Naturrechts zusammengefassten Ansätze – ebenso wie die Spielarten des Rechtspositivismus – im Einzelnen sehr unterschiedlich⁶. Das gemeinsame Charakteristikum von Naturrechtslehren besteht jedoch darin, dass eine universale Verfügungsgewalt des Staates über das Recht verneint wird⁷ – Naturrecht bricht positives Recht⁸. Das Naturrecht als Vernunftrecht geht von der Selbstbestimmung des Menschen, dessen Freiheit gegenüber dem Staat aus. In besonderem Maße wird eine naturrechtliche Prägung menschenrechtlicher Garantien etwa an der Präambel der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 erkennbar, in der die Menschenrechte als dem Menschen natürlich und unwiderruflich zustehend bezeichnet werden⁹.

Diese Idee universeller Rechtsprinzipien bildet auch einen Ausgangspunkt für die naturrechtliche Erfassung eines normativen Gewichts rechts- oder verfassungsvergleichender Argumen-

⁵ Vergleiche *Ronald Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 35 ff.; siehe für eine treffende Definition des Naturrechts auch *Winfried Hassemer*, *Naturrecht im Verfassungsrecht*, in: Donatsch (Hg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, 2002, 135, S. 142. Dieser beschreibt Naturrecht als „ein Recht, das auf einer stärkeren Geltungsebene gelagert ist als das positive, von einem menschlichen Gesetzgeber stammende, Gesetz sie einnimmt. (...) Es beruft sich auf Geltungsgründe, die der Disposition des menschlichen Gesetzgebers entzogen sind, hinsichtlich deren er nichts zu entscheiden, sondern nur etwas zu befolgen hat: die Gesetze der äußeren und inneren Natur, der Wille Gottes, die ewige Vernunft des Menschen. Gelingt es, an die Existenz dieser Geltungsgründe zu glauben, gelingt es, ihnen Befehle abzulauschen, und gelingt es, diese Befehle ohne semantische Verschmutzungen in ein Regelwerk zu transportieren, dann ist gegen dieses Regelwerk kein Kraut gewachsen: Es geht jeder vom Menschen verantworteten Rechtssetzung vor.“

⁶ Umfassend zur Entwicklung des Naturrechts von der Antike bis in die Gegenwart *Hans Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962; mit einer konzisen Zusammenfassung *Susanne Hähnchen*, *Rechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2021, S. Rz 487–520.

⁷ Siehe nur *Kurt Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. 2010, S. 133; *Günter Ellscheid*, *Strukturen naturrechtlichen Denkens*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2016, 143, S. 147 f.

⁸ So explizit *Heinrich Mitteis*, *Über das Naturrecht*, 1948, S. 38.

⁹ « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs (...).* »

te¹⁰. Die von Befürwortern verfassungsvergleichender Argumentation teilweise zu deren Legitimation angeführte Gerechtigkeitsidee beruht ebenfalls auf einer naturrechtlichen Grundposition¹¹. Aufgrund der Annahme, dass fremdes Verfassungsrecht auf übereinstimmende Prinzipien der Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit ziele, wird es als im eigenen Recht bereits normativ angesehen. Die judikative Verfassungsvergleichung kann demnach der Erkenntnis der „richtigen Lösung“ für ein rechtliches Problem dienen, wenn für die konkret gestellte Rechtsfrage eine universell identische richtige Lösung existiert.

Dem diametral gegenüberstehend kann aus einem positivistischen Rechtsverständnis heraus die Zulässigkeit der Verfassungsvergleichung für die Interpretation des nationalen Verfassungstextes nur aus diesem oder dessen Entstehungsgeschichte selbst folgen¹². Dies gründet bereits auf dem Anspruch der möglichst weitgehenden Bindung der Judikative an den Verfassungstext und dem Verständnis der Auslegung als Vorgang der *Rechtserkenntnis*¹³. Die gänzliche Negierung richterlicher Rechtserzeugung hat die juristische Methodenlehre überwunden. Dennoch erschwert auch die Begrenzung der richterlichen Rechtsschöpfung auf den Ausnahmefall der Rechtsfortbildung die Anerkennung einer normativen Relevanz verfassungsvergleichender Argumente. Denn unter dieser Prämisse können fremdes Verfassungsrecht oder Rechtsmaterialien keinerlei normative Aussagekraft für die Auslegung der nationalen Verfassung besitzen¹⁴. Eine Ausnahme davon gilt nur, wenn der Verfassungstext selbst ihre Bedeutung anerkennt¹⁵.

¹⁰ Ponthoreau, L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique, 555.

¹¹ So auch Thomas Coendet, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 12.

¹² So etwa José Martínez, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 160. Cardenas Paulsen erkennt zwar die Stützung der genealogischen Auslegung auf "einen gewissen Rechtspositivismus" zieht daraus für den weiteren Lauf ihrer Untersuchung aber keine Schlüsse. Vgl. Aura María Cárdenas Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 139.

¹³ Dieses Verständnis offenbart sich in der Aussage, die Verfassung müsse es erlauben, verfassungsvergleichende Gesichtspunkte zur „Erschließung ihrer Gehalte heranzuziehen“. So Sebastian Müller-Franken, Verfassungsvergleichung, in: Deppenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 905.

¹⁴ So etwa Aura María Cárdenas Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 148 f. Bezogen auf die Rechtsvergleichung im Allgemeinen Bernhard Großfeld, Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 289, S. 289 ff..

¹⁵ Beispielhaft für eine solche Position ist die folgende Aussage von José Martínez, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 161: „Daher haben ausländische Normen keine inländische Bindungskraft. Ohne eine staats-, europa- oder völkerrechtliche Vergleichsermächtigung bleiben die aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse reine empirische Grundlagen für die allein auf der Grundlage des internen Rechts ergangenen Entscheidung.“

Weil die deutsche juristische Methodenlehre auch nach dem Übergang von der Begriffsjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz als rechtspositivistisch geprägt anzusehen ist¹⁶, erfolgt im Folgenden eine Auseinandersetzung mit den Auswirkungen rechtspositivistischer Prämissen der Methodenlehre auf die Debatte um die judikative Verfassungsvergleichung¹⁷. Die Aufdeckung dieser Prämissen legt den Grundstein für die Einbettung verfassungsvergleichender Argumente in ein realistisches Verständnis juristischer Argumentation.

1. Rechtspositivismus als Ausgangspunkt der herrschenden Methodenlehre

Die Positivität des Rechts ist dem Grunde nach charakterisiert durch dessen Gesetztheit und soziale Wirksamkeit im Gegensatz zu der naturrechtlichen Vorstellung eines von der Setzung in einem Rechtssystem unabhängigen Rechts¹⁸. Streng positivistische Rechtskonzeptionen¹⁹, wie diejenigen *Harts* und *Kelsens*, werden charakterisiert durch die Definition von Recht als von einer Rechtsautorität positiv gesetzten Verhaltensregeln²⁰. Die Rechtsetzungsermächti-

¹⁶ Damit soll nicht behauptet werden, die deutsche Rechtstheorie habe sich mit rechtspositivistischen Ansätzen nicht kritisch auseinandergesetzt und einen naiven Rechtspositivismus widerlegt. Trotzdem ist sie in positivistischen Grundannahmen verwurzelt. Dies wird bereits deutlich daran, dass die einschlägigen Lehrbücher an der Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung sowie der Vorstellung von einem in Grundsatz abgrenzbaren Gesetzeswortlaut festhalten. Siehe etwa *Thomas M. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, S. 130 ff.; zur Wortlautgrenze *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 441. Freilich gibt es in jüngerer Zeit auch Gegenbeispiele. So etwa in kritischer Auseinandersetzung mit der Wortlautgrenze *Rolf Wank*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 190 ff. Zur Vorstellung der Wertungsjurisprudenz von einer im Gesetz zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertentscheidung siehe *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 123 ff.; ebenfalls dazu und zur Entwicklung von der Interessenjurisprudenz hin zur Wertungsjurisprudenz siehe *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 119 ff.

¹⁷ Es werden in der Debatte um die richterliche Rechtsvergleichung auch andere Ansätze vertreten. So beschäftigt sich *Coendet* aus einem dekonstruktivistischen Rechtsverständnis mit der rechtsvergleichenden Argumentation, vgl. *Thomas Coendet*, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 133 ff. Er will so das für die klassische Methodenlehre bestehende Paradoxon auflösen, dass das eigene Recht zum einen ein geschlossenes System sein muss, um einen äußeren Bezugspunkt zur Vergleichung haben zu können, auf der anderen Seite aber das fremde Recht als normativ integrieren können muss, soll dieses mehr als eine bloße Inspirationsquelle darstellen. Dennoch stellen solche Ansätze eher die Seltenheit dar und sind kaum mit den Prämissen der herrschenden Methodenlehre vereinbar.

¹⁸ Vgl. *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2020, S. 16; *Benjamin Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, 1. Aufl. 2011, S. 25. Zur unterschiedlichen Gewichtung dieser Merkmale durch verschiedene Varianten des Rechtspositivismus, vgl. *Walter Ott*, *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl. 1992, S. 32 ff.; *Andreas Funke*, *Rechtstheorie*, in: *Krüper* (Hg.), *Grundlagen des Rechts*, 2016, 45, S. 54.

¹⁹ Wie *Lahusen* richtig darstellt, ist es die als „streng“ oder „strikt“ bezeichnete Form des Rechtspositivismus, deren Lehren gemeinhin unter dem Begriff des Rechtspositivismus verstanden wird. Sie ist gekennzeichnet vor allem durch eine strikte Trennung von Sein und Sollen und dem Bedürfnis, Entscheidungen allein aus dem Gesetz heraus zu treffen, vgl. *Benjamin Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, 1. Aufl. 2011, S. 54 f. Dies ist das Bild des Rechtspositivismus, welches hier – aufgrund der gebotenen Kürze der Ausführungen nur holzschnittartig – in den Blick genommen wird. Man kann durchaus hinterfragen, ob die dem Rechtspositivismus zugeschriebenen Auswirkungen auf die Methodenlehre diesem tatsächlich entspringen. *Benjamin Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, 1. Aufl. 2011 präsentiert ein überzeugendes Plädoyer für die These, dass die Methodenlehre den Rechtspositivismus allein zur eigenen Entlastung vorschiebt. In ähnlicher Weise kritisiert *Ralf Dreier*, *Naturrecht und Rechtspositivismus Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile*, in: *Härle* (Hg.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist“*, 2007, 127, die Ausgrenzung von Moralvorstellungen und der Glaube an die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes würden dem Rechtspositivismus fälschlicherweise unterstellt.

²⁰ Siehe auch *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 204 f.

gung leitet sich bei *Kelsen* ab aus einer der Verfassung als oberste Rechtsebene vorausliegende hypothetische Grundnorm²¹. Die dem juristischen Denken inhärente Anerkennung dieser Grundnorm sieht er als Geltungsgrund der Verfassung und der auf dieser beruhenden Rechtsordnung. *Hart* stellt ab auf eine reale oberste Erkenntnisregel, die zur Produktion derjenigen Rechtsregeln ermächtigt, die allen anderen Rechtsregeln vorgehen²². Diese Erkenntnisregel lasse sich als Faktum aus der Praxis der Gerichte, Beamten und Privatpersonen bei der Feststellung dessen, was Recht ist, ableiten²³.

Luhmann hingegen sieht den Geltungsgrund positiven Rechts nicht in der Rückführbarkeit auf eine hypothetische oder reale oberste Erkenntnisregel. Vielmehr sei das Kriterium für positiv geltendes Recht, dass dieses kraft einer Entscheidung (des Gesetzgebers oder Richters) gesetzt sei, also „*als Auswahl aus anderen Möglichkeiten und somit abänderbar erlebt wird*“²⁴. Ein ausdifferenziertes Rechtssystem, welches ausreichende Komplexität zulässt, um zahlreiche Teilbereiche rechtlichen Entscheidungen zuzuführen, soll durch die Institutionalisierung von Verfahren erreicht werden. Recht sei dann nur, was den Filter eines rechtsförmigen Verfahrens durchlaufen habe²⁵. *Luhmanns* Systemtheorie der Gerechtigkeit will die Operationen des Rechtssystems für eine vorausliegende Moral verschließen²⁶. Er beschreibt die Entwicklung rechtlicher Maßstäbe aus dem Recht selbst heraus als Selbstreferenz oder Autopoiesis des Rechts, wogegen er die Bezugnahme auf nicht-rechtliche Interessen als Fremddferenz begreift²⁷. Das Verständnis vom eigenen Recht als abgeschlossenes System bedingt zugleich das Verständnis des anderen, des fremden und transnationalen Rechts als ein „Außen“ zu diesem System²⁸.

Zentrales Element eines rechtspositivistischen Rechtsverständnisses ist die *Trennungsthese*, nach der das positive Recht (das „Sein“) von moralisch bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen (dem „Sollen“) abgeschottet Geltung besitzt²⁹. In Folge dieser Abschottung wird nicht behauptet, soziale Moralvorstellungen hätten sich auf das geltende Recht nicht ausgewirkt,

²¹ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 30–31, 66–69.

²² *H.L.A. Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 1. Aufl. 1973, S. 156 f.

²³ *H.L.A. Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 1. Aufl. 1973, S. 153 f.

²⁴ *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2008, S. 209

²⁵ *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2008, S. 218

²⁶ *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl. 1993, S. 70.

²⁷ *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2008, S. 354 ff.; *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl. 1993, S. 393 ff. Aus Sicht *Luhmanns* muss wiederum aus dem Rechtssystem heraus entschieden werden, welche Interessen berechtigt, welche unberechtigt sind.

²⁸ So bereits *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 362; *Christoph Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 (2010), 6, S. 7

²⁹ Siehe nur *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2020, S. 15.

jedoch muss auf einen moralischen Richtigkeitsanspruch an rechtliche Entscheidungen verzichtet werden. Die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts wird insofern abgeschnitten³⁰. *Kelsen* begründet die Unabhängigkeit des Rechts von moralischen Anforderungen damit, dass eine gültige absolute Moral nicht bestehe³¹. *Hart* geht hingegen davon aus, dass ein als Minimalinhalt des Naturrechts verstandener Bestand moralischer Normen vom positiven Recht berücksichtigt werden sollte, da ansonsten die Anerkennung des Rechts durch die meisten Mitglieder der Gesellschaft gefährdet sei³². Den Rechtscharakter der durch eine Rechtsautorität gesetzten Normen macht er von der Einhaltung moralischer Vorgaben nicht abhängig. Vielmehr plädiert er für eine ehrliche Beschäftigung mit der Frage, welche Reaktionen auf ungerechtes geltendes Recht möglich seien³³.

Der Rechtspositivismus gesteht ein, dass das positive Recht nicht in der Lage ist, für jeden Konflikt innerhalb einer modernen Gesellschaft Lösungen bereitzuhalten. Gleichzeitig gesteht etwa *Kelsen* der Auslegung nur eine begrenzte Funktion zu. Sie diene der Bestimmung des Rahmens, innerhalb dessen die mit dem Normsinn vereinbaren Möglichkeiten sich befinden. Die Auswahl der einen richtigen Lösung sei durch Auslegung nicht zu erreichen³⁴. Bereits *Kelsen* erkennt also an, dass richterliche Rechtserzeugung keinen Ausnahmefall darstellen kann³⁵. Die Funktion der Verfassungsauslegung, an deren Beispiel er seine reine Rechtslehre entwickelte, soll sich diesem zufolge auf die Ermittlung des möglichen Wortsinnes begrenzen. Gleichzeitig geht er aber davon aus, die „Macht der Gerichte“ könne begrenzt werden, indem Gesetzes- und Verfassungsnormen möglichst eng formuliert würden³⁶.

Eine Vielzahl wissenschaftlicher Untersuchungen hat die fehlende Eignung eines positivistischen Rechtsverständnisses, welches außergesetzlichen Maßstäben keine Berechtigung ein-

³⁰ Siehe dazu nur *Joachim Hruschka*, Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 1992, 429, S. 430 f.; *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 74 f. Demgegenüber geht *Ralf Dreier*, *Naturrecht und Rechtspositivismus Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlerurteile*, in: *Härle* (Hg.), *"Vom Rechte, das mit uns geboren ist"*, 2007, 127, S. 144 davon aus, der strenge Rechtspositivismus *Kelsens* oder *Harts* habe „die Frage nach der Gerechtigkeit oder Richtigkeit des positiven Rechts keineswegs abgeschnitten oder für illegitim erklärt, sondern im Grunde erst in voller Breite eröffnet und im Bewusstsein eines radikalen Individualismus der Einschätzung des Einzelnen überantwortet.“ Auch unter dieser Prämisse werden jedenfalls an das geltende Recht keine moralischen Anforderungen gestellt.

³¹ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 68

³² *H.L.A. Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 1. Aufl. 1973, S. 265 ff.

³³ Als Beispiel für die Problematik des Umganges mit ungerechtem Recht führt er die Beurteilung von auf Befehl ausgeübten Taten im Nationalsozialismus an, vgl. *H.L.A. Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 1. Aufl. 1973, S. 285 ff.

³⁴ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 349 f.

³⁵ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 242 ff.

³⁶ *H. Kelsen*, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, *Die Justiz*, Bd. VI (1930/31), S. 576– 628, S. 596. Danach sollten offene Begriffe wie „Gerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit, Billigkeit, Sittlichkeit“ vermieden werden, vgl. auch *H. Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929 S. 69.

räumte, als Grundlage einer praktisch anwendbaren juristischen Methodenlehre belegt³⁷. Auch die Abkehr von der Idee des Richters als „*Subsumtionsautomat*“³⁸ mit einer bloß mechanisch rechtsanwendenden Rolle bei der Entscheidungsfindung kann heute nicht mehr ernsthaft bestritten werden³⁹. Das rechtspositivistische Gedankengut wirkt dennoch in der modernen Rechtswissenschaft fort im Postulat möglichst weitgehender Gesetzesbindung der Judikative sowie der kategorischen Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung⁴⁰. Der Raum für subjektive, moralische Wertungen des Richters soll begrenzt, seine Entscheidung zumindest durch die dem Gesetz immanenten Wertentscheidungen gebunden werden. Dass dies auch für den Bereich des Verfassungsrechts gilt, verdeutlicht die Diskussion um die Zulässigkeit des Verfassungswandels⁴¹. Rechtsanwendung wird als Rechtserkenntnis – also das Erkennen der Bedeutung des Gesetzes oder der Verfassung – verstanden, wengleich die Vagheit von Rechtsbegriffen in unterschiedlichem Maße zugestanden wird⁴². Damit einher geht die Forderung der Eingrenzung des Einflusses gesetzesexterner Faktoren auf die Entscheidung, insbesondere des Einflusses subjektiver Wertungen des entscheidenden Richters.

In einem engen Verständnis von Gesetzesbindung wird das Gesetz als Bedeutungsquelle angesehen, aus der sich inhaltliche Vorgaben für die Entscheidung im Einzelfall deduzieren las-

³⁷ Franz Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 186 ff.; Friedrich Müller; Ralph Christensen; Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 15 ff. Eingehend dazu auch Robert Alexy, *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, in: Dreier (Hg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug*, 1990, 9, S. 19-22. Ebenfalls prominent, wengleich aus dem Common Law Rechtskreis Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, S. 37 ff.

³⁸ Chaim Perelman, *Logik und Argumentation*, 1979, S. 70, 73.

³⁹ Treffend auf den Punkt bringt das etwa Jörn Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 24: "Das Subsumtionsideal ist dahin." Zur Abkehr von einem strengen Gesetzespositivismus siehe auch Hasso Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 3. Aufl. 2006, S. 4; Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, 1986, S. 5 f.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 120 f.; Winfried Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2016, 227, S. 228.

⁴⁰ So sieht auch Bumke die Reine Rechtslehre als Grundlage dieser Charakteristika eines solchen 'parlamentsfokussierten' Verständnisses des Verhältnisses zwischen Legislative und Judikative, vgl. Christian Bumke, *Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, in: Bumke (Hg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, 1, S. 9 ff. Zur Bindung des Richters an das Gesetz als Kernaspekt der Gewaltenteilung siehe Eberhard Schmidt-Aßmann, § 24 *Der Rechtsstaat*, in: Badura/Isensee/Kirchhof (Hg.), *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 1995, 1–97, S. Rz 66 mit der Feststellung, für die Judikative sei "das Gesetz, unbeschadet der besonderen Bindung an das Recht, der einzige Entscheidungsmaßstab". Ebenfalls zur Bindung des Richters durch das Gesetz Bernd Rüthers, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, *Juristenzeitung* 61 (2006), 53, S. 58.

⁴¹ Es soll nicht behauptet werden, die deutsche Staatsrechtslehre sei von einem *streng* positivistischen Rechtsverständnis geprägt. Die historische Betrachtung zeigt, dass mit dem enormen Bedeutungszuwachs der Grundrechte auch ein Bruch mit dem methodischen Rechtspositivismus im Sinne Kelsens einherging, vgl. Michael Wrase, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, S. 89 ff.

⁴² Siehe dazu auch Alexander Somek; Nikolaus Forgó, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, 1996, S. 81 ff., welche das Verständnis von der Rechtsanwendung als Rechtserkenntnis als Grundkonsens der deutschen Rechtsdogmatik bezeichnen.; Zum Verständnis der Auslegung als Erkenntnis der Normbedeutung auch Friedrich Müller; Ralph Christensen; Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 19 ff.

sen müssen, wie die in der juristischen Ausbildung vermittelte Technik der Subsumtion verdeutlicht⁴³. Die Vorstellung, im Regelfall lasse sich die Lösung von Einzelfällen dem Gesetzestext entnehmen, liegt der Diskussion um die Zulässigkeit der „Rechtsfortbildung“ zugrunde. Die Darstellbarkeit der Gesetzesbindung nach außen ist zudem ein wesentlicher Grund für das Festhalten an der Darstellungsform des Justizsyllogismus⁴⁴.

Die Fokussierung auf den Gesetzes- bzw. Verfassungstext als Bedeutungsquelle in der deutschen Rechtswissenschaft wird auch offenbar am klassischen Methodenstreit über den Maßstab der Richtigkeit einer Norminterpretation zwischen den Vertretern der subjektiven und der objektiven Theorie⁴⁵. Als Prüfstein der richtigen Auslegung sieht die subjektive Theorie den „Willen des Gesetzgebers“ an. Hingegen sieht die objektive Theorie das Ziel der Auslegung in der Ermittlung einer gerechten, vernünftigen Lösung, welche dem „objektivierten Willen des Gesetzes“ entspreche. So konträr diese Positionen auf den ersten Blick erscheinen, so sehr gleichen sie sich in der Prämisse, die Bedeutung müsse aus dem Gesetz entnommen werden, entweder unter Berücksichtigung der heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse bei der Ermittlung eines objektiven Gesetzeswillens oder gestützt auf die Entstehungsgeschichte der Gesetzesnorm⁴⁶.

Dem fortbestehenden Glauben an die Steuerungskraft des Gesetzestextes entspricht die hervorgehobene Rolle, welche, in der juristischen Ausbildung und Praxis, noch heute den klassischen *Canones* der Auslegung zukommt⁴⁷. Die grammatische, systematische, teleologische und historische Methode bleiben unbestritten primäre Gesichtspunkte der Gesetzesausle-

⁴³ *Walter Ott*, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. 1992, S. 43.

⁴⁴ Siehe hierzu im Einzelnen weiter unten S. 89 ff.

⁴⁵ Von „der“ subjektiven oder objektiven Theorie zu sprechen, ist selbstredend eine vereinfachende Zusammenfassung des Meinungsspektrums, genügt aber für die Zwecke dieser Untersuchung. Zur subjektiven Theorie allgemein vgl. insbesondere *Bernd Rüter*; *Christian Fischer*; *Axel Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2020, S. Rz 717–730; *Heiko Sauer*, § 10 Juristische Methodenlehre, in: Krüper/Augenhofer (Hg.), Grundlagen des Rechts, 2021, 199, S. 212 f. auch mit einem deutlichen Plädoyer für die subjektive Methode *Bernd Rüter*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristenzeitung 61 2006, 53, S. 57 ff. Allgemein für die objektive Theorie vgl. insbesondere *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 333 ff.; *Helmut Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2015, S. § 4, Rn. 13 ff.

⁴⁶ Siehe auch *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 436 "Es geht im Kern darum, dass die streitenden Theorien je ein begriffliches Merkmal der Positivität des Rechts verabsolutieren: Die Subjektivisten sehen nur darauf, dass positives Gesetzesrecht von einer Rechtsautorität wirklich gewollt sein muss; die Objektivisten nur darauf, dass es in der Rechtsgemeinschaft im großen und ganzen angewendet und befolgt und daher zunächst verstanden werden muss."

⁴⁷ Dies haben in ähnlicher Weise auch bereits festgestellt: *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 179; *Ralph Christensen*; *Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 125

gung⁴⁸. Vor allem die grammatische und die systematische Auslegung werden als Garanten der Gesetzesbindung für besonders gewichtige Argumente gehalten⁴⁹.

2. Rechtspositivistisch geprägte Kritik an judikativer Verfassungsvergleichung

Die Auswirkungen der rechtspositivistischen Prämissen von Untersuchungen zur judikativen Verfassungsvergleichung zeigen sich in unterschiedlicher Gestalt. Auch ist die Ablehnung judikativer Verfassungsvergleichung unterschiedlich stark ausgeprägt. Einige zielen darauf ab, die Zulässigkeit der judikativen Verfassungsvergleichung insgesamt zu widerlegen. Andere beschränken die Zulässigkeit judikative Verfassungsvergleichung auf den Bereich der Rechtsfortbildung. Die nachstehenden Kritikpunkte werden daher nicht von allen betrachteten Untersuchungen behandelt oder gleich gewichtet. Sie bringen aber die aus Sicht der Verfasserin in der rechtswissenschaftlichen Diskussion relevanten rechtstheoretischen und methodischen Fragen zum Ausdruck⁵⁰.

a. Mangelnde demokratische Legitimation der Bezugnahme auf die „*Meinungen anderer Völker*“

Die Kritik eines Demokratiedefizites verfassungsvergleichender Erwägungen durch den Verfassungsrichter wird besonders öffentlichkeitswirksam in der Zulässigkeitsdebatte innerhalb der amerikanischen Rechtswissenschaft sowie den Entscheidungen und Voten der Richterinnen des US Supreme Court geäußert⁵¹. Als einer der prominentesten Gegner richterlicher Verfassungsvergleichung warnte der verstorbene US-Supreme Court Richter *Antonin Scalia* da-

⁴⁸ *Agnes Launhardt*, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, 2005, S. 47.

⁴⁹ *Neil MacCormick*, Rhetoric and the rule of law, 2010, S. 139; *Robert Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1. Aufl. 1995, S. 90. Die Gründe für den tatsächlichen Wert dieser Auslegungsmethoden, insbesondere auch der beiden zuvor genannten, werden auf der Grundlage des hier darzustellenden Rechtsverständnisses noch erörtert werden (siehe dazu weiter unten S. 134/110 ff.)

⁵⁰ Obwohl diese Untersuchung aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung geschrieben ist und Prämissen die Realität der Entscheidungstätigkeit deutscher Gerichte – insbesondere des Bundesverfassungsgerichts – zugrunde liegt, lassen sich ihre Grundaussagen weitgehend auf andere kontinentaleuropäische Verfassungsstaaten übertragen. Wo es sich anbietet, sollen in die Untersuchung daher auch Erkenntnisse aus anderen und über andere Rechtsordnungen Beachtung finden. Die Einbindung von Erkenntnissen aus dem Kontext anderer Rechtsordnungen erfolgt ohne Anspruch auf Vollständigkeit, teils zur Veranschaulichung, teils zur Kontrastierung. Wenn in dieser Untersuchung insofern allgemein von „Verfassungsgerichten“ die Rede ist, liegt dieser Begriffsverwendung ein weites Verständnis zugrunde, welches auch Höchstgerichte wie den Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika einbezieht, soweit diese verfassungsgerichtliche Funktionen ausüben und das nationale Verfassungsrecht ihre Entscheidungsgrundlage bildet. Auch werden die Argumente für und gegen die richterliche Rechtsvergleichung im Allgemeinen und die richterliche Verfassungsvergleichung im Speziellen häufig vermischt und sind inhaltlich letztlich nicht immer klar voneinander trennbar. Soweit die Ausführungen zur richterlichen Rechtsvergleichung auch für die Verfassungsvergleichung gelten, werden diese in die folgenden Betrachtungen mit einbezogen. Die Besonderheiten verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und verfassungsvergleichender Argumentation gegenüber sonstigen rechtsvergleichenden Erwägungen werden später gesondert herausgestellt werden.

⁵¹ Zur Debatte in Amerika siehe *Christoph Bezemek*, Dangerous Dicta? Verfassungsvergleichung in der Rechtsprechung des US Supreme Court, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 207, S. 213 f.; *Jo Eric Murkens*, Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Reflections, *Verfassung und Recht in Übersee* 41 (2008), 32.

vor, dem amerikanischen Volk Normen aufzuerlegen, die es sich nicht selbst (durch demokratische Institutionen) gegeben habe⁵².

Der zugrundeliegende Gedanke, dass die Verfassung Ausdruck des Willens und der nationalen Identität eines Volkes ist, kommt in den Präambeln vieler Verfassungen zum Ausdruck⁵³. Auch der erste Satz der Präambel des Grundgesetzes lautet entsprechend: „*Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.*“

Die Ablehnung der Berücksichtigung fremder Rechtsmaterialien beruht auf der Idee eines souveränen nationalen Verfassungsstaates, dessen Normen durch demokratisch legitimierte Rechtssetzungsorgane erlassen werden. Kernaspekt dieses demokratischen Verfassungsstaates nach französischem Vorbild ist die Volkssouveränität, also die Rückführbarkeit aller staatlichen Normen und Entscheidungen auf den Volkswillen⁵⁴. Das *pouvoir constituant* als Verfassungsgeber bringt dabei in der Idealvorstellung den Volkswillen in besonders unmittelbarer Weise in der Verfassungsurkunde zum Ausdruck. Nach diesem demokratischem Legitimationsverständnis muss jede Ausübung von Hoheitsgewalt auf gültigen, durch den (Verfassungs-)Gesetzgeber gesetzten Rechtsnormen beruhen. Damit einhergehend wird einem eigenständigen Richterrecht die Rechtsquellenqualität abgesprochen⁵⁵.

Der Inhalt der durch die Repräsentanten des Volkes (oder im Falle der Volksgesetzgebung durch das Volk selbst) gesetzten Normen kann bei Zugrundelegung dieses Legitimationsverständnisses nicht von universellen Prinzipien abhängen⁵⁶. Die unbedingte Rückführbarkeit auf den Volkswillen steht nach Einschätzung der Gegner der Verfassungsvergleichung der Berücksichtigung nicht durch das eigene Staatsvolk demokratisch legitimierter, fremder Normen

⁵² Im englischsprachigen Original: “(...) *to impose upon [the] people of the United States norms that those people themselves (through their democratic institutions) have not accepted.*“ Vgl. *Scalia*, Commentary, 40 St Louis U LJ 1996, 1119.

⁵³ So auch *Vicki C. Jackson*, Constitutional engagement in a transnational era, 2010, S. 18 ff.

⁵⁴ Zur Verankerung des Prinzips der Volkssouveränität im Grundgesetz siehe *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, § 22 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Badura/Isensee/Kirchhof* (Hg.), Grundlagen von Staat und Verfassung, 1995, 1–102, S. Rz 2–7 ebenfalls und zu den verschiedenen Legitimationsformen *Markus Kotzur*, in: *Münch/Kunig* (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 20, S. Rz 111–118. Die Globalisierung als Herausforderung für die Idee der Volkssouveränität begreifend *Venter*, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 16 (17 f.) Kritisch in Bezug auf die normative Bedeutung der Idee der Volkssouveränität *Möllers*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz*, 2021, Rdnr. 75 ff.

⁵⁵ Siehe dazu auch *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 289 ff.

⁵⁶ *José Martínez*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: *Calliess* (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 154;

und Gerichtsentscheidungen durch den nationalen Richter entgegen⁵⁷. Auch nach deutschem Demokratieverständnis ist das Bundesverfassungsgericht als *pouvoir constitué* an die durch das *pouvoir constituant* gegebene Verfassung gebunden. Eng verknüpft mit diesem aus dem Nationalstaatsgedanken fließenden Argument wird in der US-amerikanischen Diskussion unter dem Stichwort der „*counter-majoritarian difficulty*“ der Einwand erhoben, ein Hinwenden zu den Positionen anderer Verfassungsgerichte führe zugleich zu einer Abkehr vom Willen der Mehrheit⁵⁸.

Die Diskussion um die mangelnde demokratische Legitimation richterlicher Verfassungsvergleichung ist erkennbar geprägt durch ein positivistisches Rechtsverständnis⁵⁹. Basierend auf der Idee einer ununterbrochenen Legitimationskette, ausgehend vom Wahlvolk, kommt Verfassungsrichtern über die Beteiligung ihrerseits (mittelbar) demokratisch legitimierter Amtsträger an ihrer Ernennung nur eine schwache personelle demokratische Legitimation zu. Denn diese ist – in Abhängigkeit von den jeweiligen Modalitäten der Ernennung – indirekt und die Möglichkeit ihre Erneuerung aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit beschränkt⁶⁰. So ist die Ernennung von Richterinnen am Bundesverfassungsgericht durch den Bundeswahlausschuss nicht direkt auf das demokratisch legitimierte Parlament zurückführbar⁶¹.

Ein normatives Legitimationsverständnis sieht darum neben der *personellen* die *sachliche* Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit, welche sich in der die Bindung an den Gesetzes- und Verfassungstext ausdrückt, als ausschlaggebenden Faktor der Legitimation gerichtlicher Entscheidungen an⁶². Gleichzeitig verweist die sachliche Legitimationsdimension auf das

⁵⁷ So *Lea Judith Fischer*, *A Shining City Upon a Hill*, 1. Aufl. 2016, S. 119; *Anna-Bettina Kaiser*, „It Isn’t True that England Is the Moon”: Comparative Constitutional Law as a Means of Constitutional Interpretation by the Courts?, *German Law Journal* 18 (2017), 293, S. 304 f. Kaiser gibt jedoch richtig zu bedenken, dass zwar fremde Gerichtsentscheidungen der Entscheidung eines nationalen Gerichts keine demokratische Legitimation verleihen können, diese jedoch auch nicht unterlaufen, sofern sie als rechtsordnungsextern behandelt werden.; Von einer Umgehung des Willens des amerikanischen Volkes durch die Zitation fremder Rechtsmaterialien ausgehend *Roger P. Alford*, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, *The American Journal of International Law* 98 (2004), 57, S. 59.

⁵⁸ Siehe zur Diskussion in der US-amerikanischen Literatur: *Roger P. Alford*, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, *The American Journal of International Law* 98 (2004), 57, S. 57 f.; *Kenneth Anderson*, *Foreign Law and the U.S. Constitution*, *Policy Review* 131 (2005), 33, S. 41.

⁵⁹ Zur Verknüpfung von Nationalstaatlichkeit und „*volonté générale*“ mit dem Rechtspositivismus auch *Georgios Trantas*, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öffentlichen Rechts*, 1998, S. 16 ff.

⁶⁰ Zu Grundlage und Grenzen der personellen Legitimation des Richters siehe auch *Andreas Voßkuhle*; *Gernot Sydow*, *Die demokratische Legitimation des Richters*, *Juristenzeitung* 57 (2002), 673, S. 676 ff. Zur eingeschränkten Nachprüfbarkeit der Gesetzesbindung aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit *Christian Hillgruber*, Art. 97 GG, in: *Maunz/Dürig* (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2021, 44–54, S. Rz 51.

⁶¹ Siehe zur Wahl der Verfassungsrichter *Hans Lechner*, in: *Lechner/Zuck* (Hg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2019, § 6 BVerfGG mit einer Bewertung des seit 2015 geltenden Verfahrens siehe *Stefan Ruppert*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2015, § 6 BVerfGG, S. Rz 27–32.

⁶² Deutlich so auch kürzlich *Ferdinand Kirchhof*, *Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 1492, S. 1496; Zur Vermittlung der sachlichen Legitimation über

Prinzip der Gewaltenteilung, nach dem die Judikative nicht zur Rechtssetzung, sondern Rechtsanwendung berufen ist⁶³. Die Heranziehung fremder Rechtsmeinungen durch den Richter zeigt aus rechtspositivistischer Sicht daher eine legitimatorische Lücke zwischen dem Verfassungsrecht als Maßstab und dem Richterspruch als dessen Anwendung auf den konkreten Fall auf⁶⁴.

b. Erfordernis der Verankerung der rechtsvergleichenden Methode im Verfassungstext

Aus rechtspositivistischer Sicht stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Verfassungsvergleichung nur, wenn eine ausdrückliche Gestattung oder Anordnung richterlicher Verfassungsvergleichung im Verfassungstext nicht existiert⁶⁵. Viel zitiertes Beispiel einer Verankerung der Verfassungsvergleichung als Interpretationsmethode in der Verfassung ist Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe c der Verfassung Südafrikas⁶⁶, demzufolge die südafrikanischen Gerichte bei der Interpretation der südafrikanischen *Bill of Rights* fremdes Recht berücksichtigen dürfen. Auch die spanische Verfassung verlangt in ihrem Artikel 10 Absatz 2 für die Interpretation der Grundrechte (*derechos fundamentales*) ausdrücklich die Konformität der Auslegung mit internationalen Grundrechtsstandards⁶⁷. Wenn auch nicht in Form der ausdrücklichen Anerkennung als Interpretationsmethode erlauben die Verfassungen einiger anderer Staaten indirekt richterliche Rechtsvergleichung. Auf ausländisches Verfassungsrecht kann es etwa dann ankommen, wenn Verfassungen bei der Übernahme der Gewährleistungen internationaler Menschenrechtspakte die Formulierung übernehmen, dass Einschränkungen nur insofern zu-

die Bindung an geschriebene Normen siehe *Christoph Möllers*, § 5 Demokratie, in: Herdogen/Masing/Poscher/Gärditz (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, 1–106, S. Rz 36–39, der feststellt, die demokratische Legitimation des Richters bestehe „*allein in seiner Bindung an das Gesetz und in seiner Bestellung durch demokratisch legitimierte Staatsorgane.*“

⁶³ Siehe zur Gesetzesbindung als Ausdruck der Gewaltenteilung nur *Christian Hillgruber*, Art. 97 GG, in: Maunz/Dürig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2021, 44–54, S. Rz 44–47, welcher schlussfolgert, die Delegation von Rechtsetzungsaufgaben an die Rechtsprechung sei durch Demokratieprinzip und Gewaltenteilung ausgeschlossen.

⁶⁴ Zu dieser legitimatorischen Leerstelle und zu verschiedenen Ansätzen zur Begründung der demokratischen Legitimation der Verfassungsrechtsprechung siehe *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 498 ff.; ähnlich *Walter*, 2005, S. 225. Im Gegensatz dazu wird die Verfassungsvergleichung durch den (verfassungsändernden) Gesetzgeber als legitim angesehen und ausdrücklich befürwortet. So etwa von *Rudolf Bernhardt*, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 24 (1964), 431, S. 443 ff.

⁶⁵ In diesem Fall sei die Bindung an die Verfassung gesichert, vgl. etwa *Sebastian Müller-Franken*, *Verfassungsvergleichung*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 905 f.

⁶⁶ Im Originalwortlaut: „When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) c. may consider foreign law.“

⁶⁷ Der Originaltext des Art. 10 Abs. 2 der Spanischen Verfassung lautet: „*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*“; siehe dazu *Konrad Lachmayer*, *Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode*, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 166, S. 168.

lässig sind, als sie in einer „demokratischen Gesellschaft notwendig“⁶⁸ sind. Denn die Ermittlung dieses Maßstabs nimmt Bezug auf einen internationalen Standard, welcher auch bei der Übernahme in die nationale Verfassung bestehen bleibt⁶⁹.

Eine partielle Offenheit des Grundgesetzes für Auslegungsgesichtspunkte aus fremden Verfassungsordnungen wird hingegen aus positivistischer Sicht im Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nach Artikel 25 GG als – wenngleich nicht ausdrückliche – „*binnenrechtliche Integrationsnorm*“ verankert⁷⁰. Das Bundesverfassungsgericht folgert aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, welches es in einer Zusammenschau aus der Präambel, sowie der Artikel 23, 24, 25, 26 und 59 Abs. 2 GG verankert, die Pflicht, Auslegungsspielräume des Grundgesetzes zu nutzen, um die Wertungen transnationaler Normen zu berücksichtigen⁷¹. *Martini* sieht in der Völker- und Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes eine endogene Öffnung des Grundgesetzes für komparative Argumentation begründet⁷². Im Bereich der Grundrechte sieht er im Menschenrechtsbekenntnis aus Artikel 1 Absatz 2 Grundgesetz eine Brücke zu den menschenrechtlichen Gehalten anderer Verfassungsordnungen⁷³.

Auffallend ist bei Betrachtung der textlichen Ermächtigungen zur Verfassungsvergleichung, dass eine Offenheit für die verfassungsvergleichende Methode vor allem auf dem Gebiet der Grund- und Menschenrechte besteht. Auch zur Legitimation nicht textlich gestatteter Verfassungsvergleichung in diesem Gebiet wird teils auf die Universalität oder zunehmende Kon-

⁶⁸ Diese Formulierung findet sich etwa in Art. 8 Abs. 2 EMRK: „Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

⁶⁹ *Brun-Otto Bryde*, Warum Verfassungsvergleichung?, *Jahrbuch des Öffentlichen Recht der Gegenwart* 64 (2016), 432, 439.

⁷⁰ *José Martínez*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: *Calliess* (Hg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund*, 2007, 153, S. 158 f.

⁷¹ Vergleiche zum Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 111, 307, 328f. (2005); BVerfGE 128, 326, 370 f. (2011). Zusammenfassend auch *Michael Schweitzer*; *Hans-Georg Dederer*, *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 12. Aufl. 2020, S. 66 ff.

⁷² Vgl. *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 402 ff. *Martini* sieht darin eine Offenheit für andere Rechtsordnungen auch außerhalb der Fälle, in ein Dialog über für alle beteiligten Rechtsordnungen anwendbare transnationale Normen stattfände. Gleichzeitig gibt er zu bedenken, dass sich dies aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichtes nicht klar entnehmen lasse. Ähnlich sieht auch *Carl-David von Busse*, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, 2015, S. 161 ff. im Menschenrechtsbekenntnis und der Entwicklung internationalen Gewährleistungsgehalte ein Argument für die Verfassungsvergleichung auf dem Gebiet der Menschenrechte.

⁷³ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 400 ff.

vergenz menschenrechtlicher Garantien abgehoben⁷⁴. Diese wird mit einem gemeinsamen ideengeschichtlichen Hintergrund der Menschenrechte begründet⁷⁵. Auch in der deutschen Rechtswissenschaft ist weithin anerkannt, dass geltende Menschenrechtskataloge als „Hilfsmittel“ für die Auslegung der Grundrechte herangezogen werden können⁷⁶. Empirisch ist belegt, dass auch im Falle des Fehlens einer positivrechtlichen Ermächtigung Verfassungsgerichte besonders häufig bei Entscheidungen auf dem Gebiet der Menschenrechte verfassungsvergleichend arbeiten⁷⁷, was einen besonderen Nutzen verfassungsvergleichender Argumentation auf diesem Gebiet a priori vermuten lassen könnte.

Der Grundrechtsdogmatik wird zudem häufig eine bedeutende, mitunter die entscheidende Rolle bei einer Internationalisierung des Verfassungsrechts beigemessen⁷⁸. Beobachtet wird hier eine weltweite Konvergenzbewegung, bedingt vor allem durch die Orientierung junger Verfassungen an westlichen Vorbildern⁷⁹. Ein Standpunkt, der die Bedeutung fremder Verfassungen mit dem Voranschreiten internationaler Vernetzung begründet, stößt jedoch auch auf vehemente Kritik und konkurriert in der Literatur mit einem diametralen, auf die Identität nationalen Verfassungsrechts aufgrund der in diesem Ausdruck kommenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen abstellenden Ansatz.

Allgemein bildet die Positivierung von Auslegungsregeln eher die Ausnahme, auch anerkannte juristische Methoden sind weder dem Verfassungs- noch dem Gesetzestext zu entnehmen, gerade daher sind die Methoden der Verfassungsauslegung so umstritten⁸⁰. Außerhalb der Fälle textlicher Legitimierung richterlicher Verfassungsvergleichung wird die Debatte über

⁷⁴ Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, *Juristenzeitung* 44 (1989), 913, S. 916 f. Brun-Otto Bryde, Warum Verfassungsvergleichung?, *Jahrbuch des Öffentlichen Recht der Gegenwart* 64 (2016), 432, 438 f.

⁷⁵ Vergleiche etwa Heiko Sauer, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 194, S. 197. Hingegen vor allem auf die Modellwirkung der US-amerikanischen Verfassung abstellend Mark Radhert, *Comparative Constitutional Advocacy*, *American University Law Review* 56 (2007), 553, S. 566 f.

⁷⁶ Siehe etwa Karl-Peter Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 114 (1989), S. 414 ff. Siehe auch Nele Matz-Lück; Mathias Hong; Heiko Sauer, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem, in: Matz-Lück/Hong (Hg.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem - Konkurrenzen und Interferenzen*, 2012, 1, S. 48.

⁷⁷ Tania Groppi; Marie-Claire Ponthoreau, The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, in: Groppi/Ponthoreau (Hg.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, 2013, 411, S. 416 f.

⁷⁸ So etwa von Brun-Otto Bryde, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, *Tulane Law Review* 80 (2005), 203, S. 208; Mark Radhert, *Comparative Constitutional Advocacy*, *American University Law Review* 56 2007, 553, S. 565 ff.

⁷⁹ Zur Beschreibung einer solchen Entwicklung siehe etwa Francois Venter, Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-Making, *Verfassung und Recht in Übersee* 41 (2008), 16; Mark Radhert, *Comparative Constitutional Advocacy*, *American University Law Review* 56 2007, 553, S. 608 f.

⁸⁰ Beispielhaft zu den umstrittenen Methoden der Verfassungsauslegung Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, *VVdStRI* 20 (1963), 53.

die Zulässigkeit richterlicher Verfassungsvergleichung dadurch bestimmt, welche Anforderungen an die richterliche Verfassungsinterpretation gestellt werden und wie stark an der Vorstellung einer über die juristische Methodenlehre zu sichernden Bindung an den Verfassungstext festgehalten wird⁸¹.

c. Missachtung des Willens des Verfassungsgebers

An der US-amerikanischen Debatte um die Zulässigkeit verfassungsvergleichender Argumentation durch den US-Supreme Court zwischen den Vertretern des *Originalism* und der „*living constitution*“, zeigt sich auch die Bedeutung der Theorie der Verfassungsinterpretation – oder der Interpretation allgemein – für die Beurteilung der Zulässigkeit richterlicher Verfassungsvergleichung⁸². Weil sich die Inhalte dieser Debatte auf Positionen innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft übertragen lassen, bietet sie hilfreiche Einsichten in das Thema demokratischer Legitimation. Vertreter des Originalism, besonders prominent *Scalia*, suchen die US-amerikanische Verfassung ausgehend von der ursprünglichen Bedeutung der Verfassungsbestimmungen (*original meaning*) zu interpretieren⁸³. Es soll aus Sicht einer vernünftigen Person („reasonable person“) die objektivierte Intention der Verfassung ermittelt werden⁸⁴. Prämisse des Originalism ist somit, dass Verfassungsnormen keinem Bedeutungswandel aufgrund außerhalb der Verfassung liegender Veränderungen unterliegen dürften; vielmehr könne die Änderung der Bedeutung der Verfassungsnormen nur durch eine Änderung des Verfas-

⁸¹ Vergleiche hierzu *Guy Canivet*, Trans-Judicial Dialogue in a Global World, in: Muller/Richards (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 21, S. 39 f. *Susanne Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), 735, S. 743 f.; *Andrea Lollini*, Legal argumentation based on foreign law, *Utrecht Law Review* 3 (2007), 60, S. 62; *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 906 ff. Am Beispiel der Kritik der US "Originalists" gegen die Verfassungsvergleichung *Jo Eric Murkens*, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Reflections*, *Verfassung und Recht in Übersee* 41 2008, 32, S. 34 ff.

⁸² Zur Verlagerung grundsätzlicher verfassungstheoretischer Streitpunkte auf die Frage der Verfassungsvergleichung in der US-amerikanischen Debatte siehe *Lea Judith Fischer*, *A Shining City Upon a Hill*, 1. Aufl. 2016, S. 134 f.; neben den Konzepten des Originalism und der *living constitution* gibt es vermittelnde Positionen, welche die Verfassungsvergleichung nicht ausschließen, Die im einzelnen vertretenen Positionen werden ebenfalls dargestellt *Lea Judith Fischer*, *A Shining City Upon a Hill*, 1. Aufl. 2016, S. 113 ff. Neben der Problematik der Methodik der Verfassungsinterpretation spielen in der US amerikanischen Debatte etwa auch die Angst vor einem zu großen „judicial activism“, also der Einmischung der Rechtsprechung in politische Fragen, sowie der „American Exceptionalism“ eine tragende Rolle. Siehe hierzu auch *Ran Hirschl*, *Comparative matters*, 1. Aufl. 2014, S. 142 ff. Diese amerikanischen Besonderheiten sind jedoch für die folgende Untersuchung nicht von Bedeutung. Vergleiche zur Auswirkung der Theorie der Verfassungsinterpretation für die Beurteilung der Relevanz verfassungsvergleichender Argumente auch *Christoph Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 2010, 6, S. 26.

⁸³ Ausführlich zum von *Scalia* vertretenen originalistischen Ansatz *Lea Judith Fischer*, *A Shining City Upon a Hill*, 1. Aufl. 2016, S. 100 ff.; Die Argumente von Justice Breyer und Justice *Scalia* gegenüberstellend *Anna-Bettina Kaiser*, „It Isn't True that England Is the Moon“: *Comparative Constitutional Law as a Means of Constitutional Interpretation by the Courts?*, *German Law Journal* 18 2017, 293, S. 300 ff.

⁸⁴ Diese Form der Originalism geht entgegen dem streng konstruktivistischen Originalism nicht von einer mittels Feststellung des subjektiven Willens des Verfassungsgebers („original intent“) zu ermittelnden Bedeutung der Normen der Verfassung aus.

sungstextes (*constitutional amendment*) erreicht werden⁸⁵. Die Annahme einer der Verfassung innewohnenden und durch deren Interpretation lediglich zu ermittelnden Bedeutung schließt die Bezugnahme auf außerhalb der Verfassungsordnung stehende Normen und Gerichtsentscheidungen, aber auch textexterne Faktoren innerhalb der eigenen Rechtsordnung, aus⁸⁶.

Vertreter der Auffassung, es handle sich bei der US-amerikanischen Verfassung um eine „*living constitution*“⁸⁷, deren Bedeutung sich im Laufe der Zeit entwickle, stehen der Verfassungsvergleichung offener gegenüber, weil sie textexterne Faktoren in die Interpretation mit einbeziehen können. Diese methodische Position beruht auf der Erkenntnis, dass Verfassungsnormen – mehr noch als einfachgesetzliche Rechtsnormen – strukturell entwicklungs offen sind⁸⁸.

Dem Gegensatz zwischen *original meaning* und *living constitution* ähnlich ist derjenige zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie in der deutschen Methodenlehre⁸⁹. Wird in der Auslegung der Verfassung die Ermittlung des Willens des historischen Verfassungsgebers gesehen (*subjektive Theorie*), spielt die Verfassungsvergleichung als Auslegungsgesichtspunkt nur eine Rolle, wenn und soweit sich der Verfassungsgeber bei der Konzeptionierung der eigenen an fremden Verfassungen orientiert hat⁹⁰. Soll hingegen mit den Vertretern einer objektiven Theorie der Verfassungsauslegung der „objektivierte Wille der Verfassung“ ermittelt werden (*objektive Theorie*), können fremde Rechtsmaterialien im Rahmen der teleo-

⁸⁵ Norman Dorsen, The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), 519, S. 535.

⁸⁶ So auch Carlo Guarnieri; Daniela Piana, Bringing the Outside inside Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into its Right Context, *Utrecht Law Review* 8 (2012), 139, S. 148; Vicki C. Jackson, *Constitutional engagement in a transnational era*, 2010, S. 21 f.

⁸⁷ Zum Konzept der "living constitution" siehe Lea Judith Fischer, *A Shining City Upon a Hill*, 1. Aufl. 2016, S. 110 ff.

⁸⁸ Zur Entwicklungsoffenheit von Verfassungsnormen siehe u.a. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, *Neue Juristische Wochenschrift* 29 (1976), 2089, S. 2091; Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, *VVdStRl* 20 1963, 53, S. 62 ff.; anders Christian Hillgruber, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 505, S. 522

⁸⁹ Auch Kaiser stellt Ähnlichkeiten der Debatte innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft fest, was sie am Beispiel der gegenüberliegenden Positionen von Susanne Bear und Christian Hillgruber illustriert. Dabei charakterisiert sie zurecht den restriktiven Ansatz Hillgrubers, welcher sich auf eine Ermittlung des historischen Willens des Verfassungsgebers zur Auslegung der Verfassung als deutsche Entsprechung des Originalism. Siehe Anna-Bettina Kaiser, "It Isn't True that England Is the Moon": Comparative Constitutional Law as a Means of Constitutional Interpretation by the Courts?, *German Law Journal* 18 2017, 293, S. 303 f.; Ausführlich zu der Debatte und ihrer (begrenzten) Übertragbarkeit auf die deutsche Methodendiskussion siehe Werner Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, S. 213 ff.

⁹⁰ Mit der Forderung, den Willen des Verfassungsgebers nicht durch die rechtsvergleichende Auslegung zu unterlaufen vgl. Rudolf Bernhardt, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 24 1964, 431, S. 443; von Münch, Einführung in die Verfassungsvergleichung, *ZaöRV* 1973, 126, S. 127 f.. Zur subjektiven Theorie bezogen auf die Verfassungsauslegung siehe Christian Hillgruber, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 505, S. 510 ff.

logischen Interpretation als relevant erachtet werden⁹¹. Beiden Ansätzen gemeinsam ist ein Verständnis der Auslegung als Ermittlung der Verfassungsbedeutung anhand eines objektivierte Maßstabs⁹². Uneinig sind sie hinsichtlich der Frage, was dieser Maßstab sein soll.

Die Idee der Auslegung von Verfassungsnormen unter Berücksichtigung in der Gesellschaft vorherrschender Wertevorstellungen weist zudem Parallelen zur Diskussion des *Verfassungswandels* in der deutschen Rechtswissenschaft auf. In einem klassischen normdogmatischen Verständnis wird damit die Bedeutungsänderung von Verfassungsnormen ohne Textänderung bezeichnet⁹³. In der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit der Natur des Verfassungswandels zeigt sich die enge Verknüpfung zwischen der Frage zulässiger Methoden der Verfassungsinterpretation und derjenigen der Grenzen zwischen Interpretation und Rechtserzeugung. Denn hinter dem Versuch, der Zulässigkeit des Verfassungswandels Grenzen zu setzen, steht die Befürchtung einer Lockerung der Verfassungsbindung und damit einer zu großen Entscheidungsfreiheit der Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Wunsch, eine Bindung an den Verfassungstext grundsätzlich zu bekräftigen, zeigt sich in der deutlichen Abgrenzung des Verfassungswandels von dem in Art. 79 GG geregelten Verfahren zur Änderung der Verfassung⁹⁴. Dem entspricht die Befürchtung der *Originalists*, durch eine dynamische Interpretation der Verfassung werde die Bindung des *pouvoir constitué* an das *pouvoir constituant* aufgeweicht. So wird in der deutschen Rechtswissenschaft hervorgehoben, im Gegensatz zu dem zur Verfassungsänderung ermächtigten demokratischen Gesetzgeber sei die Judikative bei der

⁹¹ Sebastian Müller-Franken, Verfassungsvergleichung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 906: „Maßgebend ist hierfür die Theorie verfassungsrechtlicher Interpretation: Steht man auf dem Standpunkt, dass als Ziel der Auslegung der objektivierte Wille der Verfassung zu ermitteln ist, lassen sich rechtsvergleichende Argumente unter dem Aspekt der teleologischen Auslegung begründen.“

⁹² Dies wird etwa deutlich an der Aussage von Christian v. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Juristenzeitung 52 (1997), 1021, S. 1029, nutze man die Rechtsvergleichung etwa zur Lückenfüllung, so sei der "Gesetzeszweck Maßstab für die Übernahme von Lösungen und Wertungen fremden Rechts".

⁹³ Zum Begriff und zugleich der Abhängigkeit der Begriffsbestimmung von jeweils eingenommenen methodischen Standpunkt vergleiche Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, 1. Aufl. 1982, S. 254 ff.; siehe auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Badura (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 1993, 3. Abweichend vom klassischen Konzept des Verfassungswandels nehmen in einem phänomenologischen Verständnis vom Verfassungswandel Ulrich Becker; Jens Kersten, Phänomenologie des Verfassungswandels, Archiv des öffentlichen Rechts 141 (2016), 1, S. 12 ff. nicht nur die veränderte Auslegung von Verfassungsnormen durch das Bundesverfassungsgericht, sondern darüber hinaus auch veränderte Verfassungspraxen und -kontexte in den Blick. Dieses weite Verständnis vom Verfassungswandel lässt sich auch mit dem hier vertretenen Rechtsverständnis vereinbaren, siehe dazu weiter unten auf S. 48 ff.

⁹⁴ Paul Kirchhof, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Badura/Isensee/Kirchhof (Hg.), Grundlagen von Staat und Verfassung, 1995, 775, S. Rz 46: „Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG setzt der Einwirkung außerverfassungsrechtlicher Entwicklungen auf den Inhalt des Verfassungsgesetzes deutliche Grenzen, weil allein der in der Verfassungsurkunde veröffentlichte Normtext maßgebend bleiben muss.“

Nutzung der Verfassungsvergleichung auf deren Heranziehung bei der Verfassungsinterpretation beschränkt⁹⁵.

d. Willkürlichkeit verfassungsvergleichender Erwägungen

Die Kritik an der allgemein empfundenen methodischen Unsicherheit verfassungsvergleichender Argumentation konzentriert sich auf den Eindruck der Beliebigkeit und Selektivität ihrer Nutzung sowie die Unklarheit ihres Gewichtes für das richterliche Interpretationsergebnis. Allein in Fällen, in denen die Auseinandersetzung mit bestimmten fremden Rechtsmaterialien zwingend erfolgen muss, wird – ebenso wie ihre Zulässigkeit nicht in Frage gestellt wird – die Beliebigkeit richterlicher Verfassungsvergleichung nicht thematisiert.

Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn die nationale Verfassung auf internationale Standards verweist⁹⁶. Auch ohne textliche Gestattung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine Pflicht nationaler Gerichte zur Berücksichtigung der Auslegung der korrespondierenden Menschenrechtsgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei der Grundrechtsinterpretation anerkannt⁹⁷. Zwar handelt es sich bei der Einbeziehung der Entscheidungen des EGMR nicht um durch nationale Gerichte selbst betriebene Rechtsvergleichung, jedoch wird das Ergebnis rechtsvergleichender Tätigkeit in Form eines internationalen Standards ein Mittel der Auslegung.

Eine Verpflichtung zur eigenständigen Rechtsvergleichung besteht für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof. Denn nach der *acte-clair-Doktrin* entfällt die Vorlageverpflichtung letztinstanzlicher Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV unter anderem dann, wenn kein Raum „für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung“⁹⁸ der vorzulegenden Frage besteht. Zweifel an der Entsch-

⁹⁵ Anna-Bettina Kaiser, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 203, S. 205.

⁹⁶ So etwa wie bereits erwähnt in Art 10 Abs 2 Verfassung Spaniens: „Die auf die in der Verfassung anerkannten Grundrechte und -freiheiten bezüglichen Normen werden in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen und Abkommen über die gleiche Materie ausgelegt.“

⁹⁷ Vgl. Görgülü-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vgl. BVerfGE 111, 307, 329 (2005): „Berücksichtigen‘ bedeutet, die Konventionsbestimmungen in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt.“ Eingehend zur Berücksichtigungspflicht auch *Raffaëla Kunz*, Richter über internationale Gerichte?, S. 176 ff. *Heiko Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur. Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), 35, S. 45; *Christoph Grabenwarter*, § 169 Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Dederer/Papier* (Hg.), *Handbuch der Grundrechte*, 2009, 1–57, S. Rz 47.

⁹⁸ EuGH, Slg. 1982, 1-3415, 3430 Rn. 16-*C.I.L.F.I.T.*

dung können nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht bestehen, wenn die Auslegung des in Frage stehenden Unionsrechtsaktes „offenkundig“ ist. Dies sei anzunehmen, wenn „auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit [hinsichtlich der Auslegung des in Frage stehenden Unionsrechtsakts]“ bestehe⁹⁹. Das Gericht, welches vorlageverpflichtet wäre, muss also die Auslegungsweisen des Unionsrechtsaktes durch die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten und den EuGH in den Blick nehmen. Die Besonderheit dieser Art der Rechtsvergleichung besteht jedoch darin, dass verschiedene Interpretationsweisen derselben supranationalen textlichen Grundlage, nicht entsprechender Rechtsnormen verschiedener Rechtsordnungen miteinander verglichen werden. Auch aus einer rechtspositivistischen Position begründet diese Art der Verfassungsvergleichung keine Gefährdung der Verfassungsbindung.

Die Forderung nachvollziehbarer Kriterien und einer Begründung dafür, welche Vergleichsordnungen herangezogen wurden, wird erhoben, wo eine Verpflichtung des Gerichts, fremde Rechtsmaterialien in die Auslegung des eigenen Rechts einzubeziehen, nicht besteht¹⁰⁰. Allgemein wird angenommen, dass praktische Erwägungen wie die Zugänglichkeit der Rechtsmaterialien oder Sprachkenntnisse der Richter eine bedeutende Rolle für die Auswahl des Vergleichsmaterials spielen dürften¹⁰¹. So werden die Urteile englischsprachiger Rechtsordnungen Untersuchungen zufolge deutlich häufiger in fremden Entscheidungsbegründungen in Bezug genommen als etwa solche deutsch- oder spanischsprachiger¹⁰². Dies lässt darauf schließen, dass eine Vorauswahl von Vergleichsordnungen nicht anhand inhaltlicher Kriterien

⁹⁹ EuGH, Slg. 1982, 1-3415, 3430 Rn. 16 - *C.I.L.F.I.T.*

¹⁰⁰ *Franz C. Mayer*, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsbund, in: Calliess (Hg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund*, 2007, 167, S. 170 f.; *Christan Walter*, Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte: Überlegungen zur Rechtsvergleichung als Methode im öffentlichen Recht, *Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen*, 2005, 205, S. 222 f. Von einem "Rationalitätsproblem" sprechend *José Martinez*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsbund, in: Calliess (Hg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund*, 2007, 153, S. 164 Aus dem internationalen Schrifttum etwa *Ran Hirschl*, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law, *The American Journal of Comparative Law* 53 (2005), 125, S. 133 *Heiko Sauer*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 194, S. 199 *Rex D. Glensy*, Which Countries Count?: Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, *Virginia Journal of International Law* 45 (2004), 358, S. 411 ff. Siehe auch *Mark Radhert*, Comparative Constitutional Advocacy, *American University Law Review* 56 2007, 553, S. 558 ff..

¹⁰¹ Siehe etwa *Konrad Lachmayer*, Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 166, S. 173.

¹⁰² Wiederum finden im deutschsprachigen Raum Gerichtsentscheidungen in deutscher Sprache stärkere Beachtung. So zitiert etwa der österreichische Verfassungsgerichtshof mit großer Häufigkeit Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, mit etwas geringerer auf die Schweizer Verfassung, vgl. *Harald Eberhard*, Funktionalität und Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Judikatur des VfGH, in: *Gamper/Verschraegen* (Hg.), *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode*, 2013, 141, S. 149.

getroffen wird, sondern der Kreis potenzieller fremder Orientierungspunkte anhand der Zugriffsmöglichkeit zugeschnitten wird.

Es soll verhindert werden, dass bewusst nur diejenigen ausländischen Rechtsordnungen herangezogen werden, deren Rechtsmaterialien die bereits zuvor gefasste eigene Position stützen¹⁰³. Für die Anerkennung der Verfassungsvergleichung als Auslegungsmethode seien „*Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Auswahl der Vergleichsobjekte erforderlich*“¹⁰⁴, um einer zu großen richterlichen Freiheit bei der Verfassungsinterpretation vorzubeugen.

In der gerichtlichen Praxis wird hingegen beobachtet, dass Rezeptionsprozesse ohne Begründung meist auf einige wenige Rechtsordnungen beschränkt werden, wobei vielfach wiederholt auf dieselbe fremde Rechtsordnung Bezug genommen wird¹⁰⁵. Das Bundesverfassungsgericht zitiert etwa überwiegend Rechtsmeinungen aus den USA, Kanada und europäischen Rechtsordnungen, darunter relativ häufig aus Österreich¹⁰⁶. Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof setzt sich in seinen wenigen Entscheidungen mit rechtsvergleichenden Argumenten hauptsächlich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinander¹⁰⁷. Zudem werden die Entscheidungen einiger Verfassungsgerichte insgesamt mit einer größeren Häufigkeit zitiert als die der meisten anderen. Bei einer internationalen Betrachtung ist festzustellen, dass der US Supreme Court insgesamt – obwohl teilweise ein Rückgang seiner Bedeutung diagnostiziert wird¹⁰⁸ – am häufigsten zitiert wird¹⁰⁹. Dies führte bereits zu der Ermahnung, einer „*Americanization of the Law*“¹¹⁰ durch die überproportionale Berücksichtigung von Entscheidungen des Supreme Court müsse entgegengewirkt werden.

¹⁰³ Von einer "Rosinentheorie" sprechend *Anna-Bettina Kaiser*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 203, S. 205 f.; *Heiko Sauer*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 194, S. 199; *Richard A. Posner*, Foreword: A Political Court, *Harvard Law Review* 119 (2005), 32, S. 86 formuliert: "*If foreign decisions are freely citable, any judge wanting a supporting citation has only to troll deeply enough in the world's Corpora juris to find it*"

¹⁰⁴ *Franz C. Mayer*, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsbund, in: *Calliess* (Hg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund*, 2007, 167, S. 170.

¹⁰⁵ Zur Zitierpraxis deutscher Gerichte siehe etwa *Ulrich Drobnig* (Hg.), *The use of comparative law by courts*, 1999, S. 143 f.; zum kanadischen Supreme Court *Michel Bastarache*, *The Globalisation of the Law and the Work of the Supreme Court of Canada*, in: *Muller/Richards* (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 41, S. 46 ff.

¹⁰⁶ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 92 ff.; so auch *Aura María Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 57 ff.

¹⁰⁷ *Harald Eberhard*, *Funktionalität und Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Judikatur des VfGH*, in: *Gamper/Verschraegen* (Hg.), *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode*, 2013, 141, S. 149.

¹⁰⁸ *Ran Hirschl*, *Comparative matters*, 1. Aufl. 2014, S. 27.

¹⁰⁹ *Tania Groppi; Marie-Claire Ponthoreau*, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future*, in: *Groppi/Ponthoreau* (Hg.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, 2013, 411, S. 418.

¹¹⁰ *Guy Canivet*, *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in: *Muller/Richards* (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 21, S. 37.

Die Forderung nach Kriterien dafür, in welchen Fällen Verfassungsvergleichung betrieben werden *darf*, beruht auf der Annahme, durch solche Kriterien könne eine willkürliche Nutzung verfassungsvergleichender Argumente durch den Richter vermieden werden¹¹¹. Durch hinreichend strenge methodische Anforderungen an die Verwendung verfassungsvergleichender Argumente in der Urteilsbegründung sollen die hinter ihnen stehenden Wertungen möglichst transparent und nachprüfbar werden¹¹². Dies stimmt mit der Annahme der herrschenden Methodenlehre überein, durch methodische Vorgaben werde die Rechtsanwendung kontrollierbar¹¹³.

e. Begrenzung der Verfassungsvergleichung auf den Bereich der Rechtsfortbildung oder die Funktion der Inspiration

Indirekt normativ bedeutsam können in einem rechtspositivistisch geprägten Rechtsverständnis verfassungsvergleichende Argumente nur insofern sein, als sie im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung zulässig sein sollen¹¹⁴. Nur, soweit das Gesetz „Lücken“ aufweise und die richterliche Entscheidung nicht durch gesetzgeberische Wertungen gesteuert sei, sei komparative Argumentation legitimiert¹¹⁵. In diesen Ausnahmefällen handele der Richter als Ersatzgesetzgeber, überschreite also die eigentlichen Grenzen seiner rechtsprechenden Funktion¹¹⁶.

Judikative Verfassungsvergleichung wird mit richterlicher Rechtserzeugung gleichgesetzt, weil der Richter durch die Bezugnahme auf fremdes Recht erkennbar den Rahmen der eigenen Verfassung verlasse¹¹⁷. Der Richter solle auf rechtsvergleichende Erwägungen daher nur zurückgreifen, wenn mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden kein eindeutiges Interpre-

¹¹¹ Siehe etwa *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 155; *Heiko Sauer*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 194, S. 196

¹¹² *Konrad Lachmayer*, Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 166, S. 175 betont den Wert der Transparenz für die Legitimität verfassungsvergleichender Argumentation; ebenso *B. S. Markesinis*, *Judicial recourse to foreign law*, 2006, S. 82

¹¹³ Vergleiche zu dieser Annahme etwa *Thomas M. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, S. 39 f.

¹¹⁴ Vergleiche etwa *Bernd Wieser*, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2005, S. 35; *Anna Gamper*, *Regeln der Verfassungsinterpretation*, 2012, S. 264 f.; *Christian v. Starck*, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *Juristenzeitung* 52 1997, 1021, S. 1024.; *Sauer*, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 194 (197).

¹¹⁵ Vom Standpunkt der Wertungsjurisprudenz aus muss bei unklarem Wortlaut zunächst die *ratio legis* die richterliche Entscheidung anleiten. Kann auch die *ratio legis* nicht weiterhelfen, handelt es sich also um „gesetzesübersteigende“ Rechtsfortbildung, muss der Richter sich an den leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung ausrichten, vgl. *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 366 ff. Erst auf dieser Stufe, auf der die Entscheidung vom Gesetz oder den ihm immanenten Wertungen nicht mehr angeleitet ist, kann die Rechtsvergleichung eine Entscheidungshilfe sein.

¹¹⁶ *Michal Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 211.

¹¹⁷ *Michal Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 211.: „A rational legislator as well as a rational judge-qualegislator seeks an outside experience and/or authority for a solution chosen. This lies at the very heart of the judicial use of comparative arguments: once judges engage in a comparative exercise, they do so while behaving as de facto legislators, not as judges.“

tationsergebnis erzielt werden könne¹¹⁸. Dies entspricht der der richterlichen Rechtsvergleichung auch außerhalb des Falles der *Verfassungsvergleichung* zugesprochenen Rolle. So meinen *Zweigert* und *Kötz*, der Blick auf fremde Lösungen sei für den Richter nur erforderlich, „wo Zweifel bei der Auslegung einer Norm behoben, wo Lücken in einem Rechtssystem durch den Richter gefüllt werden“¹¹⁹ müssten. Dies erklärt auch die weitgehende Ablehnung der Integration der *Verfassungsvergleichung* in den bestehenden Methodenkanon als gleichwertige „fünfte Auslegungsmethode“, wie sie von *Häberle* vorgeschlagen wurde¹²⁰.

Das „Problem“ der Selektivität wird umgangen, indem eine Funktion der Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode verneint wird. Da rechtsvergleichende Erwägungen in richterlichen Entscheidungen kein rechtliches Argument darstellten, sei ihre selektive Natur unschädlich¹²¹. Einige Autoren verringern daher die Anforderungen an die richterliche *Verfassungsvergleichung* mit der Begründung, der Richter könne von einer falsch verstandenen fremden Lösung zu einer richtigen Lösung im eigenen Recht sinnvoll inspiriert werden. Das richtige Verständnis des fremden Rechts wird hingegen implizit zur Voraussetzung einer als Interpretationsmethode anerkannten *Verfassungsvergleichung* erhoben¹²².

Als Ausgangspunkt einer methodischen Einordnung verfassungsvergleichender Argumente wird daher häufig auf das Konzept der *persuasive authority* zurückgegriffen¹²³, welcher als

¹¹⁸ Für die richterliche Rechtsvergleichung im Privatrecht so *Bernd Uyterhoeven*, *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, 1959, S. 59: "Erst da, wo die üblichen Instrumente der Rechtsfindung nicht zum Ziele führen, soll sie zusätzliche Argumente verschaffen."; *Augenhofer*, *Rechtsvergleichung* in *Krüper* (Hg.), *Grundlagen des Rechts*, 2013, 204: „wo das eigene Recht schweigt ... oder auslegungsbedürftig ist“; ähnlich auch *Bernhard Aubin*, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 34 (1970), 458, S. 471; für die *Verfassungsvergleichung* siehe *Heiko Sauer*, *Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht*, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 194, S. 197.

¹¹⁹ *Konrad Zweigert; Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2. Aufl., S. 16.

¹²⁰ *Peter Häberle*, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, *Juristenzeitung* 44 1989, 913, S. 916 ff.

¹²¹ *Michal Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 245: "Provided that the comparative reference is a qualitative one, not a quantitative one, i.e. that judges are accounting for the inspiration they received and from where, there can be no question of selectivity. In the realm of optional, subsidiary arguments, the proper question can only be whether the particular authority selected for a particular proposition is good enough, whether it persuades the reader, not whether all the potential sources of inspiration have been consulted." Demgegenüber kritisch, dass das Gewicht einer verfassungsvergleichenden Erwägung für die richterliche Entscheidung objektiv nicht erkennbar sei *Sebastian Müller-Franken*, *Verfassungsvergleichung*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 908.

¹²² Vgl. zu diesem methodischen Verständnis etwa *Busse*: *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht* (2015), S. 587 ff. *Busse* präzisiert in seinem Methodenvorschlag zusätzlich, dass das Verständnis des fremden Rechts durch die klassischen vier Auslegungsmethoden erlangt werden solle.

¹²³ So beispielsweise *Michal Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 117 ff.; *H. Patrick Glenn*, *Persuasive Authority*, *Mc Gill Law Journal* 32 (1987), 262; *Christopher McCrudden*, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 20 (2000), 499; *Richard Bronaugh*, *Persuasive Precedent*, in: *Goldstein* (Hg.), *Precedent in law*, 1987,

mit einer „gemäßigt“ rechtspositivistischen Position vereinbar angesehen wird¹²⁴. Die gemeinsame Grundannahme auf diesem Konzept aufbauender methodischer Ansätze besteht darin, dass rechtsvergleichende Argumente nicht normativ wirken könnten, sondern dem Richter nur als Inspiration dienen. In der Bezeichnung als *persuasive authority* soll die rechtliche Unverbindlichkeit des Verweises auf fremde Rechtsmaterialien zum Ausdruck gelangen¹²⁵. Auch unabhängig vom Begriff der *persuasive authority* wird in Beiträgen aus der deutschen Rechtswissenschaft die Rechtsvergleichung als Rechtserkenntnisquelle für den Richter bezeichnet¹²⁶. Wegen ihrer besonderen Eignung zur Herausstellung rechtspositivistischer Prämissen, soll die Diskussion um die *persuasive authority* im folgenden Abschnitt kurz dargestellt werden.

3. Verdeutlichung der positivistischen Prägung anhand des Konzepts der *persuasive authority*

Der Begriff der *persuasive authority* stammt nicht aus der Debatte um die richterliche Rechtsvergleichung, sondern bezeichnet im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht verbindliche Vorentscheidungen, die außerhalb der Präjudizienpyramide, also der nationalen Gerichtshierarchie, stehen¹²⁷. Im Gegensatz zu den Präjudizien mit *binding authority*, die nach dem *stare*

217; *Taavi Annus*, Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, *Duke Journal of Comparative and International Law* 14 (2004), 301; *Frederick Schauer*, Authority and Authorities, *Virginia Law Review* 94 (2008), 1931.

¹²⁴ *Michal Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 2013, S. 213.

¹²⁵ Entsprechend lehnen Untersuchungen, die von einer normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente in der richterlichen Entscheidungsbegründung ausgehen, das Konzept der *persuasive authority* für die rechtliche Einordnung der rechtvergleichenden Argumentation grundsätzlich ab. So meint etwa *Coendet*, er könne „nur nachdrücklich empfehlen, die weiteren Forschungen zur rechtsvergleichenden Argumentationstheorie nicht auf den Begriffen des Argumentgewichts oder der Überzeugungskraft (*persuasive authority*) aufzubauen.“ Vgl. *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 150

¹²⁶ Siehe dazu *Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 99 (1974), 193, S. 203; *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 149.

¹²⁷ Zur Begriffsverwendung im US-amerikanischen Recht siehe *William Burnham*, Introduction to the law and legal system of the United States, 2016, S. 70 f. Historisch hat das Common Law seine Ursprünge im 11. Jahrhundert in Großbritannien und beruht auf der Ausarbeitung eines einheitlichen Rechts für das gesamte britische Königreich unter Auswahl und Modifizierung des lokalen Gewohnheitsrechts; vergleiche dazu *William Burnham*, Introduction to the law and legal system of the United States, 2016, S. 44 f.; sowie *Vanessa Sims*, English law and terminology, 3. Aufl. 2010, S. 20 ff. Im anglo-amerikanischen Common Law ist das Case Law eine eigene Rechtsquelle, unabhängig von der Interpretation von Gesetzesnormen. Charakteristisch ist zudem die Bindung der nationalen Gerichte an die Vorentscheidungen von in der Präjudizienpyramide über Ihnen stehenden Gerichten. Die Entwicklung und die Merkmale des Common Law kurz zusammenfassend *Birke Häcker*, Das englische Common Law - Eine Einführung, *Juristische Schulung* 54 (2014), 872. Dem Common Law gegenüber steht das kodifizierte Rechtssystem des Civil Law, welches in der römischen Rechtstradition steht. Die Gegenüberstellung von Common Law und Civil Law beruhend auf der Charakterisierung als kodifiziertes Rechtssystem und Case Law System ist jedoch Kritik ausgesetzt, vgl. Mit einem Vergleich der Bedeutung von Präjudizien in kontinentaleuropäischen Rechtssystemen und im Common Law *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 553 f.

decisis Grundsatz für in der Präjudizienpyramide auf tieferer Stufe stehende Gerichte rechtlich verbindlich sind und grundsätzlich befolgt werden müssen, erfolgt die Beachtung von Präjudizien mit *persuasive authority* demnach freiwillig. Bezugspunkt sind in diesem innerstaatlichen Verwendungskontext die Entscheidungen nationaler Gerichte, grundsätzlich ist der Begriff in der anglo-amerikanischen Dogmatik aber auch offen für die Einbeziehung fremder Gerichtsentscheidungen und anderer Rechtsmaterialien¹²⁸.

Eine Besonderheit im Vergleich zum nationalen Kontext liegt im rechtsordnungsübergreifenden Kontext in der Vielzahl möglicher Bezugspunkte der *persuasive authority*. Einige Autoren beziehen sich in ihren Ausführungen zur *persuasive authority* nur auf die Überzeugungskraft fremder Präjudizien. Andere charakterisieren fremde Rechtsmaterialien im Allgemeinen, also auch fremde Verfassungs- oder Gesetzesnormen, als *persuasive authority*¹²⁹. Die Verwendung der anglo-amerikanischen Terminologie im Kontext richterlicher Rechtsvergleichung verbindet diese *prima facie* mit den Prinzipien des anglo-amerikanischen Präjudizien-systems¹³⁰. Wenig überraschend ist daher die Feststellung, dass die Begriffswahl bei der Verwendung im Kontext der richterlichen Rechtsvergleichung durch viele im Common Law sozialisierte Rechtswissenschaftler nicht weiter erläutert wird. Viele Autoren stellen lediglich fest, fremde Entscheidungen besäßen keine *binding*, sondern „nur“ *persuasive authority*, ohne aber die Folgen dieser Kategorisierung genauer zu erläutern¹³¹.

¹²⁸ Vgl. auch *Marie-Claire Ponthoreau*, Foreign Precedents in Constitutional Litigation, in: Schauer/Verschraegen/Fleischer (Hg.), General reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law, 2017, 523, S. 525 : "Given that common law tradition is the subject of an attachment to an entity more vast than the State, it follows that it will be more favourable towards the citation of foreign precedents as a result." Dies zeigt sich auch daran, dass die Höchstgerichte in einigen Common Law Rechtsordnungen, etwa der Kanadische Supreme Court, regelmäßig auf fremde Rechtsmaterialien Bezug nehmen, ohne dass dies von der Rechtspraxis kritisch diskutiert würde. Zur Zitationspraxis des Supreme Court vgl. etwa *Ran Hirschl*, Comparative matters, 1. Aufl. 2014, S. 30 f.

¹²⁹ *Gabor Halmai*, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, in: Rosenfeld/Sajó (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2013, 1328, S. 1329 In einem rein innerstaatlichen Verwendungskontext stellt sich die Frage nach der Überzeugungskraft nationaler Rechtsnormen aufgrund ihrer unbestrittenen rechtlichen Verbindlichkeit nicht.

¹³⁰ So auch *Andrea Lollini*, Legal argumentation based on foreign law, Utrecht Law Review 3 2007, 60, S. 61.

¹³¹ *Christina Fasone*, The Supreme Court of Ireland and the Use of Foreign Precedents: The Value of Constitutional History, in: Groppi/Ponthoreau (Hg.), The use of foreign precedents by constitutional judges, 2013, 97, S. 125; Den Begriff sogar im Titel nutzend *Rex D. Glensy*, Which Countries Count?: Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, Virginia Journal of International Law 45 2004, 358, S. 360, 363, 395-396; *Vlad Perju*, Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations, in: Rosenfeld/Sajó (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2013, 1304, S. 1324; *Michel Bastarache*, The Globalisation of the Law and the Work of the Supreme Court of Canada, in: Muller/Richards (Hg.), Highest Courts and globalisation, 2010, 41, S. 46. Eine Reihe von Beiträgen aus dem Common Law Schrifttum beschäftigt sich hingegen mit der Bedeutung des Begriffes im Kontext der richterlichen Rechtsvergleichung: *Taavi Annus*, Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, Duke Journal of Comparative and International Law 14 2004, 301; *Richard Bronaugh*, Persuasive Precedent, in: Goldstein (Hg.), Precedent in law, 1987, 217; *H. Patrick Glenn*, Persuasive Authority, Mc Gill Law Journal 32 1987, 262; *Frederick Schauer*, Authority and Authorities, Virginia Law Review 94 2008, 1931; *Christopher McCrudden*, A Common Law of

Beeinflusst werden kann das anglo-amerikanische Begriffsverständnis auch im rechtsvergleichenden Kontext durch eine besondere Offenheit von Case Law Systemen für die Einbeziehung externer Präjudizien in die richterliche Entscheidungsfindung. Diese Offenheit entspricht einem weiten Begriff des „precedent“ als „*any prior decision of any court*“ in der englischen Rechtssprache¹³². Dieser kann, ohne eine weitere Ausdifferenzierung, bereits die Entscheidungen rechtsordnungsexterner Gerichte mit einbeziehen¹³³. Diese könnten zwar für englische Gerichte nicht den Status eines *binding precedent* erreichen, aber bei Relevanz für die zu treffende Entscheidung als *persuasive precedents* herangezogen werden. Eine solche Entscheidung ist stets nur potenziell als *persuasive authority* anzusehen, da ihre Relevanz von der Gewichtung durch den entscheidenden Richter abhängt¹³⁴.

Im rechtsvergleichenden Kontext erfolgt die Definition der Begriffsverwendung überwiegend durch die Gegenüberstellung mit dem Begriff der *binding authority*. So etwa als „*authority which attracts adherence as opposed to obliging it*“¹³⁵. Kennzeichnend ist also die Unverbindlichkeit der Rechtsquellen, zwischen denen der Richter frei wählen könne¹³⁶. Dies entspricht dem konventionellen Verständnis des Begriffes im anglo-amerikanischen Rechtskreis¹³⁷.

Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, Oxford Journal of Legal Studies 20 2000, 499.

¹³² Michal Bobek, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 2013, S. 77: “a precedent is generally speaking any prior decision of any court that can provide inspiration and possible analogy to a new case before a court. If the previous decision was issued by a superior court within the same judicial system, ie by an English superior court, the precedent will be, by virtue of the doctrine of stare decises, binding upon any lower court. However, all other decisions, which might be relevant for the case at hand, may function as a persuasive precedent.”

¹³³ Die Offenheit für externe Rechtsquellen variiert jedoch zwischen den verschiedenen Common Law Systemen, was sich bereits an der kritischen Einstellung des US Supreme Court zur Verfassungsvergleichung ablesen lässt, welcher eine größere Offenheit des kanadischen Verfassungsgerichtes gegenübersteht. Dazu Elaine Mak, Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices, Utrecht Law Review 8 (2012), 20, S. 29 f.

¹³⁴ Michal Bobek, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 2013, S. 77; Diese Offenheit führt dazu, dass die Zulässigkeit verfassungsvergleichender Argumentation durch englische Gerichte nicht in Frage gestellt wird; so Jeremy Waldron, Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity, in: Muller/Richards (Hg.), Highest Courts and globalisation, 2010, 99, S. 99.

¹³⁵ H. Patrick Glenn, Persuasive Authority, Mc Gill Law Journal 32 1987, 262, S. 263.

¹³⁶ H. Patrick Glenn, Persuasive Authority, Mc Gill Law Journal 32 1987, 262, S. 264; Taavi Annus, Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, Duke Journal of Comparative and International Law 14 2004, 301, S. 318; Michal Bobek, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 2013, S. 214; Richard Bronaugh, Persuasive Precedent, in: Goldstein (Hg.), Precedent in law, 1987, 217, S. 222 f.; Christopher McCrudden, A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights, Oxford Journal of Legal Studies 20 2000, 499, S. 502 f. Deutlich wird die Bedeutung der Charakterisierung als unverbindlich etwa auch bei Annus. Er unterscheidet die „soft use“ und die „hard use“ verfassungsvergleichender Argumente, wobei er mit ersterem Fälle bezeichnet, in denen vergleichende Argumente lediglich angeführt oder diskutiert würden, aber keinen Einfluss auf das „holding“, den Tenor, der Entscheidung hätten¹³⁶. Unter die Fälle der soft use fasst er dann auch die Heranziehung fremder Präjudizien als *persuasive authority*. Dabei sei die Bedeutung fremder Rechtsmaterialien mit der des Parteivortrags oder eines rechtswissenschaftlichen Beitrags gleichzusetzen. Unter hard use versteht er hingegen Fälle, welche „at least some degree of authority“ besitzen. Der Begriff der „authority“ ist in diesem Kontext im Sinne von Rechtsver-

Bei einem solchen Konzept der *persuasive authority* liegt der Schwerpunkt auf dem Begriff des Überzeugens, welcher in Kontrast gesetzt wird zum zwingenden Befolgen. Als Abgrenzungsmerkmal fremder Rechtsmaterialien, denen nur *persuasive authority* zukommen soll, wird angesehen, dass sie in der rezipierenden Rechtsordnung nicht Teil der Hierarchie der den Richter bindenden Rechtsquellen seien¹³⁸ und ihre Berücksichtigung damit optional sei¹³⁹. Einige Autoren gehen hingegen vom Bestehen einer Berücksichtigungspflicht für fremde Rechtsmaterialien aus¹⁴⁰. Bei der Annahme einer Berücksichtigungspflicht gewinnen die Kriterien zur Ermittlung dieser relevanten Materialien an Bedeutung¹⁴¹, welche im Schrifttum in Einzelnen aber nicht expliziert werden.

Die Anerkennung fremder Rechtsmaterialien als *persuasive authority* wird teils allein auf die Überzeugungskraft ihres Inhaltes¹⁴², teils auf die Autorität ihrer Quelle¹⁴³ zurückgeführt. Zu-

bindlichkeit zu verstehen, sodass auch hier die Charakterisierung der *persuasive authority* als unverbindliche Quelle das entscheidende Merkmal ist. *Taavi Annus*, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 14 2004, 301

¹³⁷ Siehe dazu *Chad Flanders*, *Toward a Theory of Persuasive Authority*, *Oklahoma Law Review* 62 (2010), 55, S. 61 f.

¹³⁸ So auch *Vicki C. Jackson*, *Constitutional engagement in a transnational era*, 2010, S. 71; vergleiche *Christopher McCrudden*, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 20 2000, 499, S. 502 f. "Suffice it to say that binding authority refers to authority that the judge must apply and follow. It implies that there is a hierarchy of sources of authority, some of which the judge must apply and by which he or she is bound. *Persuasive authority*, on the other hand, exists when, in addition to binding authority, other material is regarded as relevant to the decision which has to be made by the judge, but is not binding on the judge under the hierarchical rules of the national system determining authoritative sources."

¹³⁹ Daher zieht *Schauer* den Begriff der „optional authority“ dem der *persuasive authority* vor *Frederick Schauer*, *Authority and Authorities*, *Virginia Law Review* 94 2008, 1931, S. 1946. Der Unterschied zwischen mandatory (binding) und optional (persuasive) authority liege nicht darin, dass die Beachtung letzterer auf inhaltlicher Überzeugung beruhe, sondern darin, dass im Falle der mandatory authority die Beachtung der Autorität zwingend sei, während sie im Falle der *persuasive authority* freiwillig erfolge.

¹⁴⁰ Eine solche Berücksichtigungspflicht aus dem Gerechtigkeitsprinzip herleitend *Richard Bronaugh*, *Persuasive Precedent*, in: Goldstein (Hg.), *Precedent in law*, 1987, 217; *Chad Flanders*, *Toward a Theory of Persuasive Authority*, *Oklahoma Law Review* 62 2010, 55; *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 603 f. spricht von einer "als weich zu verstehenden Erörterungsverantwortung", die verlange, dass das Bundesverfassungsgericht zumindest zu erkennen gibt, sich mit "zentralen Argumentationen in der verfassungsrechtlichen Debatte", die Martini als eine transnationale Debatte konzipiert, auseinandergesetzt zu haben.

¹⁴¹ *Christopher McCrudden*, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 20 2000, 499, S. 514 f.; eingehend zu möglichen Kriterien *Rex D. Glensy*, *Which Countries Count?: Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority*, *Virginia Journal of International Law* 45 2004, 358, S. 411 ff.

¹⁴² *Taavi Annus*, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 14 2004, 301, S. 319; *Gabor Halmai*, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in: Rosenfeld/Sajó (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2013, 1328, S. 1333. *Michal Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 214; *Frederick Schauer*, *Authority and Authorities*, *Virginia Law Review* 94 2008, 1931, S. 1940. *Ernest Young*, *Foreign Law and the Denominator Problem*, *Harvard Law Review* 119 (2005), 148, S. 152: "The hallmark of *persuasive authority* is engagement with the reasons for a practice or a decision rather than the counting of noses. There is no imperative to choose the most widespread practice or rule, for example, if the minority position seems better thought out."

meist werden die Autorität des Gerichtes und die inhaltliche Begründung der Entscheidung als alternative Begründungsansätze angesehen. Der Begriff der *persuasive authority* wird in der Konsequenz als in sich widersprüchlich kritisiert¹⁴⁴. Nach der Ansicht, welche auf die substanzielle Überzeugungskraft abstellt, ist die Überzeugungskraft fremder Entscheidungen mit der Überzeugungskraft von Argumenten in rechtswissenschaftlichen Beiträgen vergleichbar¹⁴⁵. Dem entspricht die Aussage, es gebe keinen „*numerus clausus of persuasive sources of law*“¹⁴⁶, inhaltlich überzeugen könne also grundsätzlich der Inhalt jeglichen Quellentyps.

Beim Abstellen auf die Autorität der Quelle wird der Verweis auf eine rechtsordnungsexterne Fachautorität als eine Argumentationstechnik zur Bekräftigung der eigenen Entscheidung verstanden. *Persuasive authority* besitzen nach diesem Verständnis allein solche fremden Rechtsmaterialien, die die Argumentation des Gerichts stützen¹⁴⁷. Es wird angenommen, der Begriff der Autorität indiziere gerade die Akzeptanz von Entscheidungen unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit¹⁴⁸. Diese Ansicht wird bezogen auf die Praxis richterlicher Verfassungsvergleichung damit begründet, eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt finde bei der Heranziehung fremder Entscheidungen durch die nationalen Höchstgerichte regelmäßig nicht

¹⁴³ *Rex D. Glensy*, Which Countries Count?: Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, *Virginia Journal of International Law* 45 2004, 358, S. 390; *Mattias Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, *Der Staat* 52 (2013), 339, S. 359: „Wie bereits dargelegt, wird der offene Rückgriff auf die Verfassungsvergleichung zum Zweck argumentativer Bekräftigung bzw. mit begründungsentlastender Zielrichtung eingesetzt. Verfassungsvergleichende Argumentation verweist insoweit auf eine ordnungsextern angesiedelte Fachautorität, die als „*persuasive authority*“ Überzeugungskraft generieren soll.“ Auch *Bryde* sieht als eine mögliche, wenn auch nicht die einzige, Quelle der Überzeugungskraft fremder Entscheidungen die „*authority of prestigious foreign sources*“, vgl. *Brun-Otto Bryde*, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, *Tulane Law Review* 80 2005, 203, S. 205.

¹⁴⁴ *Frederick Schauer*, Authority and Authorities, *Virginia Law Review* 94 2008, 1931, S. 1943; anders *Michal Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 2013, S. 244.

¹⁴⁵ *Taavi Annus*, Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, *Duke Journal of Comparative and International Law* 14 2004, 301, S. 318; *Brun-Otto Bryde*, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, *Tulane Law Review* 80 2005, 203, S. 213. Insgesamt das Gewicht verfassungsvergleichender Argumente mit demjenigen von rechtswissenschaftlicher Beiträge gleichsetzend auch *Miguel Poiares Maduro*, Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism, in: Dunoff (Hg.), *Ruling the world?*, 2009, 356, S. 376.

¹⁴⁶ *Brun-Otto Bryde*, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, *Tulane Law Review* 80 2005, 203, S. 213.

¹⁴⁷ *Mattias Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, *Der Staat* 52 2013, 339, S. 359 f.; *Mattias Wendel*, Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, *ZaöRV* 2014, S. 666; *Brun-Otto Bryde*, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, *Tulane Law Review* 80 2005, 203, S. 205; Zur bekräftigenden Wirkung von Vorentscheidungen allgemein *Frederick Schauer*, Authority and Authorities, *Virginia Law Review* 94 2008, 1931, S. 1950.

¹⁴⁸ Zur Inhaltsunabhängigkeit autoritativer Entscheidungen *Frederick Schauer*, Authority and Authorities, *Virginia Law Review* 94 2008, 1931, S. 1935.

statt, sondern das bloße Bestehen der fremden Entscheidungen oder (abstrakter) der Entscheidungspraxen fremder Staaten werde als Argument genutzt¹⁴⁹.

Auffällig ist, dass das Kriterium der „Autorität“ nur zur Begründung der *persuasive authority* fremder Gerichtsentscheidungen, nicht aber sonstiger fremder Rechtsmaterialien angeführt wird. Dies mag daran liegen, dass die Autorität des Gesetzestextes im innerstaatlichen Kontext in dessen anerkannter Normativität liegt und nicht Gegenstand der Auseinandersetzung über sonstige Autoritäten im Recht ist, welche sich insbesondere um die Frage der Präjudizienbindung dreht.

Seltener wird als ein weiterer Grund für die *persuasive authority* fremder Gerichtsentscheidungen eine universelle Gerechtigkeitsverpflichtung angeführt¹⁵⁰. Aus dem Gebot, gleiche Fälle gleich zu entscheiden, soll eine grundsätzliche Verpflichtung der nationalen Gerichte folgen, relevante fremde Rechtsmaterialien bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen¹⁵¹. Dies bedeute nicht, dass das Gericht zu demselben Ergebnis gelangen müsse wie diese, da auch andere Gesichtspunkte neben dem Gerechtigkeitsprinzip die Entscheidung des Gerichts beeinflussen könnten¹⁵². Das entscheidende Gericht sei aber *verpflichtet*, relevante rechtsordnungsexterne Entscheidungen in seine Entscheidung miteinzubeziehen, sofern es sie nicht im Wege des *Distinguishing* für unanwendbar erklären könne¹⁵³.

¹⁴⁹ Ernest Young, Foreign Law and the Denominator Problem, Harvard Law Review 119 2005, 148, S. 152 f.

¹⁵⁰ Richard Bronaugh, Persuasive Precedent, in: Goldstein (Hg.), Precedent in law, 1987, 217, S. 227: „The operative aspect of the principle of fairness resides in relevant similarity (and dissimilarity), which can and does obtain across national and internal systemic borders, e.g. between co-ordinate courts. On this basis, fairness – moral or formal – concerns all previous decisions, unless they are defunct, overruled, etc. It would appear, in other words, that a plain principle of fairness does not care, i.e. does not become inapplicable, when the antecedent is located in a legal jurisdiction that merely offers, within some lights, so-called persuasive precedents to a judge. Indeed, I shall maintain that following a persuasive precedent is fair and (with more difficulty) that not to follow one is unfair.“ Ähnlich Chad Flanders, Toward a Theory of Persuasive Authority, Oklahoma Law Review 62 2010, 55, S. 84 mit der Ansicht, die Konsistenz der Rechtsprechung sei für die Berücksichtigung der Entscheidungen fremder Gerichte ebenso ein Beweggrund, wie sie es für die Beachtung rechtsordnungsinterner Vorentscheidungen sei.

¹⁵¹ Richard Bronaugh, Persuasive Precedent, in: Goldstein (Hg.), Precedent in law, 1987, 217, S. 227 Die „relevant similarity“ des Präjudizes und des zu entscheidenden Falles soll für eine Pflicht zur Beachtung einer fremden Gerichtsentscheidung als *persuasive authority* ausreichen.

¹⁵² Richard Bronaugh, Persuasive Precedent, in: Goldstein (Hg.), Precedent in law, 1987, 217, S. 227. Ähnlich nimmt auch Martini auf die Praxis des Distinguishing Bezug. Diese verdeutliche, dass es nicht den Anforderungen juristischer Rationalität entspreche, ein „Argument nicht zu berücksichtigen, obwohl zwei Fälle hinreichend gleich sind, jedenfalls die Nichtberücksichtigung des Vergleichbaren nicht zu plausibilisieren (...)“. Vgl. Stefan Martini, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 532.

¹⁵³ Richard Bronaugh, Persuasive Precedent, in: Goldstein (Hg.), Precedent in law, 1987, 217, S. 229 Allein unter dem Gesichtspunkt des Gerechtigkeitsprinzips seien persuasive precedents ebenso verbindlich wie binding precedents. Die zwingende rechtliche Gebundenheit an binding precedents ergebe sich erst durch die institutionelle Einbindung des Gerichtes in ein System der Präjudizienbindung, welches Regeln für die Unterscheidung bindender und nicht bindender Vorentscheidungen aufstelle.

Der Verweis auf einen Staatenkonsens in einer richterlichen Entscheidungsbegründung wird aus dem Konzept der *persuasive authority* häufig ausgegliedert. Die Bekräftigung der eigenen Entscheidung mit einem internationalen Konsens unter Staaten mit „vergleichbaren Grundwerten“ bezeichnet etwa *Young* als „*Nose-Counting Authority*“¹⁵⁴. Denn dabei komme es auf die reine Häufigkeit einer (Entscheidungs-) Praxis an und nicht auf die Überzeugungskraft der für diese angeführten Gründe, weshalb es sich nicht um den Fall einer *persuasive authority* handele. Der Verweis auf solche Konsense beruhe zwar auch auf der Überzeugung des Gerichtes von der fremden Lösung, Grund für diese Überzeugung sei jedoch nicht deren inhaltliche Begründung, sondern die große Anzahl der dieselbe Lösung vertretenden Staaten¹⁵⁵. Aufgrund dieser Inhaltsunabhängigkeit handele es sich um die Heranziehung als Autorität¹⁵⁶.

Die dem Konzept der *persuasive authority* fremder Rechtsmaterialien zugrundeliegende Kategorisierung in „verbindlich“ und „unverbindlich“ entspricht der Unterscheidung des Gesetzestextes – oder der *ratio decidendi* eines *binding precedent* – als verbindlicher Rechtsquelle von unverbindlichen Rechtserkenntnisquellen¹⁵⁷. In einem positivistischen Rechtverständnis werden auch die Wirkungen rechtsordnungsinterner Präjudizien in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen als Fall einer *persuasive authority* bezeichnet, um ihre Unverbindlichkeit zu kennzeichnen. Dem Begriff der *persuasive authority* haftet im rechtswissenschaftlichen Diskurs deshalb die Charakterisierung fremden Rechts als rein inspirativ an.

Da die rechtsvergleichenden Erwägungen als gesetzeseexterne Faktoren keinen normativen Wert besäßen, könnten sie nicht als rechtliche Argumente genutzt werden¹⁵⁸. Auch das Konzept der „*persuasive authority*“ ist also ein Ausdruck der rechtspositivistischen Prämissen in der Debatte um die richterliche Verfassungsvergleichung.

¹⁵⁴ *Ernest Young*, *Foreign Law and the Denominator Problem*, *Harvard Law Review* 119 2005, 148, S. 153.

¹⁵⁵ *Ernest Young*, *Foreign Law and the Denominator Problem*, *Harvard Law Review* 119 2005, 148, S. 155.

¹⁵⁶ *Ernest Young*, *Foreign Law and the Denominator Problem*, *Harvard Law Review* 119 2005, 148, S. 149, 156; *Jean Louis Goutal*, *Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U. S. A.*, *The American Journal of Comparative Law* 24 (1976), 43, S. 52 sieht diese Art der Argumentation hingegen nicht als Verweis auf externe Autoritäten, sondern als eine dem Analogieschluss vergleichbare Argumentationsweise an.

¹⁵⁷ Einem solchen positivistischen Ansatz stellt *H. Patrick Glenn*, *Persuasive Authority*, *Mc Gill Law Journal* 32 1987, 262 die universalistische Idee des „*law as enquiry*“ entgegen. Er kritisiert eine nationalistisch geprägte Fokussierung auf nationales, verbindliches Recht und die formale Hierarchisierung der Rechtsquellen in den meisten nationalen Rechtsordnungen, durch welche diese sich der Überzeugungskraft externer Quellen verschließen. Die Suche nach universell gültigem Recht bei gleichzeitigem Respekt für nationale Besonderheiten im Sinne eines lokalen Gewohnheitsrechtes ist seiner Ansicht nach wünschenswert und würde zu einer größeren Offenheit im Umgang mit *persuasive authorities* führen. Sein Ansatz kennzeichnet sich damit als anti-positivistisch.

¹⁵⁸ *Brun-Otto Bryde*, *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*, *Tulane Law Review* 80 2005, 203, S. 214.

II. Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes: Der Verweis auf fremdes Verfassungsrecht in der gerichtlichen Entscheidungsbegründung

Den Gegenstand dieser Untersuchung bildet die verfassungsvergleichende Tätigkeit der Judikative. Deshalb besitzen Fragestellungen, welche die Verfassungsvergleichung als rechtswissenschaftliche Disziplin aufwerfen mag, nur partiell und teils unter veränderten Prämissen Relevanz. Die Zwecke der Verfassungsvergleichung aus wissenschaftlichem Interesse und diejenigen der verfassungsvergleichenden Argumentation durch Verfassungsgerichte unterscheiden sich maßgeblich darin, dass die wissenschaftliche Verwendung einzelfallunabhängigen Erkenntniszielen dienen soll¹⁵⁹. Wissenschaftlich betriebene Verfassungsvergleichung soll zum besseren Verständnis sowohl des fremden als auch des eigenen Rechts beitragen. Durch die Hinterfragung des eigenen Rechts aus der Perspektive des fremden Rechts sollen die Besonderheiten der eigenen Rechtsordnung dem nationalen Juristen als solche bewusst werden¹⁶⁰. So formulieren *Zweigert* und *Kötz* prägnant, dass „Rechtsvergleichung zuerst eine Erkenntnismethode der Rechtswissenschaft ist und nicht ein Weg konkreter Rechtsfindung“¹⁶¹.

Im Gegensatz dazu ist die judikative Verfassungsvergleichung zunächst dadurch gekennzeichnet, dass sie vom Richter bei der Ermittlung und Begründung einer Lösung für einen konkreten, zur Entscheidung vorliegenden, Lebenssachverhalt herangezogen wird. Der Gegenstand dieser Untersuchung ist jedoch begrenzt auf die Wirkungen, die der Verweis auf fremdes Verfassungsrecht in der *Entscheidungsbegründung* entfaltet. Verfassungsvergleichung, die in der Entscheidungsbegründung nicht sichtbar wird, ist daher für die vorliegende Untersuchung nicht von Interesse.

¹⁵⁹ Zu den unterschiedlichen Funktionen wissenschaftlicher und anwendungsbezogener Verfassungsvergleichung durch (Verfassungs-)Gesetzgeber und Gerichte siehe *Christoph Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 2010, 6, S. 18 ff.

¹⁶⁰ *Christoph Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 2010, 6, S. 22; *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 134: „*Rechtsvergleichung erweitert die Sichtweise des eigenen Rechts um das Wissen und die Perspektive des anderen Rechts. Sie ermöglicht eine objektivierende Perspektive, denn das andere Recht produziert nicht denselben blinden Fleck wie das eigene.*“ Aufgrund seiner dekonstruktivistischen Grundannahme kann *Coendet* die Rolle des Subjekts bei der Bedeutungskonstitution nicht anerkennen und misst daher dem Recht selbst die Rolle des entscheidenden Subjekts bei. Deshalb hat das eigene Recht in seiner Konzeption eine „Sichtweise“ und rechtsvergleichende Argumente „kritisieren“ das rechtliche Wissen des eigenen Rechts, ohne dass der Rechtsanwender in Erscheinung tritt. Dennoch ist seiner Annahme zuzustimmen, dass die Auseinandersetzung mit fremdem Rechtswissen zu einer Selbstdistanzierung von dem eigenen Rechtswissen und damit zu einem besseren Verständnis der Besonderheiten des eigenen Rechts führen kann.

¹⁶¹ *Konrad Zweigert; Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 2. Aufl., S. 52

Gerade an der Nutzung verfassungsvergleichender Erwägungen als Argument für die vom Gericht zu begründende Interpretation der Verfassung, ruft die im vorausgehenden Abschnitt (A.I.) beschriebene Kritik hervor.

1. Überlegungen zu rechtswissenschaftlich betriebenen Rechts- und Verfassungsvergleichung

Der Einsatz der Methode des Vergleichs ist keine Eigenheit der Rechtswissenschaft, vielmehr ist der Vergleich bekanntlich ein anerkanntes Erkenntnis- oder Stilmittel der meisten wissenschaftlichen Disziplinen von den Naturwissenschaften bis zur Literaturwissenschaft. Disziplinenübergreifend bestehen einige Grundanforderungen an die vergleichende Methode, welche auch in der Methode der Rechtsvergleichung Berücksichtigung finden.

Ein Vergleich setzt das Bestehen zweier voneinander abgrenzbarer – nicht identischer – Gegenstände und eine Verbindung zwischen diesen voraus. Voraussetzung eines Vergleichs ist die Feststellung dieser Verbindung zwischen den Vergleichsgegenständen, die Zuordnung zu einer gemeinsamen *Kategorie*. Die Möglichkeit der Zusammenfassung in einer Kategorie macht die Vergleichsgegenstände erst „vergleichbar“ in dem Sinne, dass sich durch den Vergleich ein konkreter Erkenntnisgewinn erhoffen lässt. Die sprichwörtliche Unmöglichkeit „Äpfel mit Birnen“ zu vergleichen ist insofern nur unter Hinzudenken eines bestimmten Erkenntniszieles richtig. Denn Äpfel und Birnen lassen sich sehr wohl in die Kategorie „Obst“ einordnen und anhand gleich mehrerer Kriterien (etwa des Fruchtzuckergehalts oder der empfundenen Süße) zueinander ins Verhältnis setzen. Die Einordnung von Birnen ist allein in die voraussetzungsvollere Kategorie der „Apfelsorte“ nicht möglich. Besteht das Erkenntnisziel des Vergleiches darin, die Eigenschaften unterschiedlicher Apfelsorten herauszufinden, um etwa Mindestwerte festzulegen, sind die Eigenschaften einer Birnensorte tatsächlich für dieses Erkenntnisziel ohne Relevanz. Es zeigt sich, dass die Kategoriebildung bereits vom Erkenntnisziel des Vergleichers abhängt. Von der Festlegung der eine Kategorie bestimmenden Eigenschaft – oder *Eigenschaften*– hängt wiederum ab, welche Gegenstände dieser Kategorie zugeordnet und somit *vergleichbar* werden. Die Feststellung von Ähnlichkeiten oder Unterschieden zwischen den einer Kategorie angehörenden Gegenständen bildet bereits ein Vergleichsergebnis¹⁶².

¹⁶² Mit besonderer Deutlichkeit hierzu *Bettina Heintz*, „Wir leben im Zeitalter der Vergleichung.“ Perspektiven einer Soziologie des Vergleichs, *Zeitschrift für Soziologie* 45 (2016), 305, S. 312, „Vergleich und Kategorisierungen bauen aufeinander auf, bedingen und verstärken sich gegenseitig: Das eine ist ohne das andere nicht zu haben.“

Kategorien sind nicht durch empirisch feststellbare Gesetzmäßigkeiten vorbestimmt, sondern entstammen sozial – oder auch individuell – konstruierten (Zu-)Ordnungen. Sie wirken komplexitätsreduzierend, indem sie unter einem Begriff unterschiedliche Gegenstände zusammenfassen, denen pauschal ein Bündel von Eigenschaften zugemessen wird. Kategorien können sich mit der Entwicklung gesellschaftlicher Vorstellungen verändern oder auflösen, ebenso können neue Kategorien entstehen. Durch die Hervorhebung eines mehreren Gegenständen gemeinsamen Kriteriums können diese in einer gemeinsamen Kategorie zusammengefasst werden. Zugleich lassen sie sich – dies ist die Konsequenz ihrer Nicht-Identität – anhand anderer Kriterien einander gegenüberstellen und voneinander differenzieren. Das Zusammenspiel von Differenzierung und Kategorisierung wird durch die Verschiebung des betrachteten Gesichtspunktes ermöglicht:

„L'art de comparer, s'il y en a un, met en relief la dialectique inhérente à la comparaison. A l'évidence celle-ci consiste à la fois en la recherche de la convergence et de la divergence“¹⁶³

Zueinander ins Verhältnis gesetzt werden die in einer Kategorie zusammengefassten Vergleichsgegenstände anhand eines zuvor ausgewählten Gesichtspunktes, des *tertium comparationis*. Dieser muss sich, um eine Relationierung zu ermöglichen, für alle Vergleichsgegenstände abbilden lassen. Es bedarf daher einer Eigenschaft, welche allen Gegenständen gemeinsam ist und die Herstellung einer Relation zwischen ihnen erst ermöglicht¹⁶⁴. So lassen sich, um bei Äpfeln und Birnen zu bleiben, etwa alle Gegenstände der Kategorie „Obst“ nach dem Gesichtspunkt „Vitamin C - Gehalt“ bewerten und so zueinander ins Verhältnis setzen. Bei einer solchen Kategorisierung handelt es sich um einen weiten Vergleich, da sie Gegenstände aus ganz unterschiedlichen Unterkategorien einbezieht.

Es bedarf für einen Vergleich also bereits einer Vorauswahl der Vergleichsgegenstände dahingehend, ob diese (1.) aufgrund ähnlicher Eigenschaften einer gemeinsamen Kategorie zugeordnet werden können und (2.) die Bewertung anhand eines bestimmten Gesichtspunktes ermöglichen, hinsichtlich dessen sie sich zumindest graduell unterscheiden *können*. Das kategoriebildende Kriterium kann mit dem *tertium comparationis* identisch sein, muss es aber nicht. In den meisten Fällen wird eine Kategorie nicht anhand eines einzelnen, sondern anhand einer Vielzahl von Kriterien gebildet sein. Nur die Kriterien hinsichtlich derer die Gegenstände einer Kategorie *nicht* identisch sind, eignen sich als *tertium comparationis*.

¹⁶³ Ruth Sefton Green, Compare and Contrast, *Revue internationale de droit comparé* 54 (2002), 85, S. 95.

¹⁶⁴ Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 28.

Bei der Auswahl von Vergleichsgegenständen, die sich anhand einer Vielzahl von Kriterien einer gemeinsamen Kategorie zuordnen lassen, ist die Feststellung von Gemeinsamkeiten erwartbarer als bei Gegenständen, die nur wenige oder gar ein einziges gemeinsames Kriterium abbilden können. Insofern stimmt die mahnende Aussage, die Suche nach Gemeinsamkeiten fördere diese ebenso zutage wie die Suche nach Unterschieden jene, zumindest im Grundsatz¹⁶⁵. Auch durch einen Vergleich zwischen Gegenständen, deren Überschneidungsmasse a priori größer erscheint, können Unterschiede offenbar werden. In diesem Fall bedarf die Erklärung von Unterschieden im Rahmen der Bewertung einer eingehenden Begründung, da sie den Erwartungen an das Vergleichsergebnis widerspricht.

Die zuvor dargestellten Grundsätze gelten auch für die rechtswissenschaftlich betriebene Rechtsvergleichung, deren Vergleichsgegenstände dahingehend konkretisiert sind, dass es sich um rechtliche Normen unterschiedlicher Rechtsordnungen handeln muss. Die Grundannahme des zurecht als herrschend bezeichneten methodischen Ansatzes der „funktionalen Rechtsvergleichung“¹⁶⁶ besteht darin, dass vergleichbar nur Regeln und Rechtsinstitute seien, die in den verschiedenen Rechtsordnungen dieselbe *soziale Funktion* erfüllen, also der Lösung desselben Interessenkonfliktes dienen¹⁶⁷. Das *tertium comparationis* für die Rechtsvergleichung bildet demnach die „Funktion“, welche durch die nationale Norm erfüllt wird, die den Ausgangspunkt des Vergleichs bildet¹⁶⁸. Durch diesen vom Normtext gelösten Bezugspunkt soll die Distanzierung des Rechtsvergleichers von seinem eigenen Rechtssystem und die Einnahme eines neutralen Standpunktes erreicht werden¹⁶⁹.

Die von *Zweigert* und *Kötz* als prominente Vertreter dieses Ansatzes in ihrem Standardwerk „Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts“ behauptete „*praesumptio similitudinis*“ geht generell von der rechtsordnungsübergreifenden Ähnlichkeit rechtlicher Problemlösungen aus:

¹⁶⁵ *Ruth Sefton Green*, Compare and Contrast, *Revue internationale de droit comparé* 54 2002, 85, S. 94: „Je pense que chaque interprète n'est jamais neutre mais la recherche de la convergence est aussi peu innocente que la recherche de la divergence.“

¹⁶⁶ Mit einem Plädoyer für die funktionale Methode der Rechtsvergleichung siehe *Christian v. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *Juristenzeitung* 52 1997, 1021, S. 1027 ff.; *Karl-Peter Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, *Die öffentliche Verwaltung* 52 (1999), 1017, S. 1023; zur funktionalen Rechtsvergleichung als Ausgangspunkt der Masse der Untersuchungen zur Methode der Rechtsvergleichung und zur Kritik an ihr siehe *Uwe Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 1. Aufl. 2019, S. 93 ff.

¹⁶⁷ *Konrad Zweigert*; *Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2. Aufl., S. 11.

¹⁶⁸ *Carl-David von Busse*, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, 2015, S. 343.

¹⁶⁹ *Karl-Peter Sommermann*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, *Die öffentliche Verwaltung* 52 1999, 1017, S. 1017.

„Wenn wir (...) uns dem übrigen, vergleichsweise ‚unpolitischen Privatrecht‘ zuwenden, so stellt man hier immer wieder fest, daß gleiche Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in allen entwickelten Rechtsordnungen der Welt auf gleiche oder sehr ähnliche Weise gelöst werden.“¹⁷⁰

Bemerkt werden muss, dass es sich nach der Vorstellung der Autoren bei der Ähnlichkeitsvermutung nur um eine Ausgangsprämisse rechtsvergleichender Untersuchungen handelt, welche das Auffinden von Gemeinsamkeiten erleichtern soll. Sie soll den Rechtsvergleichler darin bestärken, die Suche nach fremden Äquivalenten nicht sofort abzubrechen, wenn solche sich nicht dort finden, wo er aufgrund seiner Vorprägung durch die nationale Rechtsordnung zuerst nach ihnen sucht. Hierin zeigt sich das Bewusstsein für die Kontextabhängigkeit des Rechts wie auch etwa in dem Hinweis, aufgrund der unterschiedlichen Gesellschaftsstrukturen sei es möglich, dass ein Interessenkonflikt, der in der einen Rechtsordnung einer rechtlichen Lösung bedürfe, in einer anderen durch außerrechtliche Mechanismen reguliert werde¹⁷¹.

Mehr noch als im Falle der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Zivilrechts herrscht Uneinigkeit über die „richtige“ Methode der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts im Allgemeinen und der Verfassungsvergleichung¹⁷². Vielfach wird dabei hervorgehoben, die richtige Methode hänge vom jeweiligen Erkenntnisziel ab¹⁷³. Unabhängig von der Frage nach der richtigen Methode der Rechtsvergleichung wird im Hinblick auf die Verfassungsvergleichung betont, dass ein Erkenntnisgewinn nur zu erwarten sei, wenn Rechtsordnungen derselben Kategorie verglichen würden. Denn anders als im Zivilrecht sei das Verfassungsrecht besonders durch die politischen und gesellschaftlichen Strukturen des jeweiligen Staates geprägt¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Konrad Zweigert; Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 2. Aufl., S. 39.

¹⁷¹ Konrad Zweigert; Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 2. Aufl., S. 34.

¹⁷² Mit einem Überblick über die Methodenansätze Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 324 ff.; zu Alternativen zum Ansatz der funktionalen Rechtsvergleichung im Allgemeinen siehe Uwe Kischel, Rechtsvergleichung, 1. Aufl. 2019, S. 108 ff.

¹⁷³ So schlägt etwa Trantas eine Reihe unterschiedlicher Herangehensweisen für unterschiedliche Zwecke vor, vgl. Georgios Trantas, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öffentlichen Rechts, 1998, S. 41 ff.; auch Karl-Peter Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, Die öffentliche Verwaltung 52 1999, 1017, S. 1021 ff. unterscheidet verschiedene Ansätze, die bei der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht zu beobachten seien.

¹⁷⁴ So etwa Rudolf Bernhardt, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 1964, 431, S. 438 ff.; auch Joseph Kaiser, Vergleichung im öffentlichen Recht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), 391, S. 397 f. „Im öffentlichen Recht wird man dabei den Grad der Verwandtschaft nicht nur nach, der Zugehörigkeit zu den bekannten Rechtsfamilien (der germanischen, romanischen, dem common law usw.) bestimmen können, sondern

Das Ziel der wissenschaftlich betriebenen Rechts- und Verfassungsvergleichung wird in einer besseren Erkenntnis oder Einsicht in das eigene Recht mithilfe der Distanzierung vom eigenen Recht, der eigenen Dogmatik, gesehen¹⁷⁵. Auf die gerichtlich betriebene Verfassungsvergleichung wird dieses Erkenntnisziel nicht selten übertragen¹⁷⁶. Wie in dieser Untersuchung noch genauer betrachtet werden soll, besteht das Ziel der Verweise auf fremdes Verfassungsrecht in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen jedoch nicht in einer besseren Erkenntnis des eigenen Rechts. Was als „Verfassungsvergleichung“ durch Verfassungsgerichte bezeichnet wird, ist eigentlich nicht ein Erkenntniszwecken dienender Vergleichsvorgang, sondern die Argumentation mit einem behaupteten Vergleichsergebnis.

Daher sollen im Folgenden die Begriffe „verfassungsvergleichende Argumentation“ oder „verfassungsvergleichende Argumente“ verwendet werden, um den Verweis auf fremdes Verfassungsrecht in der Entscheidungsbegründung zu beschreiben. Eine erste Annäherung an diese argumentative Funktion des Verweises auf fremdes Verfassungsrecht kann durch die Betrachtung der verfassungsvergleichenden Erwägungen in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erfolgen.

2. Verfassungsvergleichende Argumente in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Um einen Eindruck von der Verwendung verfassungsvergleichender Argumentation in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichtes zu erlangen, kann auf empirische Untersuchungen zurückgegriffen werden, welche relevante Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts umfassend oder punktuell untersucht haben¹⁷⁷. Eine besonders umfassende und aktuelle empirische Untersuchung der verfassungsvergleichenden Argumentation durch das

auch den Typ der wirklichen Verfassung, nach dem Maß persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit, dem, Niveau von Kultur, Zivilisation, Industrialisierung usw.“

¹⁷⁵ *Bernhard Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 31: "Wir erkennen uns selbst im fremden Spiegel" Für die wissenschaftlich betriebene Verfassungsvergleichung siehe *Bernd Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2006, S. 29: „Verfassungsvergleichung führt damit zum einen besseren Verständnis der heimischen Rechtsordnung, schafft aber zum anderen auch eine die nationale Introvertiertheit aufbrechende, wohltuende Distanz zum eigenen Recht.“

¹⁷⁶ Vergleiche etwa *Karl-Peter Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, *Die öffentliche Verwaltung* 52 1999, 1017, S. 1020; *Heiko Sauer*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 194, S. 195; siehe auch *Brun-Otto Bryde*, Warum Verfassungsvergleichung?, *Jahrbuch des Öffentlichen Recht der Gegenwart* 64 (2016), 432, 434 ff. mit der Einschätzung, das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht ignoriere die durch Verfassungsvergleichung zu erzielenden Einsichten.

¹⁷⁷ *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009; *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018; *Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 99 1974, 193.

Bundesverfassungsgericht hat zuletzt *Martini* veröffentlicht¹⁷⁸. Auf der Grundlage der Ergebnisse seiner empirischen Untersuchung der Bände (von Band 1 bis Band 131) der Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf komparative Erwägungen hat er eine Kategorisierung der Verwendungsweisen verfassungsvergleichender Erwägungen durch das Gericht vorgenommen. Für die Zwecke dieser Untersuchung ist seine Kategorisierung aufschlussreich, weil sie an der argumentativen Funktion der unterschiedlichen Verwendungsweisen fremder Rechtsmaterialien in der Entscheidungsbegründung ausgerichtet ist. Zugleich soll nachfolgend durch die Auseinandersetzung mit seiner Kategorisierung aufgezeigt werden, welche Verwendungsweisen den Gegenstand dieser Untersuchung bilden.

a. Ein Überblick über die Auseinandersetzung des Bundesverfassungsgerichts mit fremdem Verfassungsrecht

Martini unterscheidet die „Orientierungsfunktion“, unterteilt in die drei Unterkategorien „Affirmation“, „Illustration“ und „Kontrastierung“, die „Konkretisierung von Prinzipien“, den „Implementationsabgleich“ und die „Einordnung in bestehende Konsense“ als Funktionen der verfassungsvergleichenden Argumentation durch das Bundesverfassungsgericht¹⁷⁹. Diese Kategorisierung trifft er danach, welche argumentative Funktion die verfassungsvergleichenden Argumente als Bestandteile der Entscheidungsbegründung erfüllen.

Wenn *Martini* von der „Orientierungsfunktion“ verfassungsvergleichender Argumentation spricht, meint er die *nach außen dargestellte* Orientierung an fremden Rechtsmaterialien im Wege der Abgrenzung von einer fremden Meinung oder der bestätigenden Bezugnahme auf fremde Meinungen. Stelle sich die Bezugnahme auf die Rechtslage in einem oder mehreren anderer Staaten als Bestärkung eines bereits gefundenen Interpretationsergebnisses dar, handele es sich um einen Fall der Affirmation¹⁸⁰.

Die Kategorie der *Kontrastierung* betrifft hingegen die bewusste Abgrenzung von den Lösungen anderer Verfassungsordnungen unter Hervorhebung der Besonderheiten des eigenen Verfassungsrechts¹⁸¹. *Martini* ist der Ansicht, die Abweichung von der in einer Mehrheit der Staaten gefundenen anderen Lösung oder Rechtsmeinung könne die Argumentationslast für die eigene Lösung erhöhen, sodass die Individualität der eigenen Verfassungsordnung besonderer Begründung bedürfe¹⁸². Als Unterfall der Kontrastierung benennt er den Erst-Recht-

¹⁷⁸ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018.

¹⁷⁹ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 126 ff.

¹⁸⁰ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 127.

¹⁸¹ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 137 ff.

¹⁸² *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 138 ff. *Martini* zufolge sei bei der kontrastierenden Nutzung verfassungsvergleichender Argumentation eine Nähe zur systematischen Auslegung er-

Schluss, bei dem etwa strenge Regelungen in anderen Verfassungsordnungen als Argument für die Vereinbarkeit einer im Vergleich weniger strengen Regelung im eigenen Verfassungsrecht genutzt wird.

Als weitere Verwendungsweise verfassungsvergleichender Argumentation in der Kategorie der Orientierungswirkung wird die Illustration benannt. *Illustrierend* würden verfassungsvergleichende Argumente herangezogen, wenn Aussagen über die Rechtslage in anderen Staaten nicht direkt zur Bestätigung der eigenen Interpretation oder zur Abgrenzung von einer fremden Interpretation genutzt würden, sondern einen Hinweis auf verschiedene Lösungsmöglichkeiten in verschiedenen Rechtsordnungen gäben¹⁸³. So könnten Regelungsalternativen aus anderen Verfassungsordnungen aufgeführt werden¹⁸⁴.

Die *Einordnung in bestehende Konsense* – hinsichtlich der Lösung eines äquivalenten rechtlichen Problems – erfolgt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Bezug auf unterschiedliche Konsensgruppen¹⁸⁵. Den weitesten Bezugspunkt wählt das Gericht bei dem Verweis auf einen *universellen Konsens*, in Bezug auf den keine weitere Einschränkung hinsichtlich einbezogener Staaten erfolgt; ähnlich weit ist die – behauptete – „qualifizierte Universalität“¹⁸⁶ einer rechtlichen Lösung, hinsichtlich derer nur die Rechtslage in bestimmte Kriterien erfüllenden Staaten Beachtung findet. In anderen Fällen verweist das Gericht nicht dem Begriff nach auf einen Konsens, sondern auf eine *Mehrheitsmeinung* innerhalb einer Referenzgruppe: auf die „meisten Staaten“, die „meisten Kulturstaaten“, die „meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften“, die „Mehrzahl der Länder“, die „Mehrzahl repräsentativer Demokratien“, die „Mehrheit der Mitgliedstaaten“¹⁸⁷. Durch den Verweis auf einen Konsens oder eine Mehrheit wird eine korrespondierende eigene Meinung argumentativ vorbereitet und der Verweis somit bekräftigend genutzt.

Die von *Martini* beschriebene Kategorie des *Implementationsabgleichs* erfasst Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht, etwa bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung, auf die Erfahrungen anderer Staaten (z.B. mit ähnlichen gesetzlichen Regelungen) Bezug nimmt¹⁸⁸. Erfahrungen aus fremden Rechtsordnungen können beispiels-

kennbar, welche bei der Verfassungsvergleichung rechtsordnungsübergreifend erfolge. Diese Parallele ergibt erklärt sich aus seiner Annahme, in verfassungsrechtlichen Fragen gebe es inzwischen einen rechtsordnungsübergreifenden juristischen Meinungsstand, auf welche auf S. 158 ff. noch genauer einzugehen sein wird.

¹⁸³ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 136 f.

¹⁸⁴ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 133 ff.

¹⁸⁵ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 161 ff.

¹⁸⁶ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 161 f.

¹⁸⁷ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 163 ff.

¹⁸⁸ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 151 ff.

weise als Argument für oder gegen die Eignung einer Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung herangezogen werden. In den Blick genommen wird hierbei nicht die Interpretation fremder Verfassungsnormen durch die Akteure der dortigen Rechtspraxis, sondern die tatsächlichen Auswirkungen einer ausländischen gesetzlichen Regelung in der fremden Verfassungsordnung werden zu den möglichen Auswirkungen einer Regelung im nationalen Recht ins Verhältnis gesetzt. Die Bewertung solcher tatsächlichen Auswirkungen würde naturgemäß weniger rechtliche als vielmehr soziologische, kriminologische oder auch wirtschaftswissenschaftliche Betrachtungen erfordern. Derartige Erwägungen oder Bezugnahmen auf entsprechende Untersuchungen finden sich in den Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht. Die Argumentation mit fremden Erfahrungen behauptet beobachtbare Tatsachen und ist daher ihrer Natur nach empirisch¹⁸⁹.

In einer Reihe von Entscheidungen zieht das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsvergleichung nach *Martini*s Beobachtung im Rahmen der *Konkretisierung von Verfassungsrecht* heran¹⁹⁰. Als Beispiele für diese Kategorie benennt er äußerst bedeutende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wie etwa die Lüth-Entscheidung, das Lissabon-Urteil sowie den Brokdorf-Beschluss. Ein Beispiel für diese Kategorie bildet die Fraport-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in welcher die dogmatische Figur des „*public forum*“ aus der kanadischen und amerikanischen Verfassungsrechtsdogmatik in die deutsche Dogmatik übernommen und inhaltlich an diese angepasst werde, was *Martini* als „Leitbildtransfer“ bezeichnet¹⁹¹. In der Entscheidungsbegründung findet eine Auseinandersetzung mit der Begriffsbedeutung in der kanadischen oder amerikanischen Dogmatik dabei nicht statt. Dennoch nehme das Bundesverfassungsgericht durch die Zitierung der beiden fremden Verfassungsgerichte deren Autorität für die eigene Entscheidung in Anspruch. Das Bundesverfassungsgericht argumentiere „rechtlich mit der Ausrichtung an bereits vorgenommenen Konkretisierungen“¹⁹². Entscheidend für diese Kategorisierung ist bei *Martini*, dass der Verweis auf fremde Entscheidungen oder sonstige fremde Rechtsmaterialien bei der Auslegung der Verfassung herangezogen werde.

¹⁸⁹ Wie *Martini* zu bedenken gibt, erfolgt die Argumentation mit solchen Tatsachen aber auf der Grundlage einer subjektiven Auswahlentscheidung hinsichtlich der Kategoriebildung und der Auswahl des Vergleichsgesichtspunktes *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 158 f.

¹⁹⁰ Die besondere Häufigkeit der Heranziehung bei der Ausformung grundrechtlicher Garantien stellt auch Cardenas Paulsen fest. Siehe *Aura María Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 79 ff.

¹⁹¹ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 146 ff.

¹⁹² *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 146.

Die vorstehend aufgezeigte Kategorisierung der Verwendungsweisen verfassungsvergleichenden Argumentation durch das Bundesverfassungsgericht wird durch andere Studien zur verfassungsvergleichenden Argumentation untermauert, welche in der Sache vielfach übereinstimmende Verwendungsweisen feststellen¹⁹³. Die Festlegung der Kategorisierung hat die Verfasserin zudem anhand der von *Martini* zitierten Entscheidungen nachvollzogen. Sie wird daher als empirischer Ausgangspunkt dieser Untersuchung zugrunde gelegt.

b. Der Verweis auf fremdes Recht als rechtliches Argument bei der Verfassungsinterpretation

Weil diese Untersuchung darauf abzielt, die hinter der Diskussion über die judikative Verfassungsvergleichung stehenden Prämissen zur Verfassungsinterpretation und der Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zu korrigieren, bilden nur solche vergleichenden Erwägungen den Untersuchungsgegenstand, die ein Argument im Rahmen der Verfassungsinterpretation darstellen. Die in die zuvor beschriebenen Kategorien der Orientierungsfunktion, der Konkretisierung von Verfassungsprinzipien und der Einordnung in bestehende Konsense fallenden Verwendungsweisen können für den Gegenstand dieser Untersuchung grundsätzlich relevant sein, soweit sie durch das Bundesverfassungsgericht als Argument für eine bestimmte Interpretation der Verfassung herangezogen werden. Dies ist dann anzunehmen, wenn in der Entscheidungsbegründung erkennbar wird, dass das Bundesverfassungsgericht den in Bezug genommenen Rechtsmaterialien Relevanz für die Interpretation des Grundgesetzes zuspricht.

Die behauptete Relevanz für die Verfassungsinterpretation wird maßgeblich am Standort des Verweises innerhalb der Entscheidungsbegründung erkennbar. Daran also, ob der Verweis im Zusammenhang mit der Darstellung der Gründe für das Interpretationsergebnis des Gerichtes erfolgt. Dies ist etwa der Fall, wenn sich an die Feststellung, dass das Demokratieprinzip zwei Lesungen im Parlament nicht erforderlich mache, der Hinweis anschließt: „*Auch das französische Verfassungsrecht kennt nicht mehr als zwei Lesungen (Art. 57 und 58 des „Reglement de*

¹⁹³ Die Kategoriebildung wird jedoch erkennbar durch das Untersuchungsziel beeinflusst. *Cardenas Paulsen* bildet etwa bei dem Ziel, die Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode im öffentlichen Recht näher zu umreißen, die Kategorien der universalistischen, dialogischen, genealogischen und kommunitaristischen *Auslegung*, bezieht also Verweise empirischer Natur (bei *Martini* der Implementationsabgleich) in ihre Auswertung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht ein. In der Sache beschreibt sie unter Hinzunahme von Beispielen aus der Jurisprudenz des Bundesverfassungsgerichts die Heranziehung fremder Rechtsmaterialien zur Affirmation – bei *Cardenas*: Heranziehung als „Vorbild“ – (universalistisch, dialogisch und genealogisch), der Kontrastierung (dialogisch und des Verweises auf universelle Konsense zugleich mit der Feststellung, dass dabei nicht tatsächlich alle Rechtsordnungen einbezogen werden (universalistisch). Siehe zu den von ihr festgestellten "Auslegungsmethoden" des Bundesverfassungsgerichts *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 121 ff. Die von *Martini* festgestellten Verwendungsweisen werden auch durch die Untersuchung von *Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, Archiv des öffentlichen Rechts 99 1974, 193, S. 218 ff. bestätigt.

l'Assemblée Nationale“ 3e Edition, Juin 1951).¹⁹⁴“ Das Gericht behauptet damit implizit die Übereinstimmung der Bedeutung des französischen und des deutschen Demokratieprinzips, was bereits ein Vergleichsergebnis darstellt. Nur unter dieser Prämisse der Übereinstimmung gewinnt die Anzahl der Lesungen in der *Assemblée Nationale* Relevanz für die Anzahl der Lesungen im Bundestag.

Einen besonders bekannten Fall verfassungsvergleichender Erwägungen, der auch nach dem Untersuchungsziel Relevanz erlangt, stellt die folgende Passage der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dar:

„Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (Cardozo). Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat ergibt sich, dass es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts der Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen.“¹⁹⁵

Hier werden eine Passage der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerechte sowie ein Zitat des US Supreme Court Richters Cardozo aus dessen Sondervotum zu der Entscheidung *Palko v. Connecticut* aus dem Jahr 1937¹⁹⁶ für die Hervorhebung der grundlegenden Bedeutung der Meinungsfreiheit herangezogen. Das Bundesverfassungsgericht nutzt also den Verweis auf die grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit im französischen Verfassungsrecht und der Meinungsfreiheit im US-amerikanischen Verfassungsrecht als Argument für die gleichermaßen hohe Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht. Die grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit dient dem Bundesverfassungsgericht als ein wesentliches Argument für die Wechselwirkungstheorie, nach der die allgemeinen Gesetze „in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden [müssen], dass der

¹⁹⁴ BVerfGE 1, 144, 151 (1952) – *Gesetzesinitiativen*.

¹⁹⁵ BVerfGE 7, 198, 208 (1958) – *Lüth*.

¹⁹⁶ Vgl. Benjamin N. Cardozo, *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327, (1937).

besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muss, auf jeden Fall gewahrt bleibt“¹⁹⁷. Da der „besondere Wertgehalt“ anhand der beschriebenen Verweise belegt wird, wird zumindest implizit die Relevanz des fremden Verfassungsrechts für die eigene Verfassung behauptet. Dies jedenfalls, geht man davon aus, dass ein naturrechtlicher Kerngehalt an Menschenrechten nicht besteht, was den noch zu begründenden Prämissen dieser Untersuchung entspricht. Ebenso ein Argument im Rahmen der Verfassungsinterpretation stellt es dar, wenn das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem Hinweis abstützt, auch der italienische Verfassungsgerichtshof habe die Vereinbarkeit mit der italienischen Verfassung bestätigt¹⁹⁸.

Nicht einbezogen werden sollen zunächst solche Fälle verfassungsvergleichender Argumentation, die sich als empirisch bezeichnen lassen. Zu den empirischen Vergleichen zählen solche Verwendungsweisen verfassungsvergleichender Argumentation, bei denen auf die *Erfahrungen* fremder Verfassungsordnungen, nicht auf fremdes Verfassungsrecht, die Bedeutung fremder Verfassungsprinzipien, Bezug genommen wird. So bezieht sich die Kategorie des Implementationsabgleichs auf die Bewertung der tatsächlichen Folgen gesetzlicher Regelungen oder auf die Auswirkungen bestehender Regelungsalternativen in anderen Staaten. Solche Verweise kommen etwa zum Einsatz, wenn die Zweckmäßigkeit einer Regelung innerhalb der deutschen Rechtsordnung bewertet werden soll, zu der keine eigenen Erfahrungen bestehen.

In gleicher Weise wie die Erfahrungen aus fremden Rechtsordnungen können etwa die Erfahrungen mit landesrechtlichen Regelungen die Grundlage einer Prognose der Folgen einer ähnlichen bundesrechtlichen Regelung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden. Empirische Argumente setzen zudem keine im engeren Sinne rechtlichen Erwägungen voraus. Um die Relevanz fremder Erfahrungen für eigene Prognosen hinsichtlich der möglichen Auswirkungen rechtlicher Regelungen zu begründen, bedarf es vorrangig der Feststellung der Ähnlichkeit der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Strukturen zweier Staaten. Dient die Bezugnahme auf fremdes Verfassungsrecht allein dem Aufzeigen alternativer Lösungsmöglichkeiten, muss zudem allein dargestellt werden, dass diese der Lösung eines ähnlichen Problems dienen. Das Bundesverfassungsgericht behauptet bei dieser Art der Einbeziehung frem-

¹⁹⁷ BVerfGE 7, 198, 208 (1958) – *Lüth*.

¹⁹⁸ BVerfGE 45, 187, 259 (1977) – *Lebenslange Freiheitsstrafe*.

der Rechtsmaterialien nicht die Relevanz fremden Rechts für die Interpretation der eigenen Verfassung. Wie gesehen bildet jedoch gerade diese Behauptung den Kernpunkt der rechtspositivistisch geprägten Kritik an judikativer Verfassungsvergleichung. Empirische Argumente sind daher aus einer rechtspositivistischen Position heraus zulässig¹⁹⁹.

Bei der empirischen Argumentationsweise stützt das Bundesverfassungsgericht stattdessen die eigene Prognose faktischer Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung auf Erfahrungen anderer Staaten mit ähnlichen Regelungen. Aus diesem Grund finden sich derartige Bezugnahmen auf fremdes Recht nicht im Maßstäbeteil der Entscheidungsbegründung, sondern kommen erst bei der Bewertung der konkreten (geplanten) Regelung zum Einsatz. Wie bereits dargestellt, nutzt das Bundesverfassungsgericht solche Bezugnahmen beispielsweise im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen. Hinzu kommt, dass für die Beurteilung der Anforderungen an empirische Argumente eine soziologische Betrachtung notwendig wäre, welche aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive nicht zuverlässig erfolgen kann.

Ein Beispiel für eine in diesem Sinne empirische Argumentationsweise bildet der Verweis auf Erfahrungen mit der Niederlassungsfreiheit von Apothekern in der Schweiz im Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts²⁰⁰. Das Bundesverfassungsgericht hatte zu prüfen, ob ein auf eine Regelung des bayrischen Apothekengesetzes gestütztes Verbot für den Beschwerdeführer, eine Apotheke in einer bayrischen Gemeinde zu errichten, diesen in seiner Berufsfreiheit verletzte. Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der relevanten Regelung des bayrischen Apothekengesetzes legte das Gericht insbesondere die Erfahrungen der Schweiz seiner Bewertung der gesetzgeberischen Einschätzung zugrunde, dass durch den Wegfall von Niederlassungsbeschränkungen im bayrischen Apothekenrecht Gefahren für die Volksgesundheit – deren Schutz einen legitimen Zweck darstellen könne – begründet würden²⁰¹. Das Ausblei-

¹⁹⁹ José Martinez, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 160; *Christan Walter*, Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte: Überlegungen zur Rechtsvergleichung als Methode im öffentlichen Recht, Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, 205, S. 218.

²⁰⁰ BVerfGE 7, 377 (1958) – *Apotheken*.

²⁰¹ BVerfGE 7, 377, 415 (1958) – *Apotheken*. Das Gericht führt dazu aus: „Das Gericht hat zunächst nicht an der Tatsache vorbeigehen können, daß in anderen, der Bundesrepublik Deutschland zivilisatorisch vergleichbaren Staaten volle Niederlassungsfreiheit besteht, ohne daß deshalb von einer Gefährdung der Volksgesundheit durch Mängel der Arzneiversorgung ernstlich die Rede sein könnte. Im einzelnen mögen die Verhältnisse in mancher Hinsicht verschieden sein. Doch gibt es - jedenfalls in Europa - überall den wissenschaftlich vorgebildeten Apotheker als besonderen Stand mit strengen Berufspflichten, die Apotheke als "Offizin" mit vorgeschriebener Einrichtung, die staatlich festgesetzten Preise für Arzneimittel (Arzneitaxe). Die Verbrauchsgewohnheiten der Bevölkerung sind nicht nennenswert verschieden; überall nimmt die Rezeptur zugunsten der fertig verpackten Erzeugnisse der pharmazeutischen Industrie ab, überall besteht eine gewisse Konkurrenz der Drogerien und ande-

ben negativer Folgen für die Volksgesundheit in der Schweiz, welche sich auf die Niederlassungsfreiheit der Apotheker in diesem Staat zurückführen ließen, verwendete das Gericht als Argument gegen das Entstehen solcher Gefahren bei Wegfall von Niederlassungsbeschränkungen im deutschen Apothekenrecht, mit welchem das schweizerische Recht „besonders viele Gemeinsamkeiten“ aufweise²⁰².

Nicht in den Gegenstand dieser Untersuchung einbezogen sind Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht nur verfassungsvergleichende Erwägungen des Beschwerdeführers oder -gegners oder im Falle einer Urteilsverfassungsbeschwerde diejenige des entscheidenden ordentlichen Gerichts oder Verwaltungsgerichts wiedergibt, ohne sie der eigenen Entscheidung in erkennbarer Weise zugrunde zu legen²⁰³. Zwar mag es sich in solchen Fällen um – gerade auch judikative – verfassungsvergleichende Argumentation handeln, den Untersuchungsgegenstand bildet aber nur die eigene Argumentation des Bundesverfassungsgerichts.

Nicht in jedem Fall der Bezugnahme auf eine fremde Verfassungsordnung im Rahmen der Erwägungen hinsichtlich der Interpretation des Grundgesetzes liegt aber ein verfassungsvergleichendes Argument. Insbesondere für die von *Martini* benannten Fälle des illustrierenden Verweises auf die fremde Verfassungsordnungen kann festgestellt werden, dass sie sich häufig nicht auf die eigentliche Verfassungsinterpretation beziehen. Dies etwa, wenn der Verweis auf die besondere Kompetenzfülle des Bundesverfassungsgerichts im internationalen Vergleich als Argument dafür genutzt wird, dass die Prüfungskompetenz des Verfassungsgerichts im Organstreitverfahren – speziell im Falle des Streits über die Auflösung des Bundestages nach Art. 68 GG – nicht dem Prinzip der Gewaltenteilung widerspreche²⁰⁴. Der Stellung nati-

rer Verkaufsstellen. **Aufschlußreich war für das Gericht vor allem das Beispiel der Schweiz, deren Apothekenwesen - wenigstens im deutschsprachigen Gebiet - besonders viele Gemeinsamkeiten mit dem deutschen aufweist.** Die beiden Schweizer Sachverständigen haben bei ihrer eingehenden Schilderung auf diese und jene Mängel im Schweizer Apothekenwesen hingewiesen, die übrigens zum Teil mit der topographischen Eigenart des Landes zusammenhängen. **Würdigt man aber ihre Ausführungen im ganzen, so kann keine Rede davon sein, daß die Niederlassungsfreiheit in der Schweiz eine Lage herbeigeführt hätte, durch die gefährliche Schäden für die Volksgesundheit entstanden oder für die Zukunft zu befürchten wären.**“ (*Hervorhebungen durch die Verfasserin*)

²⁰² BVerfGE 7, 377, 415 (1958) – *Apotheken*.

²⁰³ Siehe für einen solchen Fall etwa: BVerfGE 113, 154, 157 (2005) – *Lebenslange Freiheitsstrafe*. Hier gibt das Bundesverfassungsgericht die Argumentation Oberlandesgerichts wieder, die sehr strenge Anwendung des Rechtsstaatsprinzips im deutschen Verfassungsrecht entspreche nicht „dem Verständnis vieler anderer Staaten und gehöre auch nicht zu den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen unserer öffentlichen Ordnung“. Das Oberlandesgerichts hatte so begründet, dass es dem Rechtsstaatsprinzip (als Prinzip des deutschen Verfassungsrechts) nicht widerspreche, dass in den USA (in die der Beschwerdeführer ausgeliefert werden sollte) die Möglichkeit der Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung nicht bestehe, weil es die Möglichkeit einer Begnadigung oder Strafumwandlung gebe.

²⁰⁴ So BVerfGE 114, 121, 159 (2005) – *Bundestagsauflösung III.*: „Das Grundgesetz räumt dem Verfassungsgericht und der Verfassungsgerichtsbarkeit eine starke Stellung ein. Im internationalen Vergleich sind die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts weit bemessen (vgl. Tomuschat, Das Bundesverfassungsgericht im Krei-

onaler Verfassungsgerichte in anderen Verfassungsordnungen wird hier keine direkte Relevanz für die Interpretation des Grundgesetzes beigemessen. Dies verdeutlicht bereits, dass eine direkte Korrelation zwischen der im Vergleich zu anderen nationalen Verfassungsgerichten starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts und dem Ergebnis der Interpretation, dass im Falle des Organstreitverfahrens „allein dort, wo verfassungsrechtliche Maßstäbe für politisches Verhalten normiert sind“ eine Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts bestehe, nicht erkennbar ist²⁰⁵.

Ebenfalls nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind zudem Fälle verfassungsvergleichender Argumentation, die sich auf Bestimmungen von durch Deutschland ratifizierten völkerrechtlichen Menschenrechtskatalogen oder entsprechender Entscheidungen inter- oder supranationaler Gerichte zur Auslegung dieser Verträge beziehen. So ist etwa der Verweis auf die Bedeutung des Begriffs des „politischen Flüchtlings nach der Genfer Konvention“ unter dem Hinweis, dass das subjektive Recht eines Ausländers auf Asyl „sowohl nach einfachem als auch nach Verfassungsrecht davon [abhänge], wie der Begriff ‚politisch Verfolgter‘“ nach der Genfer Konvention zu bestimmen sei, nicht vom Untersuchungsgegenstand erfasst²⁰⁶. Wie die Überlegungen im vorausgehenden Abschnitt gezeigt haben, wird durch die klassische Methodenlehre die Legitimation solcher Erwägungen durch das Bundesverfassungsgericht aufgrund der Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes anerkannt.

Zusammenfassend bildet den Gegenstand dieser Untersuchung der Verweis auf das Verfassungsrecht einzelner oder mehrere fremder nationaler Verfassungsordnungen sowie auf einzelne oder mehrere Entscheidungen nationaler Verfassungsgerichte. Im Laufe der Untersuchung wird sich zeigen, dass sich diese Verweise als *Verweise auf fremde Autoritäten* charakterisieren lassen.

se anderer nationaler Verfassungsgerichte, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 245 ff.)“

²⁰⁵ So BVerfGE 114, 121, 160 (2005) – *Bundestagsauflösung III*.

²⁰⁶ So BVerfGE 54, 341, 356 (1980) – *Religiöse Verfolgung*; Martini will dies hingegen als Fall der Kategorie der „Illustration“ begreifen, vgl. *Stefan Martini, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 136.

B. Prämissenaustausch I: Rechtsherstellung in einem realistischen Rechtsverständnis

Ein realistisches Rechtsverständnis muss die Realität der Bedeutungsherstellung in der Rechtspraxis und deren Regeln anerkennen. Dies erfordert zunächst, die in der juristischen Methodenlehre häufig unreflektiert übernommenen Prämissen eines rechtspositivistischen Verständnisses richterlicher Norminterpretation offenzulegen. Denn ein kontrafaktisches „Denken der Invarianz“, welches sprachlichen Begriffen im Sinne der Begriffsjurisprudenz²⁰⁷ feste Bedeutungen zuschreiben wollte, ist trotz des Überganges zur Wertungsjurisprudenz, weiterhin als stillschweigende Grundannahme normativer Argumentationstheorien spürbar. Die pragmatische Dimension der Sprache findet in diesen wenig Beachtung²⁰⁸. Der Rückgriff auf die Regeln der Logik als Vorgaben für die richterliche Entscheidungsfindung soll deren Bedeutungsstabilität trotz der bekanntermaßen unsicheren sprachlichen Entscheidungsgrundlagen absichern. Dabei wird aber übersehen, dass die Logik selbst Invarianz nicht herstellen kann, sondern die Invarianz ihrer Prämissen voraussetzt, welche beispielsweise im mathematischen Sprachgebrauch vorliegt, im juristischen hingegen nicht erreicht werden kann²⁰⁹.

Technische und gesellschaftliche Neuerungen können weder vom Gesetzgeber noch von den an der Entstehung des Rechtsstoffes beteiligten Gerichten vorhergesehen werden und verlangen daher eine stetige Fortentwicklung des Rechts. Die notwendigerweise abstrakte Formulierung von Verfassungsnormen macht die logische Ableitung einer Lösung aus der Verfassung noch offenkundiger unmöglich, als dies allein schon aufgrund ihrer sprachlichen Verfasstheit auch bei anderen Normen der Fall ist. Gerade dem Verfassungsrecht entspricht es daher das Recht als offenes, flexibles System zu begreifen und die juristische Entscheidungstätigkeit als problemzentriertes Denken anzuerkennen.

Die hier beschriebenen Einsichten sind freilich nicht neu - innerhalb der Rechtstheorie haben sich seit den 1950er Jahren verschiedene Strömungen entwickelt, deren Erkenntnisse einem realistischen Rechtsverständnis dienen können, da sie sowohl die Subjektivität jeder Interpretation als auch die damit verknüpfte Offenheit des Rechts für eine Modifikation gesellschaft-

²⁰⁷ Mit einer prägnanten Zusammenfassung hierzu *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 109 ff. Dieser beschreibt das Merkmal der Begriffsjurisprudenz in der Idee eines geschlossenen Systems rechtlicher Begriffe sowie der Möglichkeit der Rechtsfindung im Wege logischer Deduktion aus diesem System in jedem Einzelfall.

²⁰⁸ *Dieter Horn*, *Topik als offenes Kommunikationssystem*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 141 passim.

²⁰⁹ *Dieter Horn*, *Topik als offenes Kommunikationssystem*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 141, S. 151 f.; zur Unzulänglichkeit logischer Schlüsse für die praktische juristische Entscheidungstätigkeit siehe noch S. 89 ff.

licher Werte reflektieren (I.). Zu diesen sind insbesondere die Neue Juristische Hermeneutik, die Topik und die rhetorische Rechtstheorie sowie in jüngerer Zeit der Sozialkonstruktivismus zu zählen. Unter kritischer Auseinandersetzung mit diesen Theorieansätzen, soweit für diese Untersuchung erforderlich, sollen im Folgenden die wesentlichen Elemente eines realistischen Rechtsverständnisses erarbeitet werden. Dabei besteht nicht der Anspruch, eine umfassende rechtstheoretische Würdigung vorzunehmen. Vielmehr liegt der Fokus dieses Abschnittes auf denjenigen Aspekten der einzelnen Theorien, welche – unter Verknüpfung miteinander – die theoretische Grundlage der Erfassung der gerichtlichen Entscheidungspraxis bilden können. Aufgrund seiner soziologischen Ausrichtung auf die Realität institutioneller Rechtsproduktion bietet der Sozialkonstruktivismus dabei die wesentliche Grundlage für die Verknüpfung der übrigen Ansätze zu einem realistischen Rechtskonzept. Denn mit seiner Hilfe kann aufgezeigt werden, dass Subjektivität keinesfalls Bindungslosigkeit bedeutet.

Die Einsicht, dass die Bedeutung rechtlicher Normen stets erst in der Rechtspraxis hergestellt wird, macht eine Neubewertung der Gesetzesbindung der Judikative erforderlich (II.). Die Vorstellung, der Gesetzestext als solcher könne die richterliche Entscheidungstätigkeit steuern, kann nicht aufrechterhalten bleiben. Daraus folgt jedoch nicht etwa die Aufgabe der Gesetzesbindung, wohl aber ihre Relativierung. Der realistische Blick auf den juristischen Diskurs zwingt hingegen zur Aufgabe des Ziels, objektive Kriterien für die Vernünftigkeit juristischer Entscheidungen festzulegen (III.). Die Rechtspraxis bestimmt selbst, wann eine Entscheidung richtig ist. Weder die Fiktion eines Konsenses noch der Glaube an den „zwanglosen Zwang des besseren Arguments“ sind überzeugend Rationalitätskriterien. Die Selbstreferentialität des juristischen Diskurses muss jeden Versuch zunichtemachen, außerhalb des Diskurses stehende Maßstäbe für die Richtigkeit seiner Ergebnisse festzulegen.

I. Die Entstehung des „gelebten Rechts“ in der Rechtspraxis

Ausgangspunkt eines realistischen Rechtsverständnisses ist die Einsicht, dass das von den Gerichten praktizierte Recht – also das in der Rechtspraxis *gelebte Recht* – sich in seinen aktuellen Inhalt fortlaufend verändert. Es existiert als „law in action“ im Gegensatz zum „law in the books“ in der gesellschaftlichen Wirklichkeit als soziale Praxis²¹⁰. Damit wird der Rückbezug des Rechts auf jegliche außerhalb des Rechtsdiskurses stehende Autorität aufgegeben.

²¹⁰ Dieses Begriffspaar hat geprägt *Roscau Pound*, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44 (1910), 12, S. 12 ff.; zu diesem Konzept *Martin Morlok*; *Ralf Kölbl*; *Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 (2000), 15

Das Recht ist nach dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Rechtsverständnis auf sich selbst gestellt. Diese logische Folge des Verzichtes auf einen transzendenten Maßstab wie überpositive Rechtssätze, die Vernunft oder den Diskurs, wird von der hergebrachten juristischen Methodenlehre bisher vermieden²¹¹.

Ein solches Rechtsverständnis setzt die Anerkennung der geringen Steuerungsfähigkeit von Gesetzestexten, der Subjektivität jeder Interpretation, der Eingebundenheit des Interpreten in den Sprachgebrauch der Rechtspraxis ebenso wie der Tatsache voraus, dass die Bedeutung von Rechtsnormen in der Rechtspraxis konstruiert und nicht einem Normtext entnommen wird. Diese Prämissen können auf Grundlage der Erkenntnisse der zuvor benannten Theorien erläutert werden.

1. Vorverständnis und „Hin- und Herwandern des Blickes“ – Einsichten der Hermeneutik

Durch die Verbindung der Erkenntnisse der Topik und der Hermeneutik, wie sie vor allem *Esser* in seinem Standardwerk Grundsatz und Norm vornimmt, werden in Form der Anerkennung des Einflusses des Interpreten auf die Normbedeutung und der Entwicklungsoffenheit des Rechts wesentliche Voraussetzungen eines realistischen Rechtsverständnisses geschaffen. Auch die hergebrachte Methodenlehre entfernt sich von Vorstellungen des Richters als Subsumtionsautomat wie sie der Begriffsjurisprudenz zugrunde lagen. Dennoch zeigt sich insbesondere am unbeirrten Festhalten an der Wortlautauslegung, dass in sie sich von der Vorstellung einer an sich ermittelbaren Bedeutung sprachlich gefasster Normen nicht löst²¹².

Schon die der juristischen zugrundeliegende philosophische Hermeneutik liefert aufbauend auf der Erkenntnis mangelnder Steuerungsfähigkeit der Sprache für ein realistischeres Rechtsverständnis bedeutende Einsichten. Sie beruht auf der Annahme, dass ein sprachlich gestalteter Text nie allein aus sich heraus verstanden werden kann. Zunächst ist die Beziehung zwischen dem Ganzen und seinen Teilen entscheidend, es kann also ein einzelner Begriff nur unter Berücksichtigung seiner Eingliederung in den Text als Ganzes, andererseits der Text aber ebenfalls nur durch die Betrachtung der einzelnen Begriffe verstanden werden. Diese als „*hermeneutischer Zirkel*“ bezeichnete gegenseitige Rückbezogenheit von Text und Begriff ist

²¹¹ Ähnlich bereits *Andreas Fischer-Lescano; Ralph Christensen*, *Auctoritas Interpositio: Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie* 44 (2015), 213, S. 231 f.

²¹² Zum Festhalten der herrschenden Methodenlehre am Wortlautargument siehe nur *Hans-Joachim Koch; Helmut Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 166; *Rolf Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 6. Aufl. 2015, S. 41.

eine Folge der Unbestimmtheit sprachlicher Ausdrücke, deren Bedeutung sich immer erst in einem spezifischen Kontext erschließt.

Die Hermeneutik geht zudem richtigerweise nicht von einer feststehenden Text- oder Begriffsbedeutung aus, sondern schreibt dem Interpreten eine aktive Rolle bei der Entwicklung dieser Bedeutung zu. Der Rechtsanwender kann nach der juristischen Hermeneutik die gesetzliche Norm stets nur ausgehend von seinem eigenen *Vorverständnis* interpretieren, welches von ihr als notwendige Grundvoraussetzung allen Verstehens identifiziert wurde²¹³. Das interpretierende Subjekt tritt an den Normtext mit einer durch seine Erfahrungen geprägten Erwartung bzw. Hypothese an das Auslegungsergebnis heran²¹⁴. Das Vorverständnis bildet somit den Ausgangspunkt der Interpretation, darf das Auslegungsergebnis aber nicht vorbestimmen, indem es zu einem *Vorurteil* veranlasst²¹⁵. Hier entsteht ein weiterer *hermeneutischer Zirkel*, da das Vorverständnis den Ausgangspunkt der Auslegung bildet, die Auslegungshypothese aber im Auslegungsvorgang modifiziert werden und dies wiederum eine Änderung des Vorverständnisses bewirken kann²¹⁶.

Die juristische Interpretation ist zudem in besonderer Weise anwendungsbezogen, denn sie dient der Beantwortung einer konkreten Rechtsfrage. Die juristische Hermeneutik geht davon aus, dass die Bedeutung einer Rechtsnorm nur durch das „*Hin- und Herwandern des Blickes*“²¹⁷ zwischen der Norm und dem ihr (hypothetisch) unterfallenden Sachverhalt ermittelt werden kann, was auf der Erkenntnis gründet, dass einer Rechtsnorm keine feststehende Bedeutung entnommen werden kann. Rechtliche Bedeutung wird – relativ auf die konkrete Anwendungssituation – in der Rechtspraxis hergestellt²¹⁸.

Die von der klassischen Hermeneutik verwendeten Begriffe des „Verstehens“ oder „Erklärens“ können den Vorgang der Interpretation aber noch nicht zutreffend beschreiben, weil in diesem die konkrete Rechtsnorm erst hergestellt wird. Zwar erkennt die Hermeneutik die subjektive Prägung der Auslegung an, geht aber nicht so weit, im Vorgang der Interpretation auch den Prozess der Herstellung des Rechts zu verstehen. Die Formel vom „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Sachverhalt und Norm verdeutlicht das Festhalten an der Idee

²¹³ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl. 1975, S. 252 ff.

²¹⁴ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl. 1975, S. 251 f. Für die juristische Auslegung vergleiche Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1. Aufl. 1995, S. 75.

²¹⁵ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl. 1975, S. 256 f.

²¹⁶ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl. 1975, S. 256-259, 270-274.

²¹⁷ So die klassische Formulierung von Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. 1963, S. 15.

²¹⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, S. 17; Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt, *Recht als soziale Praxis, Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 31.

der Verhaltenssteuerung durch den Normtext, der als eine bedeutungstragende Entität verstanden wird. Die Einsicht in die Unerlässlichkeit der Auslegung und die Situationsgebundenheit der sprachlichen Bedeutung verhilft dennoch bereits zu einer realistischeren Einschätzung der Steuerungswirkung abstrakter Normtexte.

Esser hat die Hermeneutik im Sinn eines realistischen Rechtsverständnisses weiterentwickelt, indem er von der Normkonstitution durch den Rechtsanwender ausgeht, welcher dogmatisches und „vernünftiges Denken“ zu vereinbaren habe²¹⁹. Er sieht die Bedeutung des Vorverständnisses vor allem darin, dass der Normtext nur solche Fragen beantworten kann, die vom Interpreten an den Normtext herangetragen werden, die Normbedeutung also je ausgehend von dem zu lösenden sozialen Konflikt zu ermitteln ist²²⁰. Damit wird die Subjektivität auch der als objektiv angesehenen teleologischen Auslegung verdeutlicht. Denn die Berufung auf den „Zweck der Norm“ ist die Berufung auf das eigene Verständnis vom Zweck dieser Norm²²¹. Kann die Bedeutung eines Textes stets nur in der Anwendungssituation ermittelt werden, kann ein objektiv oder subjektiv bestimmter Zweck der Norm nicht vorausgesetzt werden, vielmehr ist auch dieser immer erst herzustellen²²². Die Weite der möglichen Normbedeutungen wird durch die Anwendungsbezogenheit der Normauslegung bereits eingeschränkt, indem der Rechtsanwender mit begrenzten Lösungsmöglichkeiten an den Text herantritt²²³.

2. Die Herstellung rechtlicher Bedeutung in einem offenen System rechtlichen Wissens – Erkenntnisse der Topik

Die Anerkennung des Situations- bzw. Problembezugs der Herstellung sprachlicher Bedeutung entspricht topischen Ansätzen und pragmatisch orientierten Sprachtheorien. Die Bedeutung eines sprachlichen Zeichens ergibt sich danach immer erst in der konkreten Handlungs-

²¹⁹ Siehe insbesondere *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 132 ff. *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 132 f.

²²⁰ *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 135; *Friedrich Müller*; *Ralph Christensen*, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 2013, S. 346 ff. sprechen von der "Pragmatik der Konfliktsituationen", in denen zwischen divergierenden Bedeutungsmöglichkeiten eine ausgewählt werden und durch Argumentation belegt werden muss.

²²¹ *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 128 ff. Aus einer rechtspositivistischen Haltung heraus muss die Berufung auf den Normzweck daher als Verschleierung „richterlicher Willkür“ verstanden werden. Erkennbar wird das etwa an der Aussage *Rüthers*, die „Lippenbekenntnisse der obersten Bundesgerichte zur angeblich ‚objektiven‘ Methode (...) sowie die reale Methodenpraxis dien(t)en dazu, den von den Spruchkörpern jeweils gewünschten Ergebnissen eine scheinbar wissenschaftliche Begründung zu geben.“ Vergleiche dazu *Rüthers* die objektive Methode insgesamt als verfassungswidrige Umgehung des Gesetzesbindung des Richters verurteilenden Beitrag: *Bernd Rüthers*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristenzeitung 61 2006, 53, S. 60.

²²² Vergleiche bereits *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 174 ff.

²²³ *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 136.

oder Interpretationssituation, sie ist insofern kontextgebunden²²⁴. Sprachlich gefassten Rechtsnormen können damit keine Bedeutung enthalten, sondern nur Ausgangspunkt der Bedeutungsherstellung in der Entscheidungssituation sein²²⁵. Traditionelle juristische Hermeneutik beschäftigt sich hingegen nur mit Syntax und Semantik sprachlich verfasster Normen und blendet dabei die Pragmatik aus²²⁶.

Die Situationsbezogenheit der Sprache wieder in den Vordergrund zu rücken, ist auch ein Anliegen der rhetorischen Rechtstheorie²²⁷. Sie weist auf die weitgehende Versachlichung juristischer Begriffe durch die juristische Dogmatik hin, welche das materielle Recht als eine „gegenständliche Wirklichkeit“ erscheinen lasse²²⁸. Die Ausrichtung der richterlichen Entscheidungspraxis an dogmatischen Sätzen kann nicht geleugnet werden, darf aber nicht als bloße Anwendung dogmatisch fixierter Rechtsbegriffe auf den konkreten Sachverhalt missverstanden werden²²⁹. Das Recht kann aufgrund der stets wachsenden Pluralität der zu lösenden Konflikte – auch in seiner Praktizierung anhand dogmatischer Sätze – kein axiomatisch geschlossenes System bilden, aus welchem die Lösung schlicht abzuleiten wäre²³⁰. Dogmatisch festgelegte juristische Begriffe können daher ihrerseits nur einen Orientierungspunkt für die Bildung einer Lösungshypothese bilden, müssen aber in der konkreten Entscheidungssituation jeweils individuell interpretiert oder modifiziert werden können²³¹.

²²⁴ Als wichtigster philosophischer Grundstein für diese Erkenntnis kann die Sprachphilosophie *Witgensteins* gelten. *Witgenstein* wendet sich in seinem Spätwerk gegen die Vorstellung einer verwendungsunabhängigen Bedeutung von Sprache. Siehe dazu *Eike von Savigny*, Sprachspiele und Lebensformen: Woher kommt die Bedeutung?, in: Savigny (Hg.), Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 2011, 7, S. 7, 18-22. *Witgenstein* hat festgestellt, dass sprachliche Ausdrücke ihre Bedeutung immer ihrer Rolle in einem Sprachspiel verdanken. Ein Sprachspiel bezeichnet er als einen Verhaltensablauf, in dem Sprache und anderes Handeln miteinander verwoben sind.

²²⁵ *Ralph Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 1, S. 8 ff.; *Ralph Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 1: „Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern ein Konflikt um Bedeutungen.“ *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 42 begreift die Interpretation daher als Mittel, um "neue Verständnismöglichkeiten zu erschließen".

²²⁶ *Waldemar Schreckenberger*, Über den Zugang der modernen Logik zur Rechtsdogmatik, in: Ballweg/Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, 1982, 155, S. 157 ff.; ebenso *Friedrich Müller*; *Ralph Christensen*, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 2013, S. 346 ff.

²²⁷ *Waldemar Schreckenberger*, Über den Zugang der modernen Logik zur Rechtsdogmatik, in: Ballweg/Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, 1982, 155, S. 173

²²⁸ *Katharina Sobota*, Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen, 1990, S. 29, besonders deutlich auch 152: "Die Sachlichkeitsattitüde behauptet eine Welt, in der das Sollen als ein wahrhaft erkennbares Sein existiert und das Konkrete wie das Abstrakte, das Normative wie das Faktische zu einem innerlich logischen, konsistenten Kosmos verschmelzen."

²²⁹ Zum Zusammenspiel von dogmatischer Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bei der Erarbeitung des materiellen Rechtswissens siehe S. 98 ff.

²³⁰ *Agnes Launhardt*, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, 2005, S. 97.

²³¹ Schon aus diesem Grund müssen sich im Recht System- und Problemendenken verbinden. Dies stellt die zentrale These von *Essers* Rechtsverständnis dar, vgl. *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 161, 223, 241

In der Öffnung des Rechts für äußere Einflüsse besteht die wohl bedeutendste Leistung der Topik. Die Topik begreift das Recht als aporetischen Bereich, in dem sich absolute Richtigkeit oder Wahrheit nicht feststellen lassen, rechtliche Lösungen verbleiben daher stets im Bereich des qualifiziert Meinungsmäßigen²³². Während axiomatisch-logisches Systemdenken von dem bestehenden System ausgehen muss und zur Lösung eines neu auftretenden Problems allein auf systeminterne Prämissen zurückgreifen kann, ist das der Topik eigene Problemdenken offen für neue Prämissen, von denen ausgehend das System erweitert oder verändert werden kann²³³.

Exklusives Systemdenken ist, weil es die Deduktion aller Lösungen allein aus dem System heraus erlauben will, selektiv. Es kann keine außerhalb des Systems stehenden Prämissen aufnehmen, muss also eine *Problemauslese* durchführen; das Problemdenken der Topik ist hingegen inventiv und fordert ein neues System, wenn das bestehende das Problem nicht lösen kann, betreibt also eine *Systemauslese*²³⁴. Entgegen der Kritik, die Topik negiere jegliche Systematisierung des Rechtsstoffes²³⁵, verneint diese aber allein der Vorstellung des Rechts als komplett abgeschlossenes System. Die Idee einer umfassenden Kodifikation wurde zwar auch von der klassischen Methodenlehre aufgegeben²³⁶, jedoch geht die Idee einer in sich konsistenten und abgeschlossenen juristischen Methodenlehre letztlich von einem System aus, in dem alle Elemente der Interpretation bereits enthalten und im Verhältnis zueinander geordnet sind²³⁷.

Die topische Herangehensweise der Systemauslese wird kritisiert, weil sie die Rechtsnorm als zentralen Anknüpfungspunkt juristischer Entscheidungen verdrängt²³⁸. In einer demokratischen Verfassungsordnung wie derjenigen des Grundgesetzes verlangt das Rechtsstaatsprinzip – nach seiner aktuellen Bedeutung im gelebten Recht –, dass verbindliche juristische Ent-

²³² Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. 1974, S. 21 f.

²³³ Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 80; Zur Darstellung von in der Rechtspraxis entwickelten Grundsätzen als einem dem Gesetz immanenten Prinzip entnommen siehe Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 161 ff.

²³⁴ Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 84; Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 38; Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 104 ff.

²³⁵ Siehe zu dieser falschen Vereinfachung etwa Diederichsen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, *NJW* 1966, 679 ff.

²³⁶ Die herrschende Methodenlehre erkennt die unvermeidliche Offenheit und Unvollständigkeit des Gesetzes an, siehe nur Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 58 f.

²³⁷ So auch bereits Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 124.

²³⁸ Sehr deutlich Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, 1966, S. 58: „Zwar sind die Aufgaben rationaler Konkretisierung im Verfassungsrecht zum Teil ungleich schwieriger als in Rechtsgebieten mit konkreter und dichter gearbeiteten Normzusammenhängen; doch ist damit noch keineswegs gesagt, der hermeneutische Primat müsse von der Norm auf das Problem übergehen.“

scheidungen dem Gebot der Rechtssicherheit entsprechen²³⁹. Der Bürger und Rechtsanwender bedarf einer möglichst verlässlichen Orientierung im Recht²⁴⁰. Die ausgewählte Lösung muss darum anschlussfähig an das bestehende Sinnsystem des gelebten Rechts sein²⁴¹.

Den Inhalt rechtlicher Normen bilden zur Generalisierung ausgewählte Erwartungen, deren Enttäuschung mit Sanktionen bewährt ist²⁴². Wird die Normbedeutung durch Entscheidung zwar punktuell deutlich, kann sich aber jederzeit ändern, fehlt die notwendige Stabilität, welche die Ausrichtung der Rechtsgemeinschaft an den normativierten Verhaltenserwartungen des Rechts erst ermöglicht. Die Ergebnisse juristischer Interpretation müssen für den Rechtsanwender weitgehend erwartbar und verlässlich sein²⁴³. Der konkreten Problemlösung vorausgehende rechtliche Problemlösungen können somit nicht unbeachtet bleiben, da eine Uneinheitlichkeit der juristischen Problemlösung den sozialen und fachlichen Erwartungen an das Recht entgegenstünde. Auch problembezogenes Denken bedarf eines Ausgangspunktes in einem „gemeinsamen Verständnis“²⁴⁴.

Nur durch eine systematische Ordnung kann das Recht die ihm zukommende Funktion der Stabilisierung von gesellschaftlichen Verhaltenserwartungen effektiv erfüllen²⁴⁵. Das Recht verbringt eine Selektionsleistung, welche die Erwartbarkeit von Verhaltenserwartungen zu stabilisieren vermag. Dies jedoch nur, wenn die entscheidenden Instanzen im Recht den Inhalt der Verhaltenserwartungen in den dazu vorgesehenen Verfahren zu ermitteln vermögen.

²³⁹ Eberhard Schmidt-Aßmann, § 24 Der Rechtsstaat, in: Badura/Isensee/Kirchhof (Hg.), Grundlagen von Staat und Verfassung, 1995, 1–97, S. Rz 81–86; Peter Huber, § 6 Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, 1–113, S. Rz 46–47; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 2015, Art. 20, S. Rz 146–150.

²⁴⁰ Franz Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 325. Die Bedeutung der Rechtssicherheit als Grundlage der Planungssicherheit und damit der individuellen Freiheit der Bürger hat das Bundesverfassungsgericht bereits vielfach betont. Siehe nur BVerfGE 63, 343 (357); BVerfGE 72, 200 (257 f.); BVerfGE 97, 67 (78); BVerfGE 109, 133 (180); BVerfGE 114, 258 (300 f.).

²⁴¹ Dies klingt auch bei Esser an, wenn er nur solche Lösungen als mögliche Interpretationsergebnisse wertet, die sich in das "Ordnungssystem" einfügen, vgl. Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 136. Ähnlich auch bei Engisch: "Das Gespräch über irgendeine juristische Frage und die Dialektik der Gedankenführung muss irgendwie gesteuert sein. (...) Insbesondere gilt es, nicht nur eine Wertung gegen die andere zu stellen, einen Standpunkt gegen den anderen zu vertreten, was immerhin schon den Vorteil hat, die Bedingtheit und Relativität der eigenen Auffassung merklich zu machen. Es gilt auch, die Wertung, die sich in einem konkreten Fall vollzieht, auf ihre Tragweite hinsichtlich anderer ähnlicher Fälle abzutasten (...)." Karl Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 20 f.

²⁴² Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 100 f.

²⁴³ Morlok, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 207.

²⁴⁴ Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 41; vgl. auch Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 236 ff.

²⁴⁵ Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 24; Das Recht besteht in den Worten Luhmanns gerade aus „kongruent generalisierten normativen Verhaltenserwartungen“ einer Gesellschaft Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 99, 105.

Entgegen Ansätzen mit dem Ziel einer möglichst weitgehenden, möglichst abgeschlossenen Systematisierung des Rechtsstoffs, erkennt das hier beschriebene Rechtsverständnis den Nutzen des Konzepts eines „offenen Systems“ an, welches sich durch die Einbeziehung neuer, systemfremder Gesichtspunkte und eine stetige Anpassung des Rechtssystems auszeichnet. Denn ein der Rechtspraxis dienendes System rechtlichen Wissens muss, um eine einheitliche Entscheidungspraxis zu garantieren und gleichermaßen neuen Problemen begegnen zu können, besondere Flexibilität aufweisen²⁴⁶. Invention und Tradition wirken im gelebten Recht zusammen²⁴⁷.

3. Die Internalisierung des Rechtssinnsystems durch den Richter und der Habitus der Rechtspraxis – die sozialkonstruktivistische Perspektive

Die Verabschiedung vom Gedanken einer allein aus dem Gesetz und in diesem bereits enthaltenen Wertungen zu entnehmenden Bedeutung zwingt dazu, die subjektive Prägung jeder Auslegung anzuerkennen, darf aber nicht als Feststellung eines bloßen richterlichen Dezisionismus missverstanden werden²⁴⁸. Jedoch wird die soziale Prägung des Interpretierenden, welche die Subjektivität der Interpretation eingrenzt, dabei durch die Topik aufgrund ihrer Subjektzentriertheit nicht ausreichend in den Blick genommen²⁴⁹. Dies können sozialkonstruktivistische Erkenntnisse korrigieren, welche die Eingebundenheit jeder Interpretation in das relevante kollektive Sinnsystem aufzeigen²⁵⁰.

Die Verhaltenskoordinierung als kommunikativer Prozess, an deren Ende eine Basis gesellschaftlicher Werte steht, geht einher mit der Entstehung von Sprachgebrauchsregeln, welche das Individuum wiederum internalisiert. Der anhand vergangener sozialer Kommunikation bereits gesamtgesellschaftlich oder in einem Teilbereich konventionalisierte Sprachgebrauch dient dem Subjekt zur, wenn auch wandelbaren, Orientierung²⁵¹. Der aus der Hermeneutik entlehnte Begriff des Vorverständnisses kann mithilfe des Sozialkonstruktivismus dahinge-

²⁴⁶ Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 112.

²⁴⁷ Insofern sehr passend Thomas-Michael Seibert, *Fall, Regel und Topos*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 321, S. 334 f. : „Der Invention unterliegt die Regelformulierung am Fall, Kontrollbereich ist ein dogmatisch oder alltagsweltlich geordnetes Frageprogramm, und Inventionshilfe geben Topoi, die Regeln für bestimmte Fälle plausibel machen“.

²⁴⁸ Denn der Dezisionismus verkennt, dass der Richter in die juristische Sprachpraxis eingebunden ist, vgl. Friedrich Müller; Ralph Christensen; Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 69 f.

²⁴⁹ Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 140; Die soziale Prägung des richterlichen Vorverständnisses und die Notwendigkeit der Beachtung gesellschaftlicher Erwartungen klingen aber bei Esser bereits deutlich an, vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 131 ff.

²⁵⁰ In umfassender Weise kennzeichnet Lee beruhend auf den Erkenntnissen der rhetorischen Rechtstheorie, der Topik sowie der Hermeneutik das Recht aus sozialkonstruktivistischer Sicht als kollektives Sinnsystem vgl. Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010.

²⁵¹ Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 88 f.

hend modifiziert werden, dass seine Abhängigkeit vom sozial konstruierten Vorwissen des Interpreten deutlich wird.

Ein Abweichen des individuellen vom konventionellen Sprachgebrauch kann nicht ganz ausgeschlossen werden, weil das Sinnsystem eines jeden Individuums durch seine konkreten Interaktionen geprägt ist. Die in das Vorwissen des einen Richters eingegangenen gesellschaftlichen Wertungen entsprechen nicht denjenigen, die in das Vorwissen des anderen Richters eingegangen sind. Auch mehrmaliges Abweichen Einzelner von der normativen Verhaltenserwartung erschüttert gleichfalls nicht das gesellschaftliche Normgefüge. Soziale Normen bezeichnet *Luhmann* daher überzeugend als „kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen“²⁵². Die auf Normen beruhenden Erwartungen werden im Falle ihrer Enttäuschung nicht gleich aufgegeben oder korrigiert, sondern grundsätzlich aufrechterhalten, können sich aber auch wandeln²⁵³. Es findet die wechselseitige Konstituierung eines sozialen Normgefüges durch die Verhaltenserwartungen und die Erwartung dieser Erwartungen innerhalb einer Gesellschaft statt. Durch die Institutionalisierung dieser Erwartungsstrukturen wird eine Kommunikationsbasis zwischen den Kommunikationsteilnehmern geschaffen, welche auf der Unterstellung eines Konsenses über einen „*Mindestbestand von Verhaltenserwartungen*“ beruht²⁵⁴. Diese Konsensfiktion entspricht einer sozialen Konstruktion, da sie auf einer wechselseitigen Unterstellung der meisten Mitglieder einer Gesellschaft beruht, ohne einer faktischen Entsprechung, eines bestehenden Konsenses, zu bedürfen.

Neben der Übernahme des gesamtgesellschaftlichen Vorwissens gibt es eine weitere Ursache für die Bindung an das „kollektive Sinnsystem“²⁵⁵. Will der Einzelne an der gesellschaftlichen Kommunikation teilnehmen, muss er die bestehenden Sprachgebrauchsbeispiele beachten. Je mehr er von diesen abweicht, desto größer wird der Argumentationsaufwand, da die zu überzeugenden Gesprächsteilnehmer durch vorausgehende Kommunikation den kollektiven Sprachgebrauch regelmäßig bereits übernommen haben. Die Möglichkeit der Abweichung vom gesellschaftlichen Sprachgebrauch wird also gering gehalten durch die Notwendigkeit, die anderen Kommunikationsteilnehmer von der Bedeutungskonstitution zu überzeugen²⁵⁶. Bindungswirkung hat intern die Prägung der eigenen Denkweise durch das (weitestgehend)

²⁵² *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 43.

²⁵³ Die in rechtlichen Normen enthaltenen Erwartungen sind notwendig wandelbar, das System muss lernwillig bleiben, vgl. *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 70 f.

²⁵⁴ *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 67 ff.

²⁵⁵ Den Begriff des kollektiven Sinnsystems verwendet *Lee* den Prozess in dem durch das Zusammenkommen subjektiver Sinnkonstruktionen und die Internalisierung durch das Subjekt eine gemeinsame Sinnkonstruktion ermöglicht wird, vgl. *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 89.

²⁵⁶ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 92.

konsentierter soziale Vorwissen, zum anderen erfordert extern die Kommunikation mit anderen Mitgliedern dieser Gesellschaft die Beachtung des sozialen Vorwissens und der aus diesem folgenden Sprachgebrauchsregeln.

Diese Grundsätze der Bedeutungskonstitution in der gesellschaftlichen Kommunikation im Allgemeinen lassen sich auf den Teilbereich der Rechtspraxis übertragen. In einem sozialkonstruktivistischen Verständnis ist das Recht – wie auch die gesamtgesellschaftliche Wirklichkeit – eine soziale Konstruktion. Lee spricht von einem „kollektiven Sinnsystem des Rechts“. Dieses werde von der *Rechtspraxis im weiteren Sinne*, die den Einfluss der Rechtskommunikation der Öffentlichkeit mitumfasst, und der *Rechtspraxis im engeren Sinne*, der institutionalisierten Rechtspraxis – maßgeblich den Gerichten –, wechselseitig konstruiert²⁵⁷. Er sieht das Gerichtsverfahren dementsprechend als ein Mittel, mangelnde Verhaltenskoordination mit dem Gesetzgeber durch die mit den anderen Gesellschaftsmitgliedern zu ersetzen, um so die Bedeutungsherstellung dem gesellschaftlichen Erwartungshorizont anzunähern²⁵⁸.

Durch die Interaktion innerhalb der Rechtspraxis und die juristische Ausbildung hat der Richter das institutionelle Rechtssinnsystem, zu dessen Schemata wesentlich die in Kommentaren und Präjudizien enthaltenen Sprachgebrauchsbeispiele sowie auch Rechtsprechungslinien zählen, in seine Wissensbasis übernommen²⁵⁹. Die Internalisierung des Rechtssinnsystems durch den individuellen Richter erfolgt nicht vollständig. Aufgrund der fortlaufenden Modifizierung der im gelebten Recht enthaltenen Sprachgebrauchsweisen, kann das Rechtssinnsystem bereits keine feststehende Entität bilden. Auch konkurrieren die internalisierten Elemente mit den anderen Wahrnehmungsschemata des Richters aus anderen Kommunikationsfeldern.

Durch die fortgesetzte Bedeutungsherstellung in neuen Konstellationen wird das vom Richter aufgenommene Rechtssinnsystem zudem fortlaufend aktualisiert²⁶⁰. Dies geschieht jedoch nicht ungebunden, sondern stets ausgehend vom und abzielend auf das Rechtssinnsystem, mit dem der Richter Kohärenz herzustellen versucht, indem er es ausdifferenziert²⁶¹. Die Rechts-

²⁵⁷ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 152 ff. Die Rechtspraxis soll in dieser Untersuchung die gerichtliche Entscheidungspraxis bezeichnen, die Lee als Rechtspraxis im engeren Sinne bezeichnet.

²⁵⁸ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 244 f.: „Jedoch ist der Richter bei der Sinnzuschreibung zum Gesetzestext nicht in der Lage, mit dem ursprünglichen Gesetzgeber Koordinationen führen zu können. Als Ersatzmittel wird die besondere Institution bereitgestellt, worin statt der Koordinationen mit dem Gesetzgeber Koordinationen mit anderen gesellschaftlichen Mitgliedern durchgeführt werden können. Die die Rechtspraxis ausmachende besondere institutionelle Struktur ist als ein Ersatz für die mangelnden Koordinationen mit dem Gesetzgeber, deren (Ersatz-)Notwendigkeit im Wesentlichen auf die Funktionsweise der Sprache zurückgeht.“

²⁵⁹ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 391 ff.

²⁶⁰ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 393.

²⁶¹ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 393 f.

anwendung ist keine ständige Innovation, vielmehr zielt der Richter grundsätzlich auf Anschlussfähigkeit an das aktuelle gelebte Recht²⁶². Der Vorgang der „Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm“ stellt sich somit dar als Typenvergleich unter der Leitidee der Kohärenzschaffung²⁶³.

Bei diesem Typenvergleich wird der konstruierte Sachverhalt zu den durch Abduktion²⁶⁴ aus dem Rechtsinnsystem des Richters gewonnenen Normhypothesen (oder Sprachgebrauchsweisen) ins Verhältnis gesetzt. Der Sachverhalt wird dazu jeweils in die in Frage kommende Normhypothese eingeordnet und mit den in Bezug auf die relevante Rechtsnorm enthaltenen früheren Sprachgebrauchsweisen verglichen. Besteht zwischen der auf den zu entscheidenden Fall zugeschnittenen Sprachgebrauchsweise und in Anknüpfung an eine Rechtsnorm bereits gebündelten hinreichende Übereinstimmung, wird der Richter die neue Sprachgebrauchsweise der Norm zuordnen.

Da die dem Richter aus eigener Erfahrung oder Imagination zur Verfügung stehenden Sprachgebrauchsweisen beschränkt sind, benötigt er in vielen Fällen äußere Orientierungspunkte. Der Vergleich mit früheren Sprachgebrauchsweisen erfolgt daher maßgeblich durch die Auseinandersetzung mit Präjudizien und deren dogmatischen Verarbeitung vor allem in Kommentaren²⁶⁵. Auch deren Bedeutung muss der Richter wiederum aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Sinnsysteme herstellen. Da schon die Vergleichbarkeit als Ausgangspunkt des Typenvergleiches auf einer Wertung des Richters beruht, in die ihrerseits das Vorwissen des Richters einwirkt, ist der Vergleichsvorgang seinerseits kein objektiver Prozess. Dies ist auch dadurch bereits ausgeschlossen, dass sich das gelebte Recht fortlaufend entwickelt und keinen feststehenden Maßstab für die hinreichende Übereinstimmung bieten kann²⁶⁶.

²⁶² Die Handlungsmuster der Rechtspraxis führen dazu, dass bei „Standardfällen“ die eigene Interpretationsarbeit durch die Anknüpfung an erprobte Lösungen möglichst gering gehalten wird, vgl. *Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 34 f.

²⁶³ *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 371 ff.

²⁶⁴ Mit einer Einführung zum abduktiven Schließen, bei dem eine Regel angenommen wird, um das Resultat eines Falles als Anwendungsfall der Regel zu bezeichnen vgl. *Charles S. Peirce*, *Phänomen und Logik der Zeichen*, 3. Aufl. 1998, S. 91 ff.; mit einem Beispiel *Alexander Somek; Nikolaus Forgó*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, 1996, S. 103 ff.

²⁶⁵ *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 375, 395-396.

²⁶⁶ Ähnlich auch *Hjalmar Wennerberg*, *Der Begriff der Familienähnlichkeit in Wittgensteins Spätphilosophie*, in: *Savigny* (Hg.), *Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen*, 2011, 33, S. 33 f. Dieser stützt sich auf die Erkenntnis der „dynamischen Vagheit“ der Sprache. Dieses Konzept setzt an Wittgensteins Begriff der Familienähnlichkeit, welche besagt, dass die einem Begriff unterfallenden Entitäten miteinander verwandt sind, also Ähnlichkeiten aufweisen. Weil nicht zwischen allen Entitäten dieselben Ähnlichkeiten bestehen, können nach *Wenneberg* zwangsläufig auch solche Entitäten unter den Begriff fallen, die sich bezogen auf bestimmte Eigen-

Diese erlangt er zunächst durch den innerhalb der Rechtspraxis erworbenen *professionsspezifischen Habitus*, durch den der praktisch tätige Jurist sich in der Rechtspraxis „sicher und routiniert bewegen“ kann²⁶⁷. Der Begriff des Habitus ist der Feldtheorie Bourdieus entlehnt²⁶⁸. Die juristische Ausbildung und insbesondere die Berufspraxis prägen die Wahrnehmungs- und Handlungsmuster des praktisch tätigen Juristen²⁶⁹.

Die Kommunikation in der institutionalisierten Rechtspraxis unterliegt bestimmten von der gesamtgesellschaftlichen Kommunikation abweichenden Verhaltensbedingungen. Diese folgen aus der Funktion gerichtlicher Entscheidungen, gesellschaftliche Konflikte einer bindenden rechtlichen Lösung zuzuführen. Gerichtliche Verfahren sind insbesondere durch eine Vielzahl von Konventionen geprägt, die das ordnungsgemäße Verhalten vor Gericht durch geübte Teilnehmer der Rechtspraxis absichern und die Hierarchie der Sprecher absichern. Juristische Laien, denen der juristische Habitus abgeht, sind daher in großem Maße mit Verhaltensunsicherheit konfrontiert²⁷⁰.

In der Kommunikation erlaubt sind daher nur Äußerungen, die rechtliche Relevanz besitzen können. Dem Richter kommt die Aufgabe zu, eine einheitliche Realität aus den ihm angebotenen unterschiedlichen Realitäten nach den dazu in der Praxis erlernten Regeln herzustellen und so einer rechtlichen Lösung zugänglich zu machen²⁷¹. Diese nimmt nur in die rechtliche Bewertung mit auf, was, in rechtliche Sprache übersetzt, in den der Entscheidung zugrunde gelegten kommunikativ konstruierten Sachverhalt eingeht²⁷². „Der Sachverhalt“, welcher der richterlichen Entscheidung zugrunde gelegt wird, beruht auf einem sozialen Geschehen und

schaften von bestimmten der Gruppe unterfallenden Entitäten unterscheiden. Dadurch entwickelt sich der Begriff, der aus dem ihm unterfallenden Entitäten (hier: Sprachgebrauchsweisen) besteht, weiter.

²⁶⁷ Martin Morlok; Ralf Kölbel, Rechtspraxis und Habitus, Rechtsatheorie 32 (2001), 289, S. 300. Diese Erkenntnis verdankt sich der professionssoziologischen Betrachtung juristischer Entscheidungstätigkeit durch Morlok und Kölbel, welche die außerrechtlichen Faktoren der Entscheidungsfindung als einen „integralen Bestandteil der handlungslogischen Struktur“ dieser Tätigkeit begreifen. Dem zustimmend auch Winfried Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtsatheorie der Gegenwart, 2016, 227, S. 239 f. Dies deckt sich damit, was Piana und Guerani als „legal culture“ bezeichnen, nämlich Verhaltensregeln der Rechtspraxis, vgl. Carlo Guarnieri; Daniela Piana, Bringing the Outside inside Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into its Right Context, Utrecht Law Review 8 2012, 139, S. 148.

²⁶⁸ Der Begriff des Habitus beschreibt bei Bourdieu die soziale Strukturierung einer Person, welche „Wahrnehmungs-, Bewertungs- und Handlungsschemata des Feldes beinhaltet, in dem sich eine Person hauptsächlich bewegt“. Vgl. Pierre Bourdieu, Meditationen, 2001, S. 151.

²⁶⁹ Martin Morlok; Ralf Kölbel, Rechtspraxis und Habitus, Rechtsatheorie 32 2001, 289, S. 303.

²⁷⁰ Siehe auch Alexander Somek; Nikolaus Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 234 ff.; ähnlich auch Hans-Joachim Strauch, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 479, S. 497.

²⁷¹ Peter Stegmaier, Wissen, was Recht ist, 1. Aufl. 2009, S. 97 ff.

²⁷² Zur Tatsachenauslese durch den Richter und die Verfahrensbeteiligten vgl. auch Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt, Recht als soziale Praxis, Rechtsatheorie 31 2000, 15, S. 22 f.; Vgl. auch Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 261 f.

muss aus notwendig unterschiedlichen Sichtweisen diskursiv ermittelt und vom Richter konstruiert werden²⁷³.

Bei der Sachverhaltskonstruktion muss der Richter die rechtlich relevanten Informationen auswählen, die seiner Entscheidung zugrunde zu legen sind. Etwa am Beispiel der Zeugenvernehmung wird deutlich, dass er dies oft nicht allein durch den Einsatz seiner Rechtskenntnisse entscheiden kann. Diese geben beispielsweise keinen Aufschluss darüber, wessen Ausführungen glaubwürdig und welche aus der Beweisaufnahme folgenden Informationen plausibel sind. Die Fähigkeit, dies zu erkennen, erfordert ein zusätzliches „alltagsweltliches“ Wissen des entscheidenden Richters²⁷⁴. Auch zur Vermittlung der sich in einem Rechtsstreit gegenüberstehenden Positionen muss der Richter nach lebenspraktisch geeigneten Lösungen suchen²⁷⁵.

Da sich alle Sachverhalte in ihrer Einmaligkeit voneinander unterscheiden, kann es kein allgemeingültiges Schema geben, anhand dessen der Richter jeden Sachverhalt ermitteln könnte²⁷⁶. Die Fähigkeit zur Sachverhaltsermittlung lässt sich daher nicht abstrakt erlernen, sondern erwächst durch das Gespräch mit Kollegen und vor allem durch eigene praktische Erfahrung. Die rechtsanwaltliche Tätigkeit beeinflusst die Sachverhaltskonstruktion mittelbar, da die Interpretationsleistung der Prozessvertreter in die Entscheidung des Richters miteingehen kann. Dies geschieht bereits durch ihren Beitrag zur Konstruktion des Sachverhaltes, welcher die Grundlage der Entscheidung bildet.

4. Die Einbindung der Rechtspraxis in die gesellschaftliche Rechtskommunikation – rechtssoziologische Aspekte

Die Subjektivität der Interpretation bedeutet demnach nicht deren Bindungsfreiheit, vielmehr ist nach dem sozialkonstruktivistischen Ansatz die Interpretation durch das *sozial konstruierte*

²⁷³ So bereits *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 479, S. 504 f.; *Martin Morlok*; *Ralf Kölbel*; *Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 30; auch *Hans-Joachim Strauch*, *Rechtsprechungstheorie*, in: Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 479, S. 504: „Der Sachverhalt ist (...) eine höchst komplexe Geschichte: eine ‚Schichtung‘ aus mindestens fünf bzw. sieben Wirklichkeiten. Da sind zunächst die Wirklichkeiten der Parteien, und nicht nur in Ehe- und Familiensachen ergibt sich nicht selten für einen Außenstehenden allein aus dem gemeinsamen Rubrum und Aktenzeichen, dass es sich um den gleichen „Fall“ handeln muss. Prozessbevollmächtigte gestalten aus dem, was ihnen ihre Mandanten erzählen und auf Befragen antworten, mit eigenen Wirklichkeitsvorstellungen ihren Sachvortrag. Zeugen speichern und bilden nicht Realität ab, sondern erzählen ihre Sicht der Dinge. Schließlich erarbeitet der Richter mit eigenen Schemata aus alledem sein professionelles Konstrukt der Wirklichkeit, den Sachverhalt. Er muss sowohl den Bedingungen narrativer Kohärenz“ genügen als auch die Wahrnehmungen und Informationen auf das normativ Relevante hin fokussieren.“

²⁷⁴ *Martin Morlok*; *Ralf Kölbel*, *Rechtspraxis und Habitus*, *Rechtstheorie* 32 2001, 289, S. 294 f.

²⁷⁵ *Martin Morlok*; *Ralf Kölbel*, *Rechtspraxis und Habitus*, *Rechtstheorie* 32 2001, 289, S. 291. Das gilt nicht nur für den Rechtsanwalt, der die für seinen Mandanten günstigste Lösung finden muss, auch richterliche Entscheidungen werden nicht auf Akzeptanz stoßen, wenn sie lebenspraktisch nicht umsetzbar sind.

²⁷⁶ *Martin Morlok*; *Ralf Kölbel*, *Rechtspraxis und Habitus*, *Rechtstheorie* 32 2001, 289, S. 299.

Vorwissen gebunden. Als Teilnehmer gesellschaftlicher Kommunikation sind Richter in das gesamtgesellschaftliche Sinnsystem eingebunden, haben somit dessen Verhaltenskoordinierung internalisiert²⁷⁷.

Jedes Mitglied einer Gesellschaft hat eine Vorstellung davon, was in dieser Gesellschaft rechtens oder unrecht ist, ohne dass zur Entwicklung dieser Vorstellung eine Auseinandersetzung mit dem aktuellen gelebten Recht erfolgen würde²⁷⁸. Gesellschaftliche Vorstellungen über das „richtige“ Recht finden schon dadurch Eingang in die richterliche Entscheidungspraxis, dass auch die entscheidenden Richter als Bürger selbst an der allgemeinen Rechtskommunikation in der Gesellschaft beteiligt sind²⁷⁹. Als Teilnehmer dieser Kommunikation entwickeln sie ein alltagsweltliches, außer-juristisches Vorverständnis, welches ihre Interpretationsarbeit mitbestimmt²⁸⁰. Die normativen Erwartungen der Öffentlichkeit gehen in das Vorwissen des Richters ein und bedingen die Lösungsmöglichkeiten, mit denen er an die Norminterpretation herantritt.

Die Interpretationsarbeit wird, mediatisiert über diese Reflexion des öffentlichen Rechtswissens, auch dadurch beeinflusst, welche Lösung auf Akzeptanz in der Öffentlichkeit stoßen kann²⁸¹. So wie die Erwartungen der Fachöffentlichkeit auf die Rechtspraxis wirken – was sich insbesondere in den Anforderungen an die richterliche Entscheidungsbegründung zeigt – wirken sich auch die normativen Erwartungen der allgemeinen Öffentlichkeit auf diese aus²⁸². Der Richter muss versuchen, „*seine Entscheidung mit dem gesellschaftlichen Erwartungshorizont verträglich zu machen*“²⁸³. Denn trotz der Fähigkeit des rechtlichen Systems, Normati-

²⁷⁷ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 60 f.; bezogen auf das Recht auch *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 441 ff., welcher in Anlehnung an Bourdieu vom Entstehen eines spezifisch juristischen Feldhabitus ausgeht, welcher vor allen dadurch gekennzeichnet sei, dass im Recht im Kampf um die rechtliche Deutungshoheit juristisch zu argumentieren sei.

²⁷⁸ Wie *Kriele* darstellt, zeigt sich das bereits darin, dass juristische Laien überhaupt das Gefühl entwickeln, eine bestimmte Handlung könne unrecht sein und daher einen Juristen einschalten, siehe *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243.

²⁷⁹ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 183; speziell bezogen auf die Richter des Bundesverfassungsgerichts *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1. Aufl. 1982, S. 185 ff. mit dem Hinweis, dass richterliche Entscheidungen notwendig durch die Werte und Erfahrungen des entscheidenden Richters geprägt sind auch *Richard A. Posner*, How Judges Think, 2021, S. 253.

²⁸⁰ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 182 f.

²⁸¹ *Esser* spricht in ähnlicher Weise von der Ausrichtung auf einen zu erwartenden gesellschaftlichen Konsens, vgl. *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 137.

²⁸² Ähnlich auch *Michael Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Demokratie - Bundesorgane, 2005, 1–68, S. Rz 34: "Die wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe dienen damit gewissermaßen als Scharniere zwischen der Rechtsordnung und der öffentlichen Meinung".

²⁸³ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 189; ähnlich *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: *Lerch* (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 479, S. 508: „Je unmittelbarer eine gerichtliche Entscheidung gesellschaftliche Institutionen und Konfliktfelder berührt, wird sie - um der sozialen Kohärenz willen - den juristischen Norm- und Prämissenrahmen über als akzeptiert angesehene gesellschaftliche Standards in diesen Standards verankern oder jedenfalls absichern (müssen).“

vität selbstreferentiell zu erzeugen, ist es von den normativen Erwartungen innerhalb der Gesellschaft nicht unabhängig.

Gesellschaftliche Werte, welche als „Gesichtspunkte der Vorzugswürdigkeit von Handlungen“ eine besonders große Abstraktionsstufe normativer Verhaltenserwartungen darstellen²⁸⁴, können vom Rechtssystem nicht ignoriert werden. Aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades lassen Werte jedoch Raum für auch widersprüchliche Verhaltenserwartungen, welche in rechtlichen Normen ausbuchstabiert werden können. Hinzu kommt, dass gesellschaftliche Werte divergieren und die Richter in Abhängigkeit von ihren jeweiligen Interaktionspartnern unterschiedliche Wertvorstellungen in ihre Interpretationstätigkeit einbringen können.

Das Recht muss die Erwartungen aller Mitglieder der Rechtsgemeinschaft repräsentieren, nicht allein diejenigen der Rechtspraktiker. Gleichzeitig besteht zwischen dem gesamtgesellschaftlichen Verständnis von rechtlichen Konzepten wie etwa dem Rechtsstaatsprinzip und dem Verständnis der institutionalisierten Rechtspraxis eine Wechselwirkung, da die Bedeutungserwartungen in einer spezialisierten Gesellschaft darauf abstellen, was vom Richter als relevanter Rollenträger normativ erwartet wird²⁸⁵. Dies ist bereits in den autoritativen Entscheidungsbefugnissen der Gerichte begründet, an deren Sprachgebrauch andere Teilnehmer der Rechtskommunikation sich ausrichten müssen²⁸⁶. Auch das gesamtgesellschaftliche rechtliche Wissen wird somit in erster Linie von den professionalisierten Rechtspraktikern in den Gerichten konstruiert.

Gleichzeitig nehmen Richter in ihr Vorwissen als Mitglieder der Gesellschaft auch das öffentlich konstruierte, nicht professionalisierte Rechtswissen auf²⁸⁷. Als maßgeblicher Transmissionsriemen versteht ein sozialkonstruktivistisches Rechtsverständnis dabei *Rechtssprinzipien*, bei deren Interpretation durch den Richter dessen juristisches und alltagsweltliches Rechtswissen zusammentreffen²⁸⁸. Denn auch die Rechtssprinzipien können nicht als etwas der

²⁸⁴ Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 88 f.

²⁸⁵ Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 78 f.

²⁸⁶ Kye Il Lee, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 391 ff. Zur Rolle von Gerichtsentscheidungen als Autoritäten im Recht siehe weiter unten S. 129 ff.

²⁸⁷ Der hier verwendete Begriff des *Rechtswissens* soll nicht missverstanden werden als Bezugnahme auf eine Sammlung rechtlicher Wahrheiten. Die Kategorisierung in wahre und falsche Aussagen, welche im naturwissenschaftlichen Bereich praktiziert wird, ist mit dem Recht als Konstruktion der Rechtspraxis inkompatibel. Auch die traditionelle Methodenlehre verwendet für die Beurteilung juristischer Interpretationsergebnisse entsprechend nicht das Begriffspaar „wahr“ und „unwahr“, sondern zieht den Bewertungsrahmen der „Richtigkeit“ heran, wenngleich auch dieser relativiert werden muss. Siehe zu den Bestandteilen und Charakteristika des Rechtswissens weiter unten S.98 ff.

²⁸⁸ Kye Il Lee, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 183 ff.; Tatsächlich kann Lees These, es gebe auch gesamtgesellschaftliche Vorstellungen über die Bedeutung von Rechtssprinzipien wie dem der Rechtssicherheit oder der Gleichbehandlung anhand medialer Auseinandersetzung mit dem institutionell hergestellten Recht belegt werden.

Rechtsordnung Vorausliegendes begriffen werden, sondern entstehen erst in der Rechtspraxis²⁸⁹.

In der Rechtswissenschaft findet seit Langem eine Auseinandersetzung mit dem Prinzipienbegriff statt. Einen prominenten Ansatz zur Abgrenzung von Prinzipien von Regeln hat *Dworkin* durch seine *normlogische* Unterscheidung beschrieben. Diese beruht auf der Annahme eines formalen Unterschiedes zwischen Regeln und Prinzipien²⁹⁰. Als Unterscheidungsmerkmal stellt diese Einordnung darauf ab, dass sich im Falle von Regeln aus der Erfüllung eines Tatbestandes automatisch eine Rechtsfolge ergebe, es sei denn, die Rechtsnorm enthalte eine klare Ausnahme. Die zu einer Rechtsnorm bestehenden Ausnahmen stünden wiederum fest und seien abschließend aufzählbar. Dies wird beschrieben als den Gegensatz zwischen der „Alles-oder-Nichts“ (*all-or-nothing-fashion*) Situation, welche in Kontrast gestellt wird zu der Abwägungssituation bei der Anwendung von Prinzipien²⁹¹. Prinzipien seien dadurch gekennzeichnet, dass für sie die Dimension des *Gewichts* (*dimension of weight*) sinnvoll sei, während für Regeln diese Dimension nicht bestehe²⁹². Bei der Kollision zweier Prinzipien gehe das Prinzip mit dem größeren Gewicht vor, während von zwei einander widersprechenden Regeln nur eine Anwendung finden könne.

Eine solche schematische Gegenüberstellung von Regeln und Prinzipien lässt ein realistisches Rechtsverständnis nicht zu. Das Charakteristikum von Rechtsregeln kann nicht in der Eindeutigkeit ihrer Rechtsfolgen und der damit einhergehenden Aufzählbarkeit ihrer Ausnahmen gesehen werden. Wegen der beschriebenen Kontingenz des Rechts können weder eine objektiv feststehende Bedeutung einer Rechtsnorm noch diejenige der Ausnahmen von dieser als objektive Entitäten bestehen²⁹³.

Der Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien ist graduell. Er besteht darin, dass Regeln weniger Sprachgebrauchsweisen in sich vereinen können als Prinzipien. Rechtsprinzipien

²⁸⁹ *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 40 f.

²⁹⁰ Sie gründet somit auf einer strengen Trennungsthese, vgl. *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998, S. 63 f.

²⁹¹ *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1. Aufl. 1984, S. 2458 ff. *Thomas Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, S. 155.

²⁹² *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1. Aufl. 1984, S. 61 ff.

²⁹³ Wie *Alexy* zudem dargestellt hat, können schon wegen der Möglichkeit aus Rechtsprinzipien folgender Ausnahmen die Anwendungsfälle einer Rechtsregel nicht abschließend bestimmt werden, da die Rechtsprinzipien in *Dworkins* Verständnis eine Begrenzung ihrer Anwendungsfälle – also auch der aus ihnen folgenden Ausnahmen – nicht zulassen *Robert Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: *Dreier/Lombardi Vallauri/MacCormick/Panou* (Hg.), *Conditions of validity and cognition in modern legal thought*, 1985, 13, S. 16; Zur Aufzählbarkeit von Ausnahmen siehe *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1. Aufl. 1984, S. 25. Siehe zu *Alexys* Kritik an *Dworkins* Prinzipientheorie auch *Alexander Heindl*, Die Prinzipientheorie bei *Ronald Dworkin* und *Robert Alexy*, S. 186 ff.

werden im Sprachgebrauch der Rechtspraxis offengehalten, weil sie als Basisschicht des Rechts eine Bewertungsgrundlage für eine Vielzahl rechtlicher Konflikte bieten sollen. Dabei können Prinzipien anders als Regeln auch einander widersprechende Elemente in sich aufnehmen²⁹⁴. Die Herstellung der Bedeutung eines Rechtsprinzips in einem konkreten Sachverhalt wird dabei in hergebrachter Form als Konkretisierung seines „Gehaltes“ oder „Wesens“ verstanden. Bei realistischer Betrachtung handelt es sich um die fortgesetzte Herstellung seiner Bedeutung. Über Rechtsprinzipien finden gesellschaftliche Werte in besonderem Maße Eingang in das Rechtswissen. Kollidierende Werte müssen fortlaufend miteinander in einen Ausgleich gebracht werden, bei dem die Prinzipien in je unterschiedlichem Maße ins Gewicht fallen. Die Dimension des Gewichts kann die Kollisionssituation zwischen Prinzipien daher zutreffend beschreiben²⁹⁵.

Als Teilnehmer an der institutionalisierten Rechtspraxis übersetzt der Richter das internalisierte Rechtswissen der Öffentlichkeit bei der Norminterpretation in das Bedeutungssystem der Rechtspraxis. Er legt es als reflektiertes Vorverständnis seiner Entscheidung zugrunde oder beachtet es bei der Auslegung von Rechtsgrundsätzen²⁹⁶. Die Lösungsmöglichkeiten sind in der Terminologie des Sozialkonstruktivismus mit dem vom Subjekt internalisierten sozial konstruierten Vorwissen zu beschreiben, welches nicht alle Interpretationsergebnisse zulässt.

II. Normativität und Gesetzesbindung unter den Prämissen eines „offenen Institutionenpositivismus“

Aufgrund seiner Ausrichtung auf die institutionalisierte Rechtsproduktion in der Rechtspraxis lässt sich das beschriebene realistische Rechtskonzept als „Institutionenpositivismus“ bezeichnen. Die Offenheit dieses Rechtsverständnisses beruht auf der Einsicht, dass das gelebte Recht unter dem Einfluss aktueller gesellschaftlicher Wertevorstellungen hergestellt wird. Anders als der strenge Rechtspositivismus erkennt ein solcher Institutionenpositivismus an, dass gesellschaftliche Werte auf der Basis eines sozial konstruierten Vorwissens stets Eingang in den richterlichen Interpretationsvorgang finden. Zwar gestehen auch strenge rechtspositivistische Theorien ein, dass das Recht durch Moralvorstellungen beeinflusst ist und dass rechtliche Normen mit moralischen vielfach übereinstimmen²⁹⁷. Jedoch erkennen diese nicht an, dass Recht und Moral sich bereits deshalb nicht trennen lassen, weil das gelebte Recht stets unter dem Einfluss moralischer Vorstellungen entsteht. Wie der Rechtspositivismus geht

²⁹⁴ Esser stellt dies am Beispiel des Bereicherungsprinzips dar, dem selbst in sich widersprüchliche Kondiktionsfälle ohne Schwierigkeit von der Rechtspraxis zugeordnet werden, vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 169-171.

²⁹⁵ So bereits Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 8. Aufl. 1985, S. 79.

²⁹⁶ Kye Il Lee, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 186 f.

²⁹⁷ Siehe dazu auch Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 280 ff.

ein institutionenpositivistisches Rechtsverständnis davon aus, dass das Recht menschengemacht ist und schließt das Bestehen vorpositiven Rechts aus.

Ein solches Rechtsverständnis ist jedoch ebenso dem Vorwurf der Aufweichung der Gesetzesbindung ausgesetzt wie die Topik. Deren Grundprämisse ist die Bewertung auch gesetzlicher Tatbestandsmerkmale als Topoi. Danach schaffen die in den Gesetzen positivierten Sätze und Begriffe nicht mehr als „eine gemeinsame Ausgangsgrundlage für die Beantwortung rechtlicher Fragestellungen“²⁹⁸. So wird notwendig auch die Gesetzesbindung selbst zu einem Topos erklärt, welcher durch die Positivierung in der Verfassung eine besondere Autorität besitzt und das Gesetz zum Ausgangspunkt jeder rechtlichen Entscheidung macht²⁹⁹. Legt man die Erkenntnisse des Sozialkonstruktivismus zugrunde, gehören ebenso die Anerkennung der Normativität des Gesetzes wie der Verfassung als höchste Normebene, an welcher sich alle rechtlichen Entscheidungen auszurichten haben, zum gesellschaftlich konstruierten Rechtswissen. Dies stellt das Konzept der Normativität nicht grundsätzlich in Frage, nimmt aber dem Normativitätsanspruch des Rechts seine Absolutheit. Denn auch das Normativitätsverständnis selbst wird als wandelbar und an gesellschaftliche Vorstellungen anpassbar verstanden³⁰⁰.

Erst kraft der richterlichen und gesetzgeberischen Entscheidungen entsteht Rechtsgeltung. Gleichzeitig *gelten* die Entscheidungen beider Institutionen aber aufgrund der aktuell durch sie produzierten rechtlichen Regeln zuerkannten Normativität. Diese Zirkularität rechtlicher Geltung lässt sich aufgrund der selbstreferentiellen Struktur des Rechtssystems sowie der Anerkennung der Subjektivität der Rechtsherstellung nicht aufheben³⁰¹. Sie ist ein Charakteristikum gerade des positiven Rechts im Gegensatz zum Naturrecht, welches Normativität nicht als hergestellt, sondern vorgefunden voraussetzt³⁰².

²⁹⁸ Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 52.

²⁹⁹ Aufgrund entsprechender Aussagen wird der Topik vorgeworfen, die Rechtsanwendung zu einer Anwendung unverbindlicher Meinungen und die Norm zu einem „Topos unter anderen“ umzudeuten; so z.B. von Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, 1966, S. 58 f.

³⁰⁰ Auch Martini geht beruhend auf der Konzeption eines „transnationalen Feldes der Rechtskommunikation“ wohl von der Möglichkeit einer Ausweitung des Normativitätsverständnisses aus vgl. Stefan Martini, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 495 f.: „Sobald komparative Argumentationspraxis anerkannt ist, kann – je nach herrschender Konzeption – die Konzeptualisierung von Recht als rein normativ brüchig werden. Für die Zwecke dieser Arbeit ist allerdings bereits die Erkenntnis hinreichend, dass das Feld argumentativ einbeziehbares Rechts vergrößert wird und über die Grenzen des Geltungsbereichs der eigenen Rechtsordnung hinausreicht – weil das transnationale Feld in es hineinreicht.“

³⁰¹ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2008, S. 358 f.

³⁰² Zu dem Kennzeichen positiven Rechts, dass seine Geltung durch eine Entscheidung hergestellt wird, vergleiche Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2008, S. 208 ff.

Aus dem Verzicht auf die irrealer Vorstellung einer Grundnorm im Sinne *Kelsens* folgt auch die Erkenntnis des Fehlens einer vorgegebenen Hierarchie zwischen verschiedenen Normen. Das Bestehen einer Hierarchie der innerhalb des Rechtssystems als geltend ausgewählten Normen folgt ihrerseits aus dem Rechtssystem selbst³⁰³. In kontinentaleuropäischen Rechtssystemen folgt daraus ein Vorrang gesetzlicher Entscheidungen vor richterlichen Entscheidungen aufgrund der systeminternen Regel der Gesetzesbindung der Judikative³⁰⁴.

Die – zu erwartende – Kritik an diesem Verständnis der Gesetzesbindung beruht, wie nun auf der Grundlage der vorausgehenden Abschnitte gezeigt werden soll, auf unrealistischen Erwartungen an die Gesetzesbindung und damit an die Steuerungswirkung des Gesetzestextes für die Rechtspraxis. Wie gesehen, verdankt sich bereits der juristischen Hermeneutik die Einsicht, dass die Bedeutung sprachlicher Sätze nichts objektiv Bestehendes ist, eine vollkommene Verhaltenssteuerung durch diese folglich nicht möglich ist. Einen absolut eindeutigen, nach allen Seiten klar abgrenzbaren, Gesetzeswortlaut kann es schon aufgrund der Angewiesenheit auf die natürliche Sprache als Medium des Rechts nicht geben. Der erreichbare sprachliche Präzisionsgrad ist begrenzt durch die in einer Sprache zur Verfügung stehenden Worte. Wortneuschöpfungen können zudem nicht bis ins Unendliche erfolgen, da sie die Verständigungsfunktion der Sprache schwächen würden³⁰⁵.

Dennoch überkommt den Juristen bei der Anwendung mancher Gesetzesnormen ein Gefühl von Selbstverständlichkeit. Ihm ist völlig klar, dass ein Stuhl eine „Sache“ in Sinne von § 242 StGB ist, da bedarf es keiner „kleinschrittigen Subsumtion“. Die Evidenz des Satzes: „Ein Stuhl ist ein körperlicher Gegenstand und damit eine Sache im Sinne von § 242 StGB“ soll hier auch nicht in Zweifel gezogen werden. Jedoch beruht sie nicht auf einer Eindeutigkeit der Begriffe „Stuhl“ und „Sache“, sondern auf eindeutigen Wissen der Rechtspraxis bzw. dessen Internalisierung durch ihre Teilnehmer.

³⁰³ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2008, S. 358: „Eine hierarchische Struktur kann im Rechtssystem zwar eingerichtet werden, und dies auf organisatorischer Ebene ebenso wie als Hierarchie von Normqualitäten. Sie bleibt aber eine sekundäre Struktur, die ihrerseits davon abhängt, dass die Selbstkonstituierung des Rechts von Ereignis zu Ereignis vollzogen wird.“

³⁰⁴ So stellt *Christian Hillgruber*, "Neue Methodik" - Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, *Juristenzeitung* 63 (2008), 745, S. 745 – wenn auch mit kritischem Unterton – fest: „Denn selbst wenn es sie (die Gesetzesbindung) tatsächlich nicht gäbe, müsste man ihre Möglichkeit unter der Geltung des Grundgesetzes normativ unterstellen, denn das Grundgesetz postuliert nun einmal die bindende Kraft des Rechts (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) und unterwirft den Richter dem Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG). Sie müsste daher notfalls als Fiktion angesehen werden und bliebe doch auch so rechtlich maßgeblich. Wir müssten also zumindest so tun, als ob es sie gibt oder doch jedenfalls geben könnte.“

³⁰⁵ Die Verständigungsfunktion der Sprache ist aber für das Recht essenziell, da die Rechtssprache wirksame Handlungsorientierung für die Rechtspraxis ermöglichen muss, vgl. *Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis, Rechtslehre* 31 2000, 15, S. 41.

Ausgehend von diesem Gefühl der Evidenz lässt sich auch die Annahme erklären, Problemdenken könne nur in den Bereichen dienlich sein, in denen tatsächlich „Probleme“ bestünden, weshalb der Einsatz des Problemdenkens der Topik auf „unklare Fälle“ – *hard cases* – zu begrenzen sei. Dieses der Unterscheidung in „Begriffshof“ und „Begriffskern“ entsprechende Verständnis geht jedoch in seiner theoretischen Grundannahme letztlich von einer außerhalb von Ausnahmefällen grundsätzlich feststehenden Begriffsbedeutung aus³⁰⁶. Um bei dem vorherigen Beispiel zu bleiben, etwa wenn der konkrete Fall die Frage aufwirft, ob auch nicht körperliche Gegenstände, wie Elektrizität, Sachen im Sinne des § 242 StGB sind. Die Topik würde demnach immer (aber auch nur) dann zum Einsatz kommen, wenn in einer Lösungsskizze ein „P“ notiert werden müsste.

Das sich in dieser Begrenzung der Relevanz topischen Denkens zeigende Rechtsverständnis übersieht, dass die selbstverständliche Bejahung der Sacheigenschaft für den Stuhl nicht weniger das Ergebnis einer Interpretation ist, als die Bemühungen, Elektrizität als Sache einzuordnen, einen Interpretationsvorgang darstellen³⁰⁷. Die empfundene Selbstverständlichkeit der Zuordnung des Begriffs „Stuhl“ zum Begriff „Sache“ beruht jedoch zum einen auf dem übernommenen gesamtgesellschaftlichen Sprachgebrauch hinsichtlich des Begriffes „Stuhl“ und der Internalisierung der unter den Begriff der Sache fallenden Sprachgebrauchsbeispiele der Rechtspraxis. Evident ist im rechtlichen Bereich somit, was als Wissensbasis der Interpretation des Rechtsanwenders (aktuell) ohne die Notwendigkeit weiterer Reflexion zugrunde liegt³⁰⁸.

Tatsächlich können „Standardfälle“ regelmäßig durch den Rückgriff auf das System rechtlichen Wissens, welches eine Reihe relevanter Sprachgebrauchsbeispiele enthält, weitgehend gelöst werden. Die Argumentationslast für die dennoch notwendige Entscheidung wird verringert. Die juristische Hermeneutik hat aber aufgezeigt, dass die Interpretation nicht nur bei problematischen Fällen, sondern *stets* Voraussetzung der Rechtsanwendung ist³⁰⁹. Hier zeigen sich die engen Bezüge von hermeneutischer und topischer Methode, welche auch die Ver-

³⁰⁶ Zu dieser Unterscheidung siehe *Philipp Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 52,60.

³⁰⁷ Freilich ist dieser juristische Sprachgebrauch des Begriffs der Sache nicht unabhängig vom allgemeinen Sprachgebrauch, welcher ebenfalls auf einer Wechselbeziehung zwischen Subjekt und System beruht, *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 94.

³⁰⁸ Zur Evidenz sprachlicher Begriffe auch *Christian Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 41 ff. Was im Kreis der relevanten Kommunikationsteilnehmer nicht in Frage gestellt wird, kann auch der Topik als *evident* gelten und als Basis der Lösungssuche dienen. *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 42 Evidenz oder Wahrheit im Sinne absoluter Gewissheit sind freilich Ziele, die ein topisch geprägtes Denken nicht anstreben kann, da sie nur in einem apodiktischen System möglich wären.

³⁰⁹ *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966, S. 48.

knüpfung der Diskussion beider Ansätze bestätigt³¹⁰. Die Notwendigkeit der Interpretation bleibt auch bei einer sehr umfassenden rechtlichen Wissensbasis bestehen. Sie liegt bereits in der mangelnden Präzision der natürlichen sowie auch der Rechtssprache³¹¹ begründet. Selbst auf den ersten Blick bedeutungsklare Begriffe wie der des „Menschen“ verlieren ihre Evidenz, wenn sich neue potenzielle Anwendungsbereiche ergeben³¹². So etwa durch die Entwicklung der Präimplantationsdiagnostik, deren rechtliche Beurteilung die Frage aufwarf, ob bereits eine Ansammlung von Zellen als Mensch zu bezeichnen ist.

Die Rückbindung an den Normtext in der Entscheidungsbegründung ist bereits aufgrund der Rechtmäßigkeitserwartungen der Gesellschaft und der Fachöffentlichkeit dennoch unerlässlich³¹³. Insofern spielt auch die Formulierung des Normtextes durch den Gesetzgeber eine bedeutende Rolle als Ausgangspunkt des Rechtsdiskurses³¹⁴.

Die Übernahme etwa der Leitsätze von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes durch den Deutschen Bundestag verdeutlicht auch eine Wechselwirkung zwischen dem Diskurs im Parlament und demjenigen in der Rechtspraxis. Regelmäßig finden vor allem höchstrichterliche Entscheidungen Eingang in das Gesetzgebungsverfahren und die Gesetzesbegründung, was erheblicher Kritik durch die Fachöffentlichkeit ausgesetzt ist³¹⁵. Die Bezugnahme insbesondere auf höchstrichterliche Entscheidungen erklärt sich aus der Notwendigkeit

³¹⁰ Müller entwirft eine „topische Hermeneutik“ für das Verfassungsrecht, in der er die Interpretation als topische Denkbewegung kennzeichnet, wobei „problem-, sach-, und normbezogene, möglichst praktikable und rationale Hilfsgesichtspunkte ohne hierarchische Rangfolge“ hinzugezogen würden. Er will jedoch die Norm selbst nicht als Topos sehen, sondern die topische Hermeneutik „in den Dienst der Normativität der Verfassung stellen“, als Ausgangspunkt der Denkbewegung also die Norm, nicht das Problem sehen. Topoi können in diesem Verständnis allein bei der Normkonkretisierung eine Rolle spielen, welche sich an der Norm auszurichten haben, vgl. Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, 1966, S. 56 ff. Der Norm wird hier eine Rolle zugewiesen, die sie nicht erfüllen kann, führt man sich vor Augen, dass es „die Norm“ als feststehende Größe gerade nicht gibt, sondern sie erst durch Interpretation entsteht.

³¹¹ Die Begriffe aus der natürlichen Sprache werden, wie beispielsweise in Deutschland, in der Rechtssprache der jeweiligen Rechtsordnung größtenteils ebenfalls verwendet, wobei ihnen durch die Rechtspraxis und die diese verarbeitende Rechtsdogmatik für den juristischen Diskurs eine spezifische Bedeutung gegeben werden kann, es entwickelt sich eine bestimmte juristische Sprachgebrauchsweise. Dies führt zwar zu einer gewissen Präzisierung von Begriffsbedeutungen, neu auftretende Sachverhalte können Rechtspraxis und Dogmatik aber nicht vorhersehen, weshalb unklare Begriffsbereiche stets verbleiben.

³¹² Joachim Rautenberg, Logik und Überzugungskraft bei der Anwendung von Rechtsnormen, Die öffentliche Verwaltung 1962, 253, S. 253.

³¹³ Zur Erwartung der Rechtmäßigkeit sowie der Gerechtigkeit siehe auch weiter unten S. 76 ff.

³¹⁴ Siehe auch Svenja Behrendt, A Constructivist Discourse Theory of Law, Rechtstheorie 51 (2020), 171, S. 189 : „Because the legislator does not substantially enact the norm itself, the perception of his role needs to be corrected. The legislator still plays a central role. He is the one who passes the norm text and therefore creates the normative “shell” which enables a norm-related discourse. This should not be undervalued in regard of its relevance because the wording of the norm text is highly relevant when it comes to interpretation – at least the kind of interpretation that is guided by legal methodology.“

³¹⁵ So auch bereits Wilhelm Wolf, Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden der juristischen Methodenlehre: zivilrechtliche Perspektiven, in: Reimer (Hg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, 75, S. 87

der Berücksichtigung des aktuellen Sprachgebrauchs der Rechtspraxis³¹⁶. Durch sie kann im Gesetzgebungsverfahren eine zukünftige Änderung des Sprachgebrauchs in der Rechtspraxis nicht vorhergesehen werden. Die im Moment des Erlasses einer gesetzlichen Norm „intendierte“ Sprachgebrauchsweise kann (und wird in den meisten Fällen) vom tatsächlichen Sprachgebrauch der Rechtspraxis abweichen³¹⁷. Im Gesetzgebungsverfahren kann eine Festlegung darüber, welche konkreten Sachverhalte ein Normtext „erfassen“ soll, nicht erfolgen³¹⁸.

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist für die Anknüpfung der Begrifflichkeiten gesetzlicher Normen an den Sprachgebrauch der Rechtspraxis, dass in modernen, arbeitsteiligen Parlamenten wie dem Deutschen Bundestag die Gesetzesentwürfe ebenfalls hauptsächlich von Juristen vorformuliert werden³¹⁹. Dies ist nicht nur aus Gründen der Arbeitsteilung sinnvoll, sondern für die Kohärenz des institutionellen rechtlichen Sinnsystems auch erforderlich, da die gemeinsame Konstruktion des Rechts durch Legislative und Judikative nur gelingen kann, wenn der Sprachgebrauch der Rechtspraxis in den gesetzlichen Normen aufgenommen wird. Ebenso besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit, durch die Einbeziehung des aktuellen Sprachgebrauchs der Rechtspraxis eine bestimmte Interpretationsweise der Norm – jedenfalls für den Zeitraum der Gültigkeit dieses Sprachgebrauchs – auszuschließen. Die Ergebnisse des im Gesetzgebungsverfahren durchgeführten allgemeinen praktischen Diskurses gewinnen Bedeutung, insoweit sie als normtextliche Ausgangspunkte der Interpretation die Entwicklung des gelebten Rechts beeinflussen.

III. Der unvermeidliche Verzicht auf den Anspruch objektiver Rationalität juristischer Entscheidungen

Auf dem durch diese Untersuchung aufgegebenen Gegensatz zwischen Norm und Subjekt beruhen argumentationstheoretische Ansätze, die eine möglichst weitgehende Einschränkung

³¹⁶ Zum anderen ergibt sich die Anstoßfunktion höchstrichterlicher Entscheidungen für die Gesetzgebung aber auch daraus, dass sich höchstrichterliche und in besonderer Weise verfassungsgerichtliche Entscheidungen häufig mit aktuell für die Gesellschaft relevanten Wertungsfragen befassen.

³¹⁷ Dies begründet auch die Probleme der historischen Auslegung, da die ursprüngliche „Intention des Gesetzgebers“ beim Erlass einer gesetzlichen Norm in der Regel nicht mehr ermittelt werden kann. Auch die Protokolle parlamentarischer Auseinandersetzung geben kein vollständiges Bild der einer gesetzgeberischen Entscheidung für den Erlass eines Gesetzes zugrunde liegenden Wertungen, vor allem, weil legislative Entscheidungen nicht einstimmig, sondern durch Mehrheit entschieden werden, sodass der Wille *des* ohnehin eine starke – wenn auch erforderliche – Vereinfachung darstellt.

³¹⁸ So auch *Christian Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 86.

³¹⁹ So sind beim Bundesministerium der Justiz ausschließlich Volljuristen als Referenten in den Fachreferaten eingesetzt. Auch die Überprüfung der Gesetzesentwürfe anderer Ressorts auf ihre Rechtsförmlichkeit erfolgt durch Volljuristen.

der Möglichkeiten subjektiver Wertungen zur Vermeidung „richterlicher Willkür“ anstreben³²⁰. Zwar erkennen auch normative Argumentationstheorien an, dass die richterliche Entscheidungsfindung nicht vollkommen durch das Gesetz determiniert sein kann, halten aber an dem Ziel der Rationalisierung juristischer Entscheidungen durch die Festlegung abstrakter Richtigkeitskriterien fest³²¹.

Im Folgenden soll unter Auseinandersetzung mit solchen Theorien juristischer Argumentation erörtert werden, warum das Festhalten an einem absoluten Richtigkeitsbegriff der Realität rechtlicher Argumentation nicht gerecht werden kann. Zu diesem Zwecke werden die Schwächen repräsentativer normativer Argumentationstheorien kurz dargestellt, wobei die Unvereinbarkeit mit einem realistischen Rechtsverständnis verdeutlicht werden soll. Zur Vereinfachung sollen hier Ansätze, die in der einen oder anderen Form die Zustimmung eines bestimmten Adressatenkreises zum Rationalitätskriterium machen, von solchen unterschieden werden, welche Rationalität anhand vordefinierter Diskursbedingungen sichern wollen³²².

1. Wesentliche Probleme normativer Argumentationstheorien

Der gesellschaftliche Konsens ist aus mehreren Gründen ein ungeeignetes Richtigkeitskriterium für die Ergebnisse einer Norminterpretation. Zunächst bereits aufgrund der Rolle des Rechts in der Gesellschaft. Diese beruht darauf, verbindliche Entscheidungen gerade dort zu treffen, wo ein Konsens nicht zu erzielen ist³²³. Dass der Konsens für den Rechtsdiskurs kein passendes Richtigkeitskriterium sein kann, wird bereits angedeutet durch die vielen Rechts-

³²⁰ Mit Nachweisen zu Versuchen, durch den Ausschluss richterlicher Willkür Rechtssicherheit herzustellen siehe *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986, S. 151 ff.; *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 4 ff.; Vergleiche auch *Svenja Behrendt*, A Constructivist Discourse Theory of Law, *Rechtstheorie* 51 2020, 171. Einen entgegengesetzten Ansatz wählt der Dekonstruktivismus, welcher das Subjekt komplett als Faktor der Bedeutungskonstitution eliminiert und die Bedeutungskonstitution als Bewegung der *différance* zwischen den einzelnen Zeichen konzipiert, vgl. zur dekonstruktivistischen Sichtweise auf das Recht etwa *Thomas Coendet*, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 54 ff.

³²¹ So auch *Friedrich Müller*; *Ralph Christensen*; *Michael Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 99 ff.; So formuliert *Sodan* für die Verfassungsinterpretation, deren Ziel sei "das verfassungsmäßig richtige Ergebnis in einem rationalen und kontrollierbaren Verfahren zu finden, dieses Ergebnis rational und kontrollierbar zu begründen und auf diese Weise Rechtsgewissheit und Vorhersehbarkeit zu schaffen." Vergleiche *Helge Sodan*, *Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2010, S. 50 f.

³²² Naturrechtliche Theorien, welche ein transzendentes Signifikat zum Maßstab der Richtigkeit rechtlicher Argumente machen, scheiden von vorneherein als mit einem realistischen Rechtsverständnis unvereinbar aus, da sie die Konstruiertheit des Rechts verkennen. Daher ist in dieser Untersuchung auf diese Theorien nicht weiter einzugehen.

³²³ Dies bringen auch *Ralph Christensen*; *Hans Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 237 als wesentlichen Einwand gegen einen übergeordneten Rationalitätsmaßstab in der juristischen Argumentation vor, da im rechtlichen Entscheidungsvorgang eine ideale Sprechsituation wegen des Zieles des verbindlichen Entscheidens und der Eingliederung in den Gerichtshierarchie und -verfahren nicht vorliege.

auffassungen in Rechtswissenschaft und -praxis, welche trotz ihrer Unvereinbarkeit miteinander als vertretbar angesehen werden³²⁴.

Die empirische Feststellung eines gesamtgesellschaftlichen Konsenses scheidet zudem als tatsächlich unmöglich aus, da ein solches Kriterium in seiner Absolutheit in der heutigen, pluralistischen Gesellschaft unerreichbar ist³²⁵. Gesellschaftliche Konsense bestehen höchstens innerhalb weitestgehend homogener gesellschaftlicher Teilsysteme. Der Grundsatz der Gleichheit verlangt jedoch die Geltung der gleichen rechtlichen Regeln für alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, wenn nicht die Ungleichbehandlung rechtfertigende Gründe bestehen. Zudem ist die Formel von der kollektiven Akzeptanz in einer stets im Wandel befindlichen Gesellschaftsordnung zu statisch; ihre Umsetzung würde eine ständige Anpassung des Richtigen an veränderte Konsense verlangen.

Die philosophische Idealvorstellung, die gesellschaftliche Akzeptanz einer Entscheidung könne ein Garant ihrer Richtigkeit sein, setzt zudem gedanklich voraus, dass nur richtige Entscheidungen auf Akzeptanz stoßen werden. *Olbrechts-Tyteca* und *Perelman* machen in ihrem viel beachteten „*Traité de l'argumentation*“ entsprechend die Überzeugung des „*universellen Auditoriums*“ zum Kriterium der Rationalität juristischer Argumentation. Dessen Zustimmung zu einer These beruhe auf Überzeugung und nicht Überredung, wenn die These die Zustimmung jedes „rationalen Wesens“ erlangen könne³²⁶. Entgegen dem Anschein, welchen die Bezeichnung als „*nouvelle rhétorique*“ erweckt, handelt es sich um eine normative Argumentationstheorie, da sie das Kriterium des Überzeugens nur dann als Rationalitätsmaßstab gelten lassen will, wenn ein universelles Auditorium fiktiv überzeugt werden könnte.

Aufgrund der Notwendigkeit der Anpassung der Argumentation an die damit angesprochene Zuhörerschaft sei die Überzeugungskraft von Argumentation letzten Endes von der Beurteilung durch das Auditorium abhängig. Damit hängt der Wert der Argumente für die Autoren der „*nouvelle rhétorique*“ vom Wert des Auditoriums ab, welches sie überzeugen können. Das universelle Auditorium könne nur rational überzeugt werden, seine Zustimmung sei da-

³²⁴ In dieser Art auch bereits *Görg Haverkate*, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, S. 210.

³²⁵ *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 31; So beschreibt auch *Schlothauer*, dass die Abkehr von der Vorstellung eines gesellschaftlichen Konsenses als Legitimationsgrund der Verfassungsinterpretation auf einem Auseinanderfallen gesellschaftlicher Vorstellungen nach 1945 beruhe; vgl. *Reinhold Schlothauer*, *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit: Neuere Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation*, 1979, S. 127 ff.

³²⁶ *Chaim Perelman*; *L. Olbrechts-Tyteca*, *Traité de l'Argumentation*, 1970, S. 36; Übersetzung durch die Autorin, im Original: „être de raison“.

her das Kriterium für die Rationalität und Objektivität der Argumentation³²⁷. Dieses universelle Auditorium werde aber von jedem Redner anders konzipiert, in Abhängigkeit davon, von welchen Prämissen er ausgehe. Seine Vorstellung von dem bei den Mitgliedern des Auditoriums vorliegenden Wissen, ihren Werten und Wertehierarchien sei von seiner Persönlichkeit und seinem kulturellen Kontext geprägt³²⁸.

Die Idee des universellen Auditoriums setzt sich auf der Grundlage eines realistischen Rechtsverständnisses aus verschiedenen Gründen Kritik aus. Zum einen, da die Überzeugung eines universellen Auditoriums ebenso wenig empirisch nachweisbar ist wie die Akzeptanz aller Mitglieder der Gesellschaft. Zum anderen, da die Abhängigkeit von der jeweiligen Konzeption des universellen Auditoriums zu einer Subjektivierung und Relativierung der Rationalität führt. Dies bestätigen auch die Ausführungen der Autoren selbst zu der Gleichsetzung spezialisierter Auditorien mit dem universellen Auditorium:

„Certains auditoires spécialisés sont volontiers assimilés à l'auditoire universel, tel l'auditoire du savant s'adressant à ses pairs. Le savant s'adresse à certains hommes particulièrement compétents et qui admettent les données d'un système bien défini, constitué par la science dans laquelle ils sont spécialisés. Pourtant, cet auditoire si limité est généralement considéré par le savant non comme un auditoire particulier, mais comme étant vraiment l'auditoire universel : il suppose que tous les hommes, avec le même entraînement, la même compétence et la même information, adopteraient les mêmes conclusions.“³²⁹

Den Wert der Argumente anhand des davon zu überzeugenden Auditoriums zu bestimmen, ist zudem zirkelschlüssig. Die Rationalität der Argumente wird dadurch begründet, dass sie ein universelles Auditorium überzeugen können, dem zugleich die Eigenschaft zugeschrieben wird, sich nur durch rationale Argumente überzeugen zu lassen. Es fehlt die Begründung für die Annahme, das universelle Auditorium könne nur rational überzeugt werden. Das Kriterium der Zustimmung ist als solches für die Bestimmung der Rationalität einer Argumentation auch insoweit unzulänglich, als die Gründe für die Zustimmung der Zuhörer vielfältig sein und auch auf Sympathie für den Redner oder der überzeugenden Präsentation der Argumente beruhen können³³⁰.

³²⁷ Chaim Perelman; L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, 1970, S. 41 f.; Chaim Perelman, *Logik und Argumentation*, 1979, S. 93 f.

³²⁸ Chaim Perelman; L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, 1970, S. 42 f.

³²⁹ Chaim Perelman; L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, 1970, S. 44 f.

³³⁰ Harald Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 343; Zwang oder Gewalt als Gründe für die Zustimmung können wohl im demokratischen Rechtsstaat grundsätzlich vernachlässigt werden. Dennoch ist Alexy

Kriterien wie dasjenige der Zustimmung, der Akzeptanz oder des Konsenses erweisen sich als Rationalitätskriterien auch insofern als unzulänglich, als die Übereinstimmung mit einer These gleichermaßen auf mangelndem Wissen der dieser Beipflichtenden beruhen kann³³¹. Hierin findet wohl auch die Idee, auf die Fähigkeiten der Zustimmungen abzustellen, ihren Ausgangspunkt, kann aber aufgrund ihrer Subjektivität das Problem ebenfalls nicht lösen. Ein Konsens ist als die Summe der ihn stützenden Einzelentscheidungen ein quantitatives Kriterium³³², kann aber nicht gleichzeitig das Kriterium für die Rationalität der Einzelentscheidungen sein.

Die „*nouvelle rhétorique*“ geht bereits einen ersten Schritt in Richtung der Gruppe der Diskurstheorien. Sie erkennt implizit die diskursive Struktur der Rechtsherstellung an, bleibt aber eine sehr unausgereifte Diskurstheorie, insofern sie als Regel eines idealen Rechtsdiskurses allein die Universalität der Zuhörerschaft bestimmt. Klassische Diskurstheorien stellen hingegen nicht allein auf einen faktischen Konsens als Richtigkeitskriterium ab, sondern auf die Bedingungen, unter denen der rechtliche Diskurs zur Erzielung dieses Konsenses stattfindet.

Die Diskurstheorie des Rechts will den juristischen Diskurs durch dessen Ausrichtung an für diesen idealen Rahmenbedingungen rationalisieren³³³. So zieht *Alexy* die „praktische Vernunft“ als Maßstab zur Bemessung der Richtigkeit des Ergebnisses einer rechtlichen Argumentation heran³³⁴. Was vernünftig ist, soll diskursiv ermittelt werden. Seine Argumentationstheorie basiert wesentlich auf der philosophischen Diskurstheorie von *Habermas*. Nach dieser soll die Rationalität einer Entscheidung erreicht werden, indem sich – in einer idealen Sprechsituation – das „bessere Argument“ diskursiv durchsetzt³³⁵.

In seiner Diskurstheorie beschäftigt sich *Alexy* zunächst mit dem allgemeinen praktischen Diskurs, wobei er, auch hier vor allem unter Anknüpfung an *Habermas*, Regeln für einen idealen Diskurs festlegt. Diese Regeln lassen sich einteilen in: eine ideale Sprechsituation konstituierende Grundregeln, Vernunftregeln über die Berechtigung der Behauptung normativer

zuzustimmen, insofern er darauf hinweist, dass die Zustimmung auch zufällig zustande kommen kann *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 146.

³³¹ *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 343.

³³² *Heino Garrn*, *Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik*, in: *Schirren/Ueding* (Hg.), *Topik und Rhetorik*, 2000, 499, S. 509.

³³³ Die Ausrichtung auf ein Ideal, in der sich die rein theoretische Natur der Diskurstheorie zeigt, welche als normative Theorie allein das „Sollen“ in Form von Diskursregeln vorschreibt, hat ihr die Kritik eines zu starken Sein-Sollen Dualismus eingebracht, siehe *Rolf Gröschner*, *Theorie und Praxis juristischer Argumentation*, in: *Henkel* (Hg.), *Dialogik des Rechts*, 2013, 127, S. 128 ff.

³³⁴ *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 35, 45-50.

³³⁵ *Jürgen Habermas*, *Wahrheitstheorien*, in: *Fahrenbach* (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, 1973, 211, S. 239 ff.

Aussagen, Argumentationslastregeln, Argumentformen, Begründungsregeln und Übergangsregeln für den Wechsel in eine andere Diskursform³³⁶.

Als absolutes Richtigkeitskriterium knüpft *Alexy* an die Idee des idealen Diskurses an, in dem alle Diskursregeln erfüllt wären, sodass „unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit, unbegrenzter Teilnehmerschaft und vollkommener Zwangslosigkeit im Wege der Herstellung vollkommen sprachlich-begrifflicher Klarheit, vollkommener empirischer Informiertheit, vollkommener Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch und vollkommener Vorurteilsfreiheit die Antwort auf eine praktische Frage gesucht würde“³³⁷. Er bezieht den realen Diskurs, welcher dadurch gekennzeichnet sei, dass er all diese Bedingungen nur begrenzt erfüllen könne, auf den idealen Diskurs, indem er jenen als anzustrebendes Ideal bezeichnet. Welches das bessere Argument sei, entscheidet sich nach der Diskurstheorie nicht anhand eines außerhalb des Diskurses liegenden Rationalitätsmaßstabs, sondern wird prozedural bestimmt.

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob die Rationalität juristischer Entscheidungen durch die Diskurstheorie begründbar ist, muss auf die Besonderheiten des juristischen Diskurses eingegangen werden³³⁸. *Alexy* selbst bezeichnet den juristischen Diskurs zutreffend als einen Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses³³⁹. Die Schwächen des allgemeinen praktischen Diskurses begründen demnach die Notwendigkeit rechtlicher Regeln, welche zwangsbewehrte, durchsetzbare Entscheidungen ermöglichen sollen³⁴⁰. Der juristische Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses soll rationales rechtliches Entscheiden ermöglichen, welches eine zentrale Forderung des Rechts darstelle³⁴¹. Gekennzeichnet sei der juristische Diskurs demnach durch die Gesetzesbindung, die Berücksichtigung von Präjudizien und Dogmatik sowie im Fall des gerichtlich betriebenen Diskurses durch die Regeln der Prozessordnungen³⁴².

³³⁶ Eine Übersicht aller Regeln findet sich hier *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 361 ff. Für die Zwecke der Untersuchung ist die Darlegung der Diskursregeln im Detail nicht erforderlich und wird nur erfolgen, soweit sie der Bewertung des Rationalitätsmaßstabs der Diskurstheorie dient.

³³⁷ *Robert Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1. Aufl. 1995, S. 113.

³³⁸ Die Begründung der These, der Anspruch auf Richtigkeit sei ein notwendiges Element des Rechts, beruht bei *Alexy* vor allem auf dem Argument eines performativen Widerspruchs, welcher entstehe, wenn eine Norm als Recht und zugleich als falsch bezeichnet würde, vgl. *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 64. Diese vielfältigen Einwände gegen dieses Widerspruchsargument sollen hier nicht im einzelnen wiedergegeben werden. Es genügt die Einsicht, dass der Anspruch auf Richtigkeit nur eine mögliche, keine zwingende Erklärung für den Widerspruch ist, siehe dazu ausführlich *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 227 f.

³³⁹ Zu einer Erläuterung der Elemente der Sonderfallthese *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 190 ff.

³⁴⁰ *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 257.

³⁴¹ *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 266 ff.

³⁴² *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 34.

In Alexys vier Stufen Modell befindet sich auf erster Stufe der allgemeine praktische Diskurs, dessen verbleibende Unklarheiten – aufgrund der beschriebenen Entscheidungsindefinität – soweit möglich auf der zweiten Stufe durch eine Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren beseitigt werden sollen. Darauf folgen auf der dritten Stufe der juristische Diskurs und schließlich auf der vierten Stufe das Gerichtsverfahren³⁴³. Dem Problem der Entscheidungsindefinität, welchem der juristische Diskurs als praktischer Diskurs ebenfalls unterliege, soll auf der vierten Stufe des Modells durch das Gerichtsverfahren und eine außerdiskursive richterliche Entscheidung begegnet werden. In diesem Modell sind rechtliche Richtigkeit und Richtigkeit im Sinne des allgemeinen praktischen Diskurses durch die Gesetzesbindung des juristischen Diskurses verbunden. Zugleich muss dafür angenommen werden, dass das Ergebnis eines Gesetzgebungsprozesses nur ein nach dem allgemeinen praktischen Diskurs diskursiv mögliches sein kann.

Tatsächlich ist der juristische Diskurs durch die Entscheidungssituation in der Rechtspraxis bedingt. Die den juristischen Diskurs am stärksten prägende Besonderheit ist der Entscheidungszwang, dem der praktisch arbeitende Jurist, insbesondere der Richter, unterliegt. Am Ende eines gerichtlichen Verfahrens muss eine Entscheidung stehen³⁴⁴. Das Recht dient der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens innerhalb einer Gesellschaft, es soll Regeln für diejenigen Bereiche bereithalten, in denen Konflikte entstehen können. Die Präventionsfunktion des Rechts ermöglicht ein geregeltes Zusammenleben innerhalb einer Rechtsordnung nur, weil die Erwartung besteht, dass Rechtsverstöße geahndet werden. Zur Präventionsfunktion tritt die Funktion der Streitbeilegung durch eine verbindliche rechtliche Entscheidung im Falle von sozialen Konflikten innerhalb der Rechtsgemeinschaft hinzu³⁴⁵. Diese Aufgabe der Konfliktbeseitigung kommt den Gerichten zu, welche das gelebte Recht entwickeln.

Des Weiteren und gewissermaßen in Folge des Entscheidungszwanges, welcher das Offenlassen einer Frage verbietet, prägen den juristischen Diskurs Beweisschwierigkeiten. Solche bestehen sowohl auf tatsächlicher wie auch auf rechtlicher Ebene. Der Richter muss den ihm vorgetragenen Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde legen können, kann ihn, da er in der

³⁴³ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 8. Aufl. 1985, S. 500.

³⁴⁴ Gräfin Katharina von Schlieffen, *Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung*, *Rechtstheorie* 32 (2001), 175, S. 186 ff.; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl. 1993, S. 314 ff.

³⁴⁵ Eine richterliche Entscheidung kann es nicht bei einer Handlungsempfehlung an die Konfliktparteien belassen oder etwa an deren gesunden Menschenverstand appellieren, sie muss klare Handlungsanweisungen geben, Rechtsfindung ist „praktisches, erfolgsbezogenes Handeln“ vgl. Gräfin Katharina von Schlieffen, *Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung*, *Rechtstheorie* 32 2001, 175, S. 188 Weil es auch andere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigungen gibt, wie etwa den Vergleich oder die Erledigungserklärung, spricht Lee von einem „Erledigungsdruck“, der die gerichtliche Kommunikation prägt, vgl. *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 248 ff.

Vergangenheit liegt, aber nicht selbst beobachten oder im Wege eines Experimentes mit identischen Bedingungen nachstellen. Damit der Richter sich eine tatsächliche Entscheidungsgrundlage dennoch schaffen kann, erhebt er Beweis. Die verschiedenen Unzulänglichkeiten der verschiedenen Beweismittel interessieren für den Gegenstand dieser Untersuchung nicht im Einzelnen. Es soll die Feststellung genügen, dass die Beweiserhebung nur eine Annäherung an den wirklichen Sachverhalt ermöglicht, bereits auf tatsächlicher Ebene also letzte Unklarheiten nicht sicher ausgeräumt werden können. Hinzu kommt, dass der Richter wie gesehen auch den Sachverhalt sprachlich verfassen muss und ihn so für seine Entscheidung mithilfe der Verfahrensbeteiligten, soweit er rechtlich relevant ist, rekonstruiert. Das Recht trägt diesen Schwierigkeiten rein faktischer Art durch Beweislastregeln Rechnung.

Es handelt sich bei rechtlichen Fragestellungen nicht um theoretische Fragen, sondern das Recht soll das Verhalten der Rechtsunterworfenen koordinieren, weshalb es klare, praktische Handlungsanweisungen geben muss. Damit ist zugleich einer der Einwände gegen *Alexys* Sonderfallthese ausgeräumt, welcher lautet, es handele sich beim juristischen nicht um einen praktischen Diskurs. Denn es kann festgestellt werden, dass es auch im juristischen Diskurs zumindest dann um praktische Fragen geht, wenn sein Ergebnis handlungsanleitend sein soll, was für die hier interessierende Rechtspraxis der Fall ist³⁴⁶.

Zugleich bestehen aber schon aufgrund der zuvor beschriebenen Besonderheiten des gerichtlich geführten Diskurses Einschränkungen, welche, gemessen an den Anforderungen an einen idealen Diskurs, gegen den Diskurscharakter von Entscheidungen in der Rechtspraxis sprechen würden. Als ein unter idealen Bedingungen geführter Diskurs soll der ideale Diskurs nach der klassischen Diskurstheorie als Richtigkeitskriterium dienen, müsste aber dafür gleichzeitig zumindest hypothetisch durchgeführt werden können³⁴⁷. Auch im idealen Diskurs sollen nach dieser Vorstellung die Diskursregeln eingehalten werden und die Zahl seiner Teilnehmer ist notwendig beschränkt, wodurch bereits die im idealen Diskurs erzielbare Richtigkeit relativ im Hinblick auf die Teilnehmer und die Rationalität der Diskursregeln selbst ist³⁴⁸. Wegen der Unmöglichkeit der Durchführung ist der ideale Diskurs kein geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Richtigkeit einer juristischen Entscheidung³⁴⁹.

³⁴⁶ Vergleiche dazu ausführlich *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 195 ff.

³⁴⁷ *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 124.

³⁴⁸ In diesem Sinne *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 124 f. und umfassend zur Begründbarkeit der Diskursregeln ebenda S. 57 ff.

³⁴⁹ Vergleiche *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 129.

Der auf die Ergebnisse des idealen Diskurses als Richtigkeitsmaßstab abstellenden idealistischen Diskurstheorie liegt die Konsensustheorie der Wahrheit zugrunde. Diese beurteilt eine Aussage dann als wahr, wenn sie die potenzielle Zustimmung aller möglichen Gesprächspartner erlangen kann, verlangt also einen begründeten Konsens³⁵⁰. Auch die Diskurstheorie beruht insofern auf der Idee der Herstellung eines Konsenses³⁵¹.

Zwar ist der Grund für die Annahme der Richtigkeit einer rechtlichen Lösung nach den Kriterien der Diskurstheorie nicht deren Konsensfähigkeit, sondern vielmehr die Feststellung ihrer *diskursiven Möglichkeit*, also das Überstehen des Diskursprozesses unter Einhaltung der Diskursregeln³⁵². Eine unabhängig vom Diskurs richtige Norm gibt es demnach, selbst bei universeller Zustimmung, nicht. Um zu erklären, wie von der Einhaltung prozeduraler Regeln auf die Richtigkeit des Ergebnisses geschlossen werden kann, benötigt die Diskurstheorie dennoch die Prämisse eines hinreichenden Urteilsvermögens der Diskursteilnehmer, welches ihnen die Unterscheidung „guter“ von „schlechten“ Gründen erlaubt³⁵³. Der Begriff der „*diskursiven Möglichkeit*“ weist zugleich in die Richtung eines weiteren gegen den Richtigkeitsbegriff der Diskurstheorie vorgebrachten Einwandes – des Widerspruchseinwands. Dieser beruht darauf, dass selbst ein idealer Diskurs zwei sich widersprechende Normen zum Ergebnis haben kann³⁵⁴.

Die Annahme, eine absolut richtige Lösung finde sich nur in Einzelfällen nicht, kann auch vor dem Hintergrund der zuvor beschriebenen Offenheit des Rechts nicht überzeugen. Das Festhalten an einem absoluten Richtigkeitsbegriff als regulative Idee, welche die realen Diskursteilnehmer in der Rechtspraxis anleiten soll, ist mit einem realistischen Verständnis der Vorgänge der Rechtsherstellung nicht vereinbar. Das gelebte Recht als Gegenstand jeder Theorie juristischer Argumentation bedingt, dass die Diskurstheorie keine absolute Richtigkeit der Diskursergebnisse beanspruchen kann³⁵⁵. Die vorausgehenden Erörterungen haben aufgezeigt, dass der juristische Diskurs keine *objektive* Rationalität herstellen kann, weil auch der Rationalitätsmaßstab diskursiv hergestellt werden muss. Eine Bindung an die Vernunft im Sinne

³⁵⁰ Jürgen Habermas, Wahrheitstheorien, in: Fahrenbach (Hg.), Wirklichkeit und Reflexion, 1973, 211, S. 219.

³⁵¹ Die potenzielle Zustimmung aller macht Alexy zu einer seiner Diskursregeln Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. 1978, S. 252-253, 271; Harald Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 369 f.

³⁵² Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, 1. Aufl. 1995, S. 119.

³⁵³ Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, 1. Aufl. 1995, S. 120; vgl. auch Rolf Gröschner, Theorie und Praxis juristischer Argumentation, in: Henkel (Hg.), Dialogik des Rechts, 2013, 127, S. 129.

³⁵⁴ So Alexy selbst, vgl. Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, 1. Aufl. 1995, S. 121

³⁵⁵ Ähnlich schon Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden, 2. Aufl. 2012, S. 181.

des „zwanglosen Zwanges des besseren Arguments“ kann für den Rechtsdiskurs nicht festgestellt werden³⁵⁶.

2. Grundlegende Anforderungen an eine realistische Diskurstheorie

Als Mindestvoraussetzung einer realistischen Diskurstheorie ist anzuerkennen, dass bereits die Vorstellungen über einen idealen juristischen Diskurs ein Diskursergebnis darstellen, ihrerseits also in der Rechtsgemeinschaft konstruiert sein müssen. Diese Erkenntnis sowie die praktischen Bedingungen des Diskurses der Rechtspraxis können von einem Diskursmodell, welches den idealen Diskurs allein als diskursiv ermitteltes Ideal versteht, auf welches der reale Diskurs auszurichten ist, besser abbilden. Ein solches Modell präsentiert *Bäcker* unter Auseinandersetzung mit den zuvor dargestellten Schwächen der klassischen Diskurstheorie. Er unterscheidet drei Ebenen.

Auf der ersten Ebene steht das jeweilige Diskursideal als das aktuellen Vorstellungen der Gesellschaft entsprechende Idealbild eines Diskurses. Dieses versteht er nicht als abstrakt vorausgesetztes Regelgefüge, sondern als die aktuelle mehrheitliche gesellschaftliche Vorstellung von idealen Diskursbedingungen. Auf der zweiten Ebene verortet er die – an die Stelle der Diskursregeln nach *Alexy's* Modell tretenden – *Diskursprinzipien*. Prinzipien versteht er dabei als auf die Realisierung eines Optimierungsziels gerichtete Optimierungsgebote³⁵⁷, was bereits ihre nur relative Erreichbarkeit indiziert³⁵⁸. Die Diskursprinzipien dienen somit als Verbindungsglied zwischen dem realen Diskurs und dem Diskursideal³⁵⁹. Sie gebieten eine Optimierung der vom Diskursideal erforderten Bedingungen, jedoch relativiert auf die jeweiligen Umstände des Diskurses³⁶⁰. In mit einem realistischen Rechtsverständnis vereinbarer

³⁵⁶ Vergleiche *Christian Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 126 f.: "Begründungen in einem starken Sinne sind solche, die mit dem 'zwanglosen Zwang des besseren Arguments' ausgestattet sind. Diese sind (SW: im Recht) unmöglich. Begründungen in einem schwachen Sinne sind dadurch gekennzeichnet, dass sie sich als ein auf Überzeugung ausgerichteter Vorschlag eines neuen Vokabulars oder einer neuen Verwendungweise eines bekannten Vokabulars darstellen. Solche Begründungen sind im Recht nötig."

³⁵⁷ *Carsten Bäcker*, Begründen und Entscheiden, 2. Aufl. 2012, S. 138: „Der Prinzipiengegenstand ist das Ziel (Z), das möglichst weitgehend durch die Optimierung eines Zustands realisiert werden soll. Das Prinzip ist die Norm; die das Gebot der Optimierung zum Ausdruck bringt (OOptZ)“

³⁵⁸ Prinzipien geben ein Idealziel vor, welches in der Realität nur möglichst optimal, erfüllt werden kann. Vgl. *Carsten Bäcker*, Begründen und Entscheiden, 2. Aufl. 2012, S. 139 f.; *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. 1978, S. 241, 252.

³⁵⁹ *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. 1978, S. 141.

³⁶⁰ Siehe *Carsten Bäcker*, Begründen und Entscheiden, 2. Aufl. 2012, S. 146: „Die Diskursprinzipien haben nicht nur den Charakter eines anzustrebenden, aber nie zu erreichenden Ideals, sondern sie bieten ein Ziel, das immer dann erreicht ist, wenn die Gegenstände der Diskursprinzipien relativ auf die gegebenen Umstände möglichst weitgehend erfüllt sind.“

Weise sind die Diskursideale demnach ihrerseits das Ergebnis eines real durchgeführten Diskurses und damit kein objektiv festgelegtes ideales Sollen.

Die dritte Ebene des Modells bildet der reale Diskurs, in dem die Diskursprinzipien schließlich auf die realen Umstände angewandt werden. Die Diskurssituation soll derart gestaltet werden, dass sie so weitgehend wie möglich dem über die Diskursprinzipien vermittelten Diskursideal entspricht³⁶¹. Durch die Diskursprinzipien entsteht in *Bäckers* Drei-Ebenen-Modell ein Maßstab der Richtigkeit für den realen Diskurs³⁶². Weil die Ermittlung einer optimalen Diskurssituation für den tatsächlichen Diskurs aufwendig sei, sei es sinnvoll, für eine gegebene Diskurssituation die optimalen Bedingungen in einem Regelwerk festzuhalten³⁶³.

Die Konzeption richterlicher Entscheidungstätigkeit als Diskurs entspricht der Erkenntnis, dass die Bedeutung sprachlicher Normen durch den Sprachgebrauch in der Rechtspraxis diskursiv hergestellt wird. Der Richter nimmt mit seiner Interpretationstätigkeit an der Rechtskommunikation innerhalb der Rechtspraxis teil und ist auf die Akzeptanz durch die anderen Akteure dieser Praxis angewiesen. Der wesentliche Vorteil eines solchen Drei-Ebenen-Modells der Diskurstheorie gegenüber der klassischen Diskurstheorie besteht darin, dass es auf einen diskursiv erzielten Konsens als Kriterium absoluter Richtigkeit verzichtet³⁶⁴. Es erkennt zum einen an, dass rechtliche Richtigkeit ebenso wie moralische Wahrheit oder Gerechtigkeit eine relative Größe ist und zum anderen, dass das Recht keinen absoluten Gerechtigkeitsanspruch stellen muss³⁶⁵.

Das Modell verdeutlicht vor allem die Abhängigkeit der optimal erreichbaren Diskurssituation vom jeweils zugrunde gelegten Diskursideal und verweist somit auf den Diskurs zurück. Da die Inhalte des Diskursideals nicht fixiert sind, sondern von den normativen Vorstellungen der Diskursteilnehmer zum Zeitpunkt des Diskurses abhängen, ist es in zeitlicher Hinsicht inhaltlich wandelbar, womit auch die Diskursprinzipien dem Wandel unterliegen. Die Ausrichtung auf das wandelbare Diskursideal vermeidet abstrakte inhaltliche Vorgaben an die

³⁶¹ Carsten Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 144.

³⁶² Carsten Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 146, Hervorhebungen nicht im Originaltext, sondern im Zitat eingefügt: „Das Ergebnis eines tatsächlichen Diskurses ist ebenso wie das Regelwerk eines tatsächlichen Diskurses dann (**relativ**) **richtig**, wenn im zugrundeliegenden Diskurs eine optimale Verwirklichung der Gegenstände der Diskursprinzipien **unter den gegebenen Umständen** gewährt ist.“

³⁶³ Carsten Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 144 ff.; Mit Regeln meint er – das unterscheidet sein Modell von dem *Alexy'schen* – das erreichbare Maß der Prinzipienziele, welches als Standard für den jeweiligen Diskurs festgehalten werden soll.

³⁶⁴ Carsten Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 151.

³⁶⁵ Ähnlich Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 20: „Ein juristischer Bezug auf die Gerechtigkeit muss schließlich keineswegs zeigen, dass man diese auch für ‚absolut‘ begründet hält. Im juristischen Rahmen einer bestimmten, historisch gegebenen Rechtsordnung kann die Berufung auf eine ‚relative‘ Gerechtigkeit durchaus ausreichend sein.“

Diskursregeln; diese werden vielmehr fortlaufend dialogisch ermittelt³⁶⁶. Zugleich bringt das Modell die Entscheidungsundefinität realer praktischer Diskurse deutlicher zum Ausdruck ohne sie als Ausnahmefall zu kennzeichnen³⁶⁷.

Im demokratischen Verfassungsstaat sichern die an Verfassungsprinzipien angeknüpften Verfahrensgarantien – wie das rechtliche Gehör oder das Recht auf den gesetzlichen Richter für das Gerichtsverfahren – in den Verfahrensordnungen die Ausrichtung am demokratisch rechtsstaatlichen Diskursideal. Die den Verfassungsprinzipien durch die Rechtspraxis zugeordneten Verfahrensgarantien sind diskurstheoretisch als Formulierung der Diskursprinzipien des institutionalisierten juristischen Diskurses anzusehen. Beruhend auf den zuvor beschriebenen Erkenntnissen eines institutionenpositivistischen Rechtsverständnisses ist offenkundig, dass die Bedeutung der Verfassungsprinzipien ihrerseits durch die Rechtspraxis bestimmt wird. In den Prozessordnungen findet dabei das aktuelle Rechtswissen darüber, durch welche Regeln die Diskursprinzipien möglichst optimal verwirklicht werden können, seinen Anknüpfungspunkt. Die optimale Verwirklichung der Diskursprinzipien für die gerichtliche Diskursituation kann, da sie ebenso das Ergebnis eines juristischen Diskurses darstellt, stets erneut in Frage gestellt werden.

3. Anerkennung der Selbstbezüglichkeit des juristischen Diskurses

Als Teil des gelebten Rechts entwickelt sich auch das Prozessrecht notwendig durch die gerichtliche Entscheidungspraxis. Die einfachgesetzlichen Regeln der gerichtlichen Prozessordnungen werden durch die Rechtspraxis unter Ausrichtung an den Verfassungsprinzipien stetig fortentwickelt. Die Zirkularität, die darin zum Ausdruck kommt, dass zum einen die Optimierung der gerichtlichen Diskurssituation anhand der in den Verfassungsnormen verkörperten Verfassungsprinzipien erreicht werden soll, zum anderen deren Bedeutung aber erst im Diskurs bestimmt wird, lässt sich bei Verzicht auf einen transzendenten Maßstab für die optimale Diskurssituation nicht beheben. Der juristische Diskurs als sprachliche Praxis stellt seinen Rationalitätsmaßstab notwendig selbst her³⁶⁸.

Auch die Ausrichtung auf das Gesetz als wesentlicher Entscheidungsmaßstab kann diese Zirkularität bei realistischer Einschätzung der Gesetzesbindung nicht durchbrechen. Ist die optimale Verwirklichung der Diskursprinzipien zum Maßstab moralischer Richtigkeit der Dis-

³⁶⁶ Anders als in *Alexys* Modell, in welchem sie als bestehend vorausgesetzt werden, siehe dazu *Rolf Gröschner*, Theorie und Praxis juristischer Argumentation, in: Henkel (Hg.), *Dialogik des Rechts*, 2013, 127, S. 131 ff.

³⁶⁷ *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 157.

³⁶⁸ Vergleiche auch *Christian Becker*, *Was bleibt? Recht und Postmoderne*, 2014, S. 93 ff. mit der Feststellung, das Recht könne „dem Schicksal nicht entrinnen, dass es selbst über die Maßstäbe befinden muss, nach denen es sich von der schieren Machtausübung unterscheidet.“

kursergebnisse erhoben, ist es aber einsichtig, dass das Gesetzgebungsverfahren als die zur Entscheidung moralischer Fragen am besten geeignete Diskurssituation angesehen wird. Der Vorteil des parlamentarischen Diskurses gegenüber dem öffentlichen Diskurs liegt in seiner Institutionalisierung, welche eine optimale Verwirklichung der Diskursprinzipien durch ein Regelwerk überhaupt erst ermöglicht. Bereits die in der Wahl (bestmöglich) verwirklichten Diskursprinzipien der Gleichheit und Allgemeinheit, die sich im freien Mandat fortsetzen, zeichnen den Gesetzgebungsprozess gegenüber allen anderen Diskurssituationen aus³⁶⁹. Auch das Mehrheitsprinzip ist ein dem aktuellen Diskursideal der Verfassungsordnung des Grundgesetzes entsprechendes (aktuell außer Frage gestelltes) Diskursprinzip. In einer repräsentativen Demokratie wird auch deshalb die Ermittlung mehrheitsfähiger moralischer Wertvorstellung als die Aufgabe der Legislative angesehen. Diese Mehrheitswerte müssen in einer modernen Demokratie als Repräsentation eines hinreichenden gesellschaftlichen Konsenses genügen³⁷⁰.

Weil der Sprachgebrauch der Rechtspraxis sich fortlaufend entwickelt, kann *die* Bedeutung einer Gesetzesnorm aber keinen außerhalb des Rechtsdiskurses liegenden Maßstab für die Richtigkeit eines neuen Sprachgebrauchs bilden³⁷¹. Dies würde das Bestehen einer abgrenzbaren, aus dem Gesetzgebungsverfahren als unter optimalen Bedingungen geführter allgemeiner praktischer Diskurs entstandenen Normbedeutung voraussetzen. Weil die Bedeutung rechtlicher Normen in der Rechtspraxis hergestellt wird, finden gesellschaftliche Wertvorstellungen bereits über das sozial konstruierte Vorwissen des Richters Eingang in den juristischen Dis-

³⁶⁹ Zu den Wahlrechtsgrundsätzen siehe *Peter Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 2018, Art. 38 GG, S. 126 - 169; zum freien Mandat siehe *Hans Hugo Klein*, § 51 Status des Abgeordneten, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Demokratie - Bundesorgane, 2005, 1-41, S. Rz 2-4; *Hans-Heinrich Trute*, in: Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 2021, Art. 38, S. Rz 26-99.

³⁷⁰ *Reinhold Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, 1987, S. 14; *Julian Krüper*, Das Glück der größten Zahl - zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat, Zeitschrift für das Juristische Studium 2009, 477-452, S. 479. Das Bestehen von tatsächlich mehrheitsfähigen Werten ist jedoch in einer stark ausdifferenzierten Gesellschaft eher als Seltenheit zu vermuten. Erschwert ist dabei nicht nur die Ermittlung von Mehrheitswerten, sondern Schwierigkeiten bestehen auch bei der Festlegung genauer Handlungserwartungen, die sich aus einem in der Gesellschaft möglicherweise mehrheitlich vertretenen Wert ergeben. Vergleiche dazu *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 88 f.

³⁷¹ Hingegen sieht *Bäcker* als unverzichtbar für das diskurstheoretische Verständnis des Rechts allein die Gesetzesbindung an, während die Bindung an Präjudizien und Dogmatik nützlich, aber nicht notwendig sei. Zwar weist *Bäcker* in seiner modifizierten Diskurstheorie bereits auf Wechselwirkungen hin, dennoch sieht er den Richter nur dann in der Verantwortung, gesellschaftliche Werte selbst zu gewichten, wenn das anzuwendende Gesetz „veraltet“ sei, also nicht dem entspreche, was im Entscheidungszeitpunkt diskursiv möglich sei *Carsten Bäcker*, Begründen und Entscheiden, 2. Aufl. 2012, S. 257 Richterliche Wertungen werden somit als Ausnahmefall für den Fall angesehen, dass vom Gesetzgeber getroffene Wertentscheidungen nicht mehr den aktuellen gesellschaftlichen Wertevorstellungen entsprechen. Dieses Ausnahme-Regel-Verhältnis entspricht der überkommenen Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, welche bei einer realistischen Einschätzung der Gesetzesbindung nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Die Gesetzesbindung entspricht bei realistischer Betrachtung hingegen weitgehend einer Bindung an das in Dogmatik und Präjudizien festgehaltene materielle Rechtswissen

kurs³⁷². Die Internalisierung von Normvorstellungen durch den Richter kann ihrerseits keine vollkommene Rückbindung an „die“ gesellschaftlichen Werte sichern³⁷³.

Gemessen an dem Ziel einer möglichst umfassenden Rationalisierung der richterlichen Entscheidungstätigkeit muss es enttäuschen, dass die Ergebnisse des Gesetzgebungsverfahrens einen nur beschränkten Einfluss auf den juristischen Diskurs haben. Aus institutionenpositivistischer Sicht ist dies schlicht die Konsequenz aus der Anerkennung der tatsächlichen Vorgänge der Rechtsherstellung. Was der klassischen Methodenlehre als Feststellung der Bindungslosigkeit des juristischen Diskurses erscheinen mag, öffnet in Wahrheit den Blick für dessen selbstreferentielle Bindungen³⁷⁴.

Zu der bereits dargestellten Ausrichtung am Gesetz bei der Bedeutungsherstellung tritt für den bei Gericht geführten Diskurs die Bindung an institutionalisierte Diskursregeln. Diese bestimmen, anders als die Gesetzesbindung, nicht einen inhaltlichen, sondern einen prozessualen Rahmen der Rechtsherstellung. In diesem Rahmen, unter Beachtung der das gerichtliche Verfahren kennzeichnenden Grundsätze, wird darüber verhandelt, welche Gesichtspunkte für die Entscheidung von Relevanz sind³⁷⁵.

³⁷² Siehe *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 247 f. In *Bäckers* Modell ist die Instanz, welche die Rückbindung rechtlicher Entscheidungen an die gesellschaftlichen Wertevorstellungen sichert, grundsätzlich das Parlament, nur im Einzelfall habe der Richter auch die Bindung an das relativ Richtige unabhängig vom Gesetz in seiner Entscheidung zu beachten.

³⁷³ Die in das Vorwissen des Richters eingehenden Wertvorstellungen sind das Ergebnis der Teilnahme an einem nicht institutionalisierten Diskurs, der folglich nicht unter optimalen Bedingungen geführt werden kann. Es besteht im nicht institutionalisierten gesamtgesellschaftlichen Diskurs beispielsweise die Gefahr, dass sich (wirtschaftlich) mächtigere Interessen stärker Gehör verschaffen, da die Gleichheit aller Diskursteilnehmer in der öffentlichen Kommunikation nicht ohne Weiteres abzusichern ist. Damit soll nicht behauptet werden, der Gesetzgebungsprozess sei von der Einflussnahme wirtschaftlich Mächtiger Akteure völlig frei. Schon die hitzigen Diskussionen um eine stärkere gesetzliche Regulierung des Lobbyismus beim Deutschen Bundestag weisen in eine andere Richtung. Die Erörterungen zur Entstehung des gelebten Rechts haben aufgezeigt, dass auch der allgemeine gesellschaftliche Diskurs und das Gesetzgebungsverfahren wechselbezüglich sind. Der gesellschaftliche Diskurs nimmt die Inhalte der gesetzgeberischen Regelungen auf und die Öffentlichkeit entwickelt auf das Recht bezogene normative Erwartungen. Gesetzliche Neuregelungen werden etwa in der Presse veröffentlicht und so zum Gegenstand eines – unter *nicht* optimalen Bedingungen geführten – Diskurses über ihre moralische Richtigkeit. *Lee* bezeichnet diesen Vorgang als die Entstehung des Rechtswissens der Öffentlichkeit, vgl. *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 181 ff. Eine diskurstheoretischen Ansprüchen genügende Rückbindung an das Gesetzgebungsverfahren wird freilich auch dadurch nicht erreicht.

³⁷⁴ Siehe auch bereits *Ralph Christensen*, *Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung*, in: *Lerch* (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 1, S. 92: „Es zeigt sich nämlich das Paradox, dass Juristen an das gebunden sind, was sie selbst produzieren. Aber das ist kein Grund für panischen Schrecken. Denn mit den geschilderten methodischen Instrumenten [die Begründungsstandards der Rechtspraxis] verfügen die Gerichte über ein äußerst erfolgreiches und praktisch bewährtes Instrumentarium zum Paradoxmanagement.“

³⁷⁵ *Hans-Joachim Strauch*, *Rechtssprechungslehre*, in: *Lerch* (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 479, S. 513.

C. Prämissenaustausch II: Realistische Einschätzung der (Eigen-)Rationalität des Rechtsdiskurses

Weil eine juristische Entscheidung nicht auf eine Legitimation stiftende Instanz in Form von Gesetz, Moral, Vernunft oder Bedeutung verweisen kann, kann sie keine absolute Richtigkeit für sich beanspruchen. Das „bessere“ oder „rationalere“ Argument kann sich damit nicht zwangsläufig durchsetzen, weil es schlicht keinen objektiven Maßstab für seine Bestimmung gibt³⁷⁶. Es ist in den meisten Fällen möglich, genauso gute Gründe für wie gegen eine bestimmte Entscheidung vorzubringen. Daraus, dass juristische Argumentation grundsätzlich unendlich betrieben werden kann³⁷⁷, erklärt sich auch die besondere Rolle von Autoritäten im Recht³⁷⁸.

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt dennoch, dass gerichtliche Entscheidungen begründet werden³⁷⁹. Weil eine absolute, mit rationalen Argumenten nicht angreifbare Begründung nicht möglich ist, kann der Richter nur darauf abzielen, eine *überzeugende* Begründung zu geben³⁸⁰. Der Richter richtet sich mit seiner Entscheidungsbegründung nicht nur an die Parteien des Rechtsstreits und die übrigen Gerichte, sondern auch an die Fachöffentlichkeit und die allgemeine Öffentlichkeit³⁸¹, muss also deren – von ihm selbst übernommenen – Erwartungen berücksichtigen und zu erfüllen suchen³⁸².

Erst die Begründungspflicht ermöglicht eine Auseinandersetzung mit der richterlichen Argumentation im professionalisierten Rechtsdiskurs. Der Richter muss die Entscheidungsbegründung zunächst in Übereinstimmung mit von der Rechtspraxis akzeptierten Methoden darstel-

³⁷⁶ Vergleiche auch *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 280, 296.

³⁷⁷ Zur Notwendigkeit von Verkürzungen, obwohl bessere Argumente im Diskurs immer möglich sind, vgl. *Benjamin Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, 1. Aufl. 2011, S. 133 f.

³⁷⁸ Ähnlich bereits *Gerd Rollecke*, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: v. Starck (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 22, S. 23.

³⁷⁹ *Stefan Brink*, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung*, 1999, S. 46 ff.; *Jörg Lücke*, *Begründungszwang und Verfassung*, 1987, S. 37 ff.; *Uwe Kischel*, *Die Begründung*, 2003, S. 63 ff.

³⁸⁰ So auch *Christian Becker*, *Was bleibt? Recht und Postmoderne*, 2014, S. 126 so auch bereits *Karl Engisch*, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, S. 22.

³⁸¹ *Chaim Perelman*, *Recht und Rhetorik*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 237, S. 241; *Jürgen Weitzel*, *Werte und Selbstwertung juristisch-forensischen Begründens heute*, in: Cordes (Hg.), *Juristische Argumentation - Argumente der Juristen*, 2006, 11, S. 14; Zur Fachöffentlichkeit siehe *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Das Enthymem - ein Modell juristischen Begründens*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 601, S. 603.

³⁸² *Hoffmann-Riem*, *Die Klugheit der Entscheidung liegt in ihrer Herstellung - selbst bei der Anwendung von Recht*, in: Scherzberg (Hg.), *Kluges Entscheiden*, 2006, 3, S. 17. Vgl. auch bereits *Josef Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 22: „Der Rechtsfindende bemüht sich um Abstimmung mit der Bewußtseinslage der für ihn vernünftigen Menschen seiner Zeit notwendig aus seinem eigenen Bewußtsein in der Gesellschaft heraus (...) diese seine Auswahl vom gedachten Kommunikationspartner ist mithin eine Projektion seiner eigenen Rationalität auf eine gesellschaftliche Rationalität; die es nicht gibt – aber geben sollte, so nämlich, wie er sie aus seiner Rolle heraus und kraft seiner eigenen Sozialisation versteht.“ Deutlich *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 265: „Der Richter muß den simulierten praktischen Diskurs mit einer Begründung entscheiden, die einer diskursiven Kontrolle nicht nur der beteiligten Parteien, sondern auch der höheren Gerichte und der Öffentlichkeit standhält.“

len³⁸³. Anhaltspunkte für „richtiges“ – also überzeugendes – juristisches Argumentieren können sich daher nur aus einer Auseinandersetzung mit der Argumentationspraxis ergeben³⁸⁴. Der Erfolg eines Argumentes wird in der Praxis maßgeblich durch die Gerichte bestimmt. Auch aber die Kritik aus der Fachöffentlichkeit hat erheblichen Einfluss darauf, welche Argumentationsweisen in der richterlichen Entscheidung als zulässig und überzeugend angesehen werden. Eine nicht den Argumentationsstrukturen der Rechtspraxis entsprechende Entscheidungsbegründung riskiert, aufgehoben zu werden. Hält der Richter sich an die innerhalb der Rechtspraxis akzeptierten Darstellungsstandards ist die Wahrscheinlichkeit, dass seine Interpretation Erfolg haben wird, hingegen erhöht³⁸⁵.

Diese juristische Argumentationspraxis ist ihrerseits eingebunden in die gesellschaftlichen Erwartungen an juristische Entscheidungen. Gerade die Verfassungsrechtsprechung ist in besonderem Maße mit Fragen von großer politischer und gesellschaftlicher Bedeutung befasst, welche auch Rechtfertigung gegenüber der allgemeinen Öffentlichkeit erforderlich machen³⁸⁶. In der Rechtspraxis als rechtliche Argumente anerkannte Gesichtspunkte können ihre Überzeugungskraft daher nur aus der *Erfüllung von Rechtmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwartungen* an die richterliche Entscheidung erlangen (II).

Die Normtexte bilden den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Rechts und verkörpern das auf sie bezogene *Rechtswissen* der Rechtspraxis (III.)³⁸⁷. Will der Richter eine überzeugende rechtliche Lösung präsentieren, besteht für ihn grundsätzlich der Zwang, an dieses – stets nur in seiner aktuellen Form erfassbare – Rechtswissen anzuknüpfen³⁸⁸.

³⁸³ Martin Morlok; Ralf Kölbel, Rechtspraxis und Habitus, *Rechtstheorie* 32 2001, 289, S. 291, 296; Ralph Christensen, Die Verständlichkeit des Rechts ergibt sich aus der gut begründeten Entscheidung, *Recht verstehen*, 2004, S. 24 ff.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1. Aufl. 1992

³⁸⁴ Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 44 ff. Die Plausibilität der Begründung wird gewährleistet durch die Beachtung der juristischen Argumentationskultur Ralph Christensen; Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 228.

³⁸⁵ In der Sache ebenfalls, wenngleich ohne dezidierte Unterscheidung von Darstellung und Herstellung Gerd Rollecke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: v. Starck (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 22, S. 23: "Indessen sind nicht alle Stufen der Plausibilität diskutabel. Fraglose Anerkennung schließt jede Diskussion aus. Sie lässt sich allenfalls im Nachhinein als Evidenz registrieren. (...) Evidenz kann deshalb bedeuten, dass der Anwender jede Erläuterung verweigert, weil er meint die Verweigerung der Zustimmung sei schlechthin unvernünftig. (...) Unter dem Aspekt der Plausibilität lässt sich die Anwendung jedenfalls nur diskutieren, wenn sie als problemlos erscheint und der Erläuterung bedarf.": „Die Wahrscheinlichkeit der Zustimmung erhöht sich, wenn Darstellungsstandards erfüllt werden, die zurzeit juristische Rationalität und Legitimität verbuchen.“

³⁸⁶ Dazu etwa Jutta Limbach, *Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts*, in: Vorländer (Hg.), *Integration durch Verfassung*, 2002, 315, S. 321.

³⁸⁷ Anders Coendet, welcher das Gesetz als ausreichende Verkörperung rechtlichen Wissens ansieht Thomas Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 117.

³⁸⁸ Zum Anschlusszwang an das Recht vergleiche Gräfin Katharina von Schlieffen, *Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung*, *Rechtstheorie* 32 2001, 175, S. 181 f.; ähnlich auch bereits Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 235 f.

Es muss also auf der Herstellungsseite stets eine Meinung darüber gebildet werden, ob neue Situationen vom bestehenden Rechtswissen erfasst sein sollen. Auf der Darstellungsseite muss zudem die Vereinbarkeit mit dem Rechtswissen aufgezeigt werden. Dazu dient der Verweis auf die in der Rechtspraxis als Autoritäten anerkannten Bestandteile des Rechtswissens: auf höchstrichterliche Entscheidungen, die ständige Rechtsprechung, Rechtsprechungslinien oder herrschende Meinungen (IV.). Weil das Rechtswissen aufgrund seiner sprachlichen Form seinerseits keine feststehende Entität ist, muss die Verbindung zwischen dem neuen Sprachgebrauch und dem Rechtswissen erst hergestellt werden. Dies ist auf das gelebte Verfassungsrecht sowie das Verfassungsrechtswissens im Wesentlichen übertragbar (VI.).

Der Übergang zwischen der Anknüpfung an bestehendes Rechtswissen und dem argumentativen Anschluss an dieses ist fließend. Ob Argumentation erforderlich wird, kann nicht anhand eines diskursexternen, objektiven Maßstabs entschieden werden. Ihre Notwendigkeit ergibt sich jedenfalls immer dann, wenn über die Bedeutung einer Norm gestritten wird³⁸⁹. Der Unterschied wird erkennbar auf der *Darstellungsebene*. Auf dieser wird das Interpretationsergebnis entweder in Form der Subsumtion als aus dem materiellen Rechtswissen abgeleitet dargestellt oder die nicht hinreichend an das materielle Rechtswissen anknüpfbaren Prämissen der Entscheidung müssen durch substantielle Argumente gestützt werden. Ist die Überschneidung mit anerkannten Sprachgebrauchsweisen so groß, dass Evidenz vorliegt, wird auf der Darstellungsseite nicht erkennbar, dass es sich um eine neue Sprachgebrauchsweise, etwas „bisher Ungesagtes“, handelt³⁹⁰. Wird ein neuer Sprachgebrauch schlicht als von den im Rechtswissen enthaltenen Sprachgebrauchsweisen erfasst unterstellt und nicht durch Argumentation gestützt, obwohl ein Verbindungsglied zwischen Rechtswissen und Sprachgebrauchsweise fehlt, stößt dies in der Rechtspraxis voraussichtlich auf Kritik.

Je größer die Differenz zwischen dem in einer Norm verkörperten Rechtswissen und dem neuen der Norm zugeordneten Sprachgebrauch ist, desto größer ist der Argumentationsaufwand des entscheidenden Richters³⁹¹. In Überlegungen zu einer Theorie juristischer Argumentation wird die Tatsache, dass Argumentation nur erforderlich wird, wenn vom anerkan-

³⁸⁹ Christian Becker, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 63.

³⁹⁰ So auch für die Fälle einer besonders ausdifferenzierten und funktionsfähigen Dogmatik Christian Becker, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 128.

³⁹¹ Auf die Schwierigkeiten ein starkes Abweichen vom bestehenden Rechtswissen zu erklären weist bereits *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 397 hin: "Die Rekonstruktion des Sinnsystems auf hoch abstrakter Ebene führt zugleich dazu, dass bei der Rechts'darstellung' die Schwierigkeit des Richters zunimmt, den sozialen Erwartungen - seien es die vom oberem Gericht, die von Parteien im Gericht, oder die der Öffentlichkeit - trotz der von ihnen nicht erwarteten Entscheidung durch die eigene plausible Argumentation Zufriedenheit zu verschaffen."; Ähnlich auch *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 479, S. 506.

ten Wissensbestand abgewichen wird, in verschiedener Weise reflektiert. So kommt sie in dem von *Perelman* als „Prinzip der Trägheit“ bezeichneten Gedanken, eine bestehende Praxis bedürfe keiner argumentativen Rechtfertigung und von ihr dürfe nicht ohne Grund abgewichen werden, zum Ausdruck³⁹². Auch *Alexy* hält das Ausgehen von bestimmten Grundannahmen für eine die Argumentation überhaupt erst ermöglichende Bedingung und bezeichnet diesen Gedanken als *Argumentationslastregel*³⁹³. Beide Autoren bekräftigen aber zugleich, dass sich, was derart als „wahr“ erkannt werden könne, nur vorläufig und nicht auf Dauer der Argumentation entzieht³⁹⁴.

Von besonderer Bedeutung für die Skizzierung der realen Bindungen juristischer Argumentation ist die Unterscheidung zwischen *Darstellung* und *Herstellung* der richterlichen Entscheidung. Die analytische Unterscheidung zwischen diesen Phasen oder Ebenen der juristischen Entscheidung ermöglicht die Überwindung der positivistischen Prämissen der klassischen Methodenlehre³⁹⁵. Weil diese vom Ideal der Herleitung der Normbedeutung aus dem Gesetzestext geprägt ist, versteht sie die anerkannten Methoden juristischer Auslegung zugleich als Mittel zur Erfassung der Normbedeutung. Vorrangig der rhetorischen Rechtstheorie verdankt sich die Einsicht, dass aus der Beobachterperspektive der Rechtswissenschaft nicht feststellbar ist, ob die in der richterlichen Entscheidungsbegründung sichtbar werdende Argumentation für einen bestimmten Sprachgebrauch mit dem subjektiven Grund für diesen auf der Herstellungsseite übereinstimmt. Dennoch prägen die Darstellungsvorgaben den subjektiven Interpretationsakt des Richters, was am Darstellungsschema des Justizsyllogismus verdeutlicht werden soll (I.). Die Fähigkeit anerkannter juristischer Argumentationsformen, die Entscheidung am materiellen (Verfassungs-)Rechtswissen auszurichten und dies nach außen darzustellen, sichert die Erfüllung der Rechtmäßigkeitserwartung.

³⁹² *Chaim Perelman*, Logik und Argumentation, 1979, S. 98 f. Der von Perelman in diesem Zusammenhang genutzte Begriff der „Wahrheit“ signalisiert freilich eine falsche Absolutheit, wie gesehen kann eine solche in moralischen und rechtlichen Fragen nicht erreicht werden.

³⁹³ *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. 1978, S. 216 f.

³⁹⁴ In diesem Sinne auch *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 117: „*Wissen wir, wie zu entscheiden ist, brauchen wir nicht zu argumentieren. Wenn wir etwas wissen, so könnte man anschließend an Wohlrapp formulieren, dann erklären wir und argumentieren nicht. Hier ist eher pädagogisches, nicht aber argumentatives Geschick gefragt. Beurteilt das Gericht einen Fall in dem es einzig auf Gesetz und ständige Rechtsprechung hinweisen kann, erklärt es die Rechtslage. Erst wenn also die epistemischen Erklärungen erschöpft sind oder in die thetische Dynamik gezogen werden, müssen wir juristisch argumentieren*“

³⁹⁵ So auch *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 263 f.

Die rhetorische Rechtstheorie will ein realistisches Bild richterlichen Entscheidens zeichnen und damit Handlungsanleitungen für die Praxis bieten³⁹⁶. Sie wendet sich daher der für diese Untersuchung interessierenden Frage zu, wie tatsächlich in richterlichen Entscheidungen Überzeugungskraft generiert wird. Die Regeln des juristischen Diskurses beinhalten neben den in den Verfahrensordnungen festgehaltenen Vorgaben zum Ablauf des gerichtlichen Verfahrens und den Rechten der Verfahrensbeteiligten auch die diskursive Auseinandersetzung selbst betreffende Regeln. Der Idee nach beschreibt dies treffend der Begriff der „Argumentationsregeln“, also der Regeln darüber, welche Argumente im juristischen Diskurs Gültigkeit besitzen dürfen. Diese Argumentationsregeln werden ihrerseits durch die Rechtspraxis bestimmt und sind daher wandelbar³⁹⁷. Die Vorstellung eines feststehenden Katalogs von Argumentationsregeln trüge nicht der Tatsache Rechnung, dass das Diskursideal und die aus diesem folgenden Diskursprinzipien selbst dem Wandel unterliegen.

Dass die richterliche Entscheidungstätigkeit auf das Gesetz ausgerichtet ist, zeigt sich an der Bedeutung der vier klassischen Auslegungsmethoden in der juristischen Ausbildung und Praxis³⁹⁸. Diese Auslegungsmethoden können auch bei Zugrundelegung eines realistischen Rechtsverständnisses die ihnen jeweils zugemessene Funktion der Sicherung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung erfüllen. Die vier Auslegungsmethoden dienen in besonderer Weise der Orientierung im gelebten Recht, die Ausrichtung auf das Gesetz erweist sich dabei als Ausrichtung auf das in diesem verkörperte Rechtswissen.

Für den einzelnen Rechtsanwender ist ein umfassendes Wissen darüber, was rechtliche Argumente sind, allein durch die Teilnahme an der Rechtspraxis nicht erreichbar. Da zudem die Argumentation für eine Sprachgebrauchsweise in der Regel nicht allein auf einem Argument beruht, sind das Gewicht der einzelnen Argumentationsbestandteile und ihr Einfluss auf den Erfolg nicht für jede Einzelentscheidung exakt feststellbar. Die juristische Methodenlehre sammelt das Wissen darüber, welche Argumentationsweisen in der Rechtspraxis Anerkennung finden und der Begründung eines Interpretationsergebnisses dienen können, und macht es erlernbar.

³⁹⁶ Sie fasst daher das Auseinanderfallen von Herstellung und Darstellung nicht als quälende Unehrlichkeit auf, die es durch Anforderungen an die richterliche Entscheidungsbegründung zu beseitigen gilt. Vgl. *Katharina Sobota*, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 17–22, ausdrücklich auch S. 120.

³⁹⁷ Auch aus rechtsrhetorischer Sicht handelt es sich bei anerkannten Argumentformen und wandelbare Topoi, vgl. *Heino Garrn*, *Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik*, in: Schirren/Ueding (Hg.), *Topik und Rhetorik*, 2000, 499, S. 514.

³⁹⁸ *Martin Morlok*, *Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?*, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), *Subsumtion*, 2012, 179, S. 179.

Die Aufgabe der juristischen Methodenlehre ist, die Strukturen erfolgreicher Rechtsargumentation erlernbar zu machen. In diesem Sinne ist Voraussetzung einer erfolgversprechenden Methodenlehre eine „*Hermeneutik der richterlichen Rechtserkenntnis*“³⁹⁹. Das Wissen also darüber, welche Argumente in der Rechtspraxis überzeugen und damit in dieser zum Erfolg führen können. Diese Wissensbasis bildet – in der Wortwahl dieser Untersuchung bleibend – das *prozessuale Rechtswissen*. Dieses bildet die aktuellen, ihrerseits wandelbaren, Strukturen erfolgreicher Rechtsargumentation ab (V.).

I. Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen am Beispiel des Justizsylogismus

Bei der in der juristischen Ausbildung erlernten Technik der Subsumtion soll aus der Prämisse „*Wenn A, dann B*“ und aus der Prämisse „*A liegt vor*“ die Konklusion „*B*“ abgeleitet werden⁴⁰⁰. Vor dem Hintergrund der Erörterungen im Abschnitt B ist offenkundig, dass die Prämissen dieses als Deduktion der Rechtsfolge aus der Anwendung der Norm auf den Sachverhalt dargestellten Schlusses von den Ergebnissen richterlicher Bedeutungsherstellung abhängig sind⁴⁰¹. Die Prämisse „*A liegt vor*“ beruht auf der Sachverhaltskonstruktion durch den Richter, während „*Wenn A, dann B*“ seine aus dem materiellen Rechtswissen entnommene Normhypothese darstellt. Bereits die Rechtsnorm stellt also keine feststehende Einheit dar, die einfach „auf den Sachverhalt angewandt“ werden könnte⁴⁰².

Ein zwingend logischer Schluss läge aber nur vor, wenn die Prämisse des Untersatzes, also diejenige, dass der Sachverhalt „den Tatbestand der Norm erfüllt“, zwingend wäre⁴⁰³. Denn die Evidenz eines deduktiven Schlusses beruht allein auf der (empfundenen) Evidenz seiner Prämissen⁴⁰⁴. Zwar empfinden die Teilnehmer der Rechtspraxis die Bedeutung mancher

³⁹⁹ *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 43.

⁴⁰⁰ *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Wie Juristen begründen*, *Juristenzeitung* 66 (2011), 109, S. 111.

⁴⁰¹ So anschaulich etwa *Friedrich Müller*; *Ralph Christensen*; *Michael Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 27: "Wenn man die Brille des klassischen Positivismus abnimmt und ohne vorgefasste Rechtsnormtheorie die Entscheidungssammlung eines beliebigen Gerichts betrachtet, dann fällt auf, dass den einzelnen Entscheidungen Leitsätze (...) eingeschrieben sind. Unter diese Leitsätze, nicht etwa unter dem Normtext selbst, wird der zu entscheidende Fall subsumiert."

⁴⁰² So wird es aber noch immer vielfach dargestellt und auch in der juristischen Ausbildung vermittelt. Vgl. etwa *Christoph Luther*, *Die juristische Analogie*, *Juristische Ausbildung* 2013, 449, S. 450: „Manchmal ist unklar, ob der Tatbestand einer Norm einen bestimmten Sachverhalt noch erfasst. In diesen Fällen muss der Rechtsanwender den Tatbestand auslegen. Auslegung (...) findet ihre Grenze am möglichen Wortsinn des Tatbestandes. Bei der Auslegung bleibt der Obersatz also unangetastet.“

⁴⁰³ Vergleiche *Rolf Gröschner*, *Jurisprudenz und Enthymem - eine leidenschaftliche Liaison*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, S. 531.

⁴⁰⁴ So bereits *Ulfried Neumann*, *Juristische Argumentationslehre*, 1986, S. 21; in dieser Richtung auch *Rolf Gröschner*, *Jurisprudenz und Enthymem - eine leidenschaftliche Liaison*, *Rechtstheorie* 42 2011, 515, S. 520:

Normen als evident, jedoch beruht dieses Evidenzempfinden, wie in Abschnitt B.II. dargestellt, auf der weitgehenden Internalisierung des materiellen Rechtswissens in ihren eigenen Wissensbestand.

Dass der Justizsyllogismus abhängig von seinen Prämissen ist und einen bloß *formal* logischen Schluss darstellt, ist auch von der klassischen Methodenlehre anerkannt. Bereits *Toulmin* verdankt die Argumentationstheorie die Einsicht, dass der Syllogismus seine formale Gültigkeit verliert, wenn an die Stelle derjenigen Prämissen, die er als *Schlussregeln* bezeichnet, weil sie einen „Wenn-Dann-Satz“ bilden, deren sie begründende Stützung tritt⁴⁰⁵. Schlussregeln seien durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass sie im Gegensatz zu Daten, Stützung und Konklusion keine *Tatsachen*, sondern *Wenn-Dann-Sätze* enthielten, welche wiederum der Begründung bedürften. Als solche „Wenn-Dann-Sätze“ lassen sich die Obersätze von Justizsyllogismen formulieren. So könnte man etwa formulieren: „Die Wand ist ein gefährliches Werkzeug, wenn es sich bei ihr um einen Gegenstand handelt, der nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen“; „Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist“.

An *Toulmins* Modell anknüpfend stellt *Alexy* heraus, dass die Begründung der Prämissen des Justizsyllogismus außerhalb des Schlusses im Rahmen der „*externen Rechtfertigung*“ erfolgen müsse. Der auf den so begründeten Prämissen beruhende Justizsyllogismus als „*interne Rechtfertigung*“ wird im oben dargestellten Sinne als logischer Schluss von einem den Tatbestand einer Norm erfüllenden Sachverhalt auf eine Rechtsfolge konzipiert⁴⁰⁶. Der syllogistische Schluss wird als Bestandteil der juristischen Argumentation betrachtet, wenngleich die externe Rechtfertigung den Kernbereich der Argumentation bilde. Für die Erarbeitung der

"kein Syllogismus findet etwas oder stellt etwas her, das nicht schon in den Prämissen enthalten und daher analytisch wahr ist."; vergleiche auch *Ota Weinberger*, Rechtslogik, 2. Aufl. 1989, S. 245 "Durch das Folgern darf aber kein Sollen abgeleitet werden, das nicht in den Prämissen statuiert war. Das Folgern erzeugt kein neues Sollen (denn Folgern ist immer unschöpferisch)."

⁴⁰⁵ Dieser setzt sich mit der Frage der Eignung des Syllogismus als Argumentationsschema für die Jurisprudenz eingehend auseinander. Er zergliedert dabei den syllogistischen Schluss in seine einzelnen, bis dahin nicht explizit gemachten Elemente. Dabei unterscheidet er die innerhalb des Syllogismus verwendeten Prämissen in Daten, Schlussregeln, Stützungen und Konklusion. Der in seine Einzelbestandteile zergliederte deduktive Schluss könne dann in formal gültiger Weise dargestellt werden, wenn kein Bezug auf die Stützung stattfinde, so dass der Übergang von den Daten zur Konklusion als offensichtlich und damit logisch erscheine. Siehe *Stephen Edelston Toulmin*, Der Gebrauch von Argumenten, 1975, S. 103 ff.

⁴⁰⁶ *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. 1978, S. 273; *Robert Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1. Aufl. 1995, S. 17 ff. Der logische Schluss „(x) (Tx → ORx)“ in seinem Modell bezeichnet die Denkbewegung von dem den Tatbestand einer Norm erfüllenden Sachverhalt (x) hin zu der für diesen aufgrund der Erfüllung des Tatbestandes der Norm (T) verbindlichen Rechtsfolge (R). Demnach gilt für jeden den Tatbestand erfüllenden Sachverhalt *a* – wobei *a* für ein Individualisierungsmerkmal steht – die Rechtsfolge *ORa*. Der deontische Operator „O“ indiziert die Normativität der Prämisse oder des Schlusses.

nicht unmittelbar dem positiven Recht zu entnehmenden Prämissen des Justizsyllogismus in der externen Rechtfertigung stellt *Alexy* gleichzeitig Regeln auf, die die Rationalität der Prämissen sichern sollen⁴⁰⁷. Zentral ist dabei das *Universalisierbarkeitsprinzip*, nach dem die richterliche Entscheidung auf zumindest einer *universellen* Norm beruhen muss⁴⁰⁸.

Von Vertretern der positivistisch geprägten Methodenlehre wird ein Grund für eine syllogistische Begründungsstruktur entsprechend in der Sicherung der Überprüfbarkeit der Entscheidung zugrundeliegenden Prämissen – der Willkürvermeidung – gesehen⁴⁰⁹. Könnte aus dem Schluss zusammen mit der zur Erarbeitung seiner Prämissen durchgeführten Argumentation das Entscheidungsergebnis nicht folgen, setze sich die Entscheidung dem Vorwurf der Willkür aus, da die Vermutung nahe liege, dass die eigentlichen Entscheidungsgründe nicht offengelegt würden. Das in dieser Forderung zum Ausdruck kommende *Ehrlichkeitspostulat* für richterliches Entscheiden ist nach dem in dieser Untersuchung zugrunde gelegten realistischen Rechtsverständnis jedoch als praxisfern abzulehnen⁴¹⁰. Es verdeutlicht, dass die an sich anerkannte Trennung zwischen Herstellung und Darstellung nicht durchgehalten wird.

Insbesondere Vertreter der rhetorischen Rechtstheorie haben darauf hingewiesen, dass bereits, weil eine Konklusion in der Regel aus verschiedenen Prämissen formal logisch folgen kann, nicht sicher angenommen werden kann, die in der Entscheidungsbegründung erkennbar werdenden Prämissen entsprächen den wirklichen Entscheidungserwägungen des Richters⁴¹¹. Obwohl eine Wechselbezüglichkeit zwischen Herstellung und Darstellung richterlicher Ent-

⁴⁰⁷ Die Regeln besagen in zusammengefasster Form: 1. Zur Begründung eines juristischen Urteils muss mindestens eine universelle Norm angegeben werden; 2. Das juristische Urteil muss aus mindestens einer universellen Norm zusammen mit weiteren Aussagen logisch folgen; 3. Immer dann, wenn zweifelhaft ist, ob ein *T* oder ein *M* ist, ist eine Regel anzugeben, die diese Frage entscheidet; 4. Es sind so viele Entfaltungsschritte erforderlich, dass man zu solchen Ausdrücken gelangt, von denen nicht mehr streitig ist, dass sie auf den fraglichen Fall zutreffen; 5. Es sind möglichst viele Entfaltungsschritte anzugeben. Vergleiche dazu *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 277 ff.; die Zusammenfassung ist übernommen von *Carsten Bäcker*, *Begründen und Entscheiden*, 2. Aufl. 2012, S. 292.

⁴⁰⁸ So solle dem Gerechtigkeitsprinzip in formaler Hinsicht genüge getan werden, indem die Ungleichbehandlung zweier (wesentlich) gleicher Fälle verhindert würde.

⁴⁰⁹ *Robert Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1. Aufl. 1995, S. 81.

⁴¹⁰ Dies entspricht auch der bereits bei der Erläuterung des dieser Untersuchung zugrundeliegenden Rechtsverständnisses auf S. 20 ff. einbezogenen rechtsrhetorischen Perspektive, vgl. etwa *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Das Enthymem - ein Modell juristischen Begründens*, *Rechtstheorie* 42 2011, 601, S. 617.

⁴¹¹ In diese Richtung argumentierend aus rechtsrhetorischer Sicht auch *Agnes Launhardt*, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 182; *Katharina Sobota*, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 19.

scheidungen nicht geleugnet werden kann⁴¹², kann die Herstellung nicht durch die Darstellungsvorgaben „diszipliniert“ werden⁴¹³.

Beruhend auf den Erkenntnissen des Sozialkonstruktivismus konnte bereits verdeutlicht werden, dass sich die Lösung konkreter Fälle auf der Herstellungsseite als Typenvergleich darstellt. Die Normhypothese des Richters entsteht dabei nicht ausgehend von einer abstrakten Schlussregel, sondern durch das „in Beziehung Setzen“ der neuen Situation mit den dem Rechtssinnsystem des Richters entstammenden Sprachgebrauchsweisen.

Erst auf der Darstellungsseite wird das Ergebnis des Typenvergleiches in eine syllogistische Form gebracht. Dabei wird die Rechtsnorm, die nach dem Ergebnis des Typenvergleiches die relevante Sprachgebrauchsweise aufnehmen kann, nach außen hin zum Ausgangspunkt der Beurteilung des Sachverhaltes gemacht. Durch die syllogistische Darstellungsform entsteht der Eindruck, die einzelnen Tatbestandsmerkmale einer Norm stünden in ihrer Bedeutung bereits fest⁴¹⁴. Die Darstellung der Herstellung der Entscheidung als objektgerichteter Prozess führt zur Ausblendung subjektiver Wertungen.

Die Anknüpfung der hergestellten Normhypothese an das materielle Rechtswissen erfüllt die *Rechtmäßigkeitserwartung* an die gerichtliche Entscheidungspraxis, welche die Gesetzes- und Verfassungsmäßigkeit richterlicher Entscheidungen verlangt. Gleichzeitig wirkt das Bewusstsein des Richters über die Notwendigkeit der Anknüpfbarkeit an das materielle Rechtswissen auf den Rechtsherstellungsprozess zurück. Hierin liegt der Ursprung für die den Rechtsherstellungsprozess gegenüber anderen Kommunikationsbereichen in besonderem Maße kennzeichnende Kohärenzsuche. Denn Kohärenz des Rechts ist die unabdingbare Voraussetzung für Rechtssicherheit.

Die rhetorische Rechtstheorie beschreibt den Justizsyllogismus als dialektischen Schluss, dessen Überzeugungskraft aus seiner inneren Schlüssigkeit und aus der Überzeugungskraft seiner Prämissen folge⁴¹⁵. In der aristotelischen Terminologie bilden *Endoxa* die Prämissen dialekti-

⁴¹² Auch die rhetorische Rechtstheorie erkennt an, dass "die Darstellung wiederum formierend auf die Muster der Herstellung zurückwirkt." *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Wie Juristen begründen*, *Juristenzeitung* 66 2011, 109, S. 115.

⁴¹³ So nimmt etwa Alexy an, der Vorgang der Entscheidungsfindung werde durch die Notwendigkeit syllogistischer Darstellung „diszipliniert“, da dieser zu innerhalb der internen Rechtfertigung zulässigen Prämissen führen müsse, deren Rationalität durch die externe Rechtfertigung (die juristische Argumentation) gesichert werden solle 1978, S. 282.

⁴¹⁴ Wie gesehen erfolgt aber durch jede Rechtsanwendung ein neues Bedeutungselement, welches das vorhandene Recht modifiziert. Dies jedoch in der Regel unter Anschluss an das materielle Rechtswissen, sodass eine argumentative Auseinandersetzung nicht erforderlich wird.

⁴¹⁵ So schon *Katharina Sobota*, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 121 „Jede Prämissenwahl, ob sie nach einem Gesetzestext, einer Begriffsdefinition, oder einer anderen Regel greift, ist von der Frage nach

scher Schlüsse⁴¹⁶. Endoxa sind (im Gegensatz zu den zulässigen Prämissen apodiktischer Schlüsse) keine Evidenzen, sondern wahrscheinende Meinungen⁴¹⁷. Es handelt sich um Erfahrungssätze, welche der Orientierung der Praxis dienen können⁴¹⁸. Sie beruhen auf Überzeugungen, die als allgemein anerkannt gelten⁴¹⁹. Dem Begriff wohnt somit ein autoritatives Element inne.

Im Recht bilden nach der Konzeption der rhetorischen Rechtstheorie die Gesetze, Sätze der Dogmatik, Präjudizien, herrschende Meinungen und andere in der Jurisprudenz anerkannte Sätze die Endoxa in diesem Sinne⁴²⁰. Entscheidend für die Überzeugungskraft all dieser Entscheidungsprämissen ist, dass sie in der fachlichen Diskussion Anerkennung finden⁴²¹. Dies ist mit dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Rechtsverständnis vereinbar. Der Gesetzestext ist die Verkörperung des Rechtswissens. Die bedeutungstiftenden Sätze der Dogmatik, Präjudizien und herrschenden Meinungen haben als Bestandteile dieses Rechtswissens die beschriebenen Eigenschaften von Endoxa. Sind sie als Elemente der Normbedeutung anerkannt, bilden sie aktuell außer Frage gestellte Meinungen der Akteure der Rechtspraxis über die Normbedeutung. Der Nutzen der syllogistischen Darstellungsweise besteht also nicht in einer Minimierung subjektiver Wertungen, sondern darin, dass sie die Kontrolle der Anknüpfung an das materielle Rechtswissen der Praxis und somit die Absicherung der kohärenten Entwicklung des Rechts ermöglicht. Der Richter muss eine Entscheidung mit in der Rechtspraxis anerkannten rechtlichen Argumenten begründen *können*⁴²².

der Überzeugungskraft dieses Satzes geleitet. Eine Maxime, deren Setzung niemand anerkennt oder die erfahrungsgemäß von Nachteil ist, kommt kunstgerechterweise weder als Obersatz noch als Merkmalskonstitutiv in Betracht.“

⁴¹⁶ Zu der aristotelischen Unterscheidung zwischen apodiktischen, dialektischen und eristischen Schlüssen vergleiche *Katharina Sobota*, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 71 ff.; *Theodor Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. 1974, S. 21 ff.

⁴¹⁷ Über die genaue Bedeutung des Begriffes der Endoxa besteht bis heute Uneinigkeit. Die wesentlichen Eigenschaften der Endoxa können aber als anerkannt gelten und sollen für eine Begriffsdefinition zu den Zwecken dieser Untersuchung genügen. Siehe dazu *Katharina Sobota*, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 72 f.

⁴¹⁸ So ausführlich *Ottmar Ballweg*, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, 1970, S. 90 ff.

⁴¹⁹ *Katharina Sobota*, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 74.

⁴²⁰ *Rolf Gröschner*, *Jurisprudenz und Enthymem - eine leidenschaftliche Liaison*, *Rechtstheorie* 42 2011, 515, S. 525 *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Das Enthymem - ein Modell juristischen Begründens*, *Rechtstheorie* 42 2011, 601, S. 603; *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Wie Juristen begründen*, *Juristenzeitung* 66 2011, 109, S. 114.

⁴²¹ *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Wie Juristen begründen*, *Juristenzeitung* 66 2011, 109, S. 112.

⁴²² *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung*, *Rechtstheorie* 32 2001, 175, S. 190, 195-196.

II. Gerechtigkeits- und Rechtmäßigkeitserwartung an richterliche Entscheidungen

Inhaltlich besteht die wichtigste Anforderung an die Darstellung richterlicher Entscheidungsbegründungen darin, dem Postulat der Verfassungs- und Gesetzesbindung der Judikative, also der *Rechtmäßigkeitserwartung*, gerecht zu werden⁴²³. Der Richter muss im Rahmen der Argumentation ausgehend vom Gesetz eine überzeugende Meinung über die Normbedeutung bilden⁴²⁴. Bei Zugrundelegung eines realistischen Rechtsverständnisses bedeutet dies, wie dargestellt, die Anknüpfbarkeit an das materielle Rechtswissen⁴²⁵. Durch die notwendige Ausrichtung der richterlichen Argumentation am materiellen Rechtswissen wird zugleich dessen kohärente Weiterentwicklung gesichert⁴²⁶. Daraus erklärt sich auch die herausgehobene Stellung der klassischen vier Auslegungsmethoden in der richterlichen Entscheidungspraxis. Die richterliche Entscheidungstätigkeit wird durch diese als weitgehend durch den Normtext gesteuert dargestellt⁴²⁷.

Zugleich wird jedoch eine Abweichung vom materiellen Rechtswissen – welche zu einer Modifikation der Normbedeutung führen kann – in der Entscheidungsbegründung sichtbar und zwingt den Richter, diese zu begründen. Dies zeigt sich anhand von expliziten Rechtsprechungsänderungen. Solche Rechtsprechungsänderungen, insbesondere von Höchstgerichten, können eine Modifikation des materiellen Rechtswissens bewirken. Dies setzt aber voraus, dass juristisch überzeugend begründet werden kann, warum die neue Sprachgebrauchsweise vorzuziehen ist.

Zu kurz gegriffen wäre, immer von einem abrupten Richtungswechsel auszugehen. Tatsächlich stellt die Änderung einer Rechtsprechungspraxis oftmals vielmehr einen schleichenden Prozess dar. Die Möglichkeit des Richters zur Rechtsprechungsänderung ist begrenzt durch den Grundsatz der Rechtssicherheit. Für richterliche Entscheidungen bestehen im Gegensatz

⁴²³ Friedrich Müller; Ralph Christensen; Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 139 ff.; Winfried Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 2016, 227, S. 231 f. Für die Verfassungsgerichtsbarkeit: Josef Esser, *Vom Ethos des Interpreten*, in: Haller (Hg.), *Staat und Recht*, 1997, 367, S. 374. Dies bereits aus sozialkonstruktivistischer Sicht reformulierend als "argumentative oder rhetorische Anbindung an den Gesetzestext" Christian Becker, *Was bleibt? Recht und Postmoderne*, 2014, S. 89 f.

⁴²⁴ Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 54; ebenso geht Esser davon aus, dass der Rechtsanwender eine Wahl zwischen verschiedenen Interpretationsalternativen plausibel begründen müsse, vgl. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 132.

⁴²⁵ So auch bereits Friedrich Müller; Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, 11. Aufl. 2013, S. 135, 166. In dem als nachpositivistisch zu charakterisierenden Rechtsverständnis der Strukturierenden Rechtslehre besitzt der Normtext an sich keinen Inhalt, sondern nur Geltung, welcher sich in dem Zwang äußert, die Normbedeutung an den Normtext anzuschließen.

⁴²⁶ Zur inneren Kohärenz des materiellen Rechtswissens siehe weiter unten S. 100 ff.

⁴²⁷ Vertieft zur Erfüllung der Erwartungen an die richterliche Entscheidungstätigkeit durch die klassischen Auslegungsmethoden weiter unten S. 85 ff.

zu gesetzgeberischen Entscheidungen keine Verfahren speziell zur ausdrücklichen Änderung normativ-geschützter Erwartungen⁴²⁸. Die Offenlegung einer Abweichung von der eigenen vorausgehenden Entscheidungspraxis dient der Darstellung der Konsistenz der Rechtsprechung⁴²⁹. Eine – vor allem höchstrichterliche – Rechtsprechung schafft Erwartungen der Rechtsunterworfenen⁴³⁰. Da die Funktion des Rechts gerade in der Stabilisierung der normativen Verhaltenserwartungen besteht, verursachen Rechtsprechungsänderungen einen besonderen Begründungsaufwand⁴³¹.

Je abstraktere Entscheidungsregeln die Gerichte in ihren Entscheidungen aufstellen, desto stärker sind die dadurch erweckten normativen Erwartungen⁴³². Dies wiegt umso schwerer, als die gerichtliche Entscheidungssituation erst dann entsteht, wenn bereits Verhaltenserwartungen enttäuscht wurden⁴³³. Ohne die Enttäuschung von Erwartungen zu riskieren, kann die Rechtsprechung auf geänderte gesellschaftliche Verhältnisse nur reagieren, wenn eine Änderung des bestehenden materiellen Rechtswissens dadurch nicht erforderlich wird, sondern seine Erweiterung (Konkretisierung) genügt.

Die Praxis kontinentaleuropäischer Höchst- und Verfassungsgerichte, ihren Entscheidungen abstrakte Leitsätze mit den Entscheidungsprämissen voranzustellen, kann der Stabilisierung des Vertrauens dienen⁴³⁴. Die juristische Methodenlehre nimmt an der Erwartungsstabilisierung durch das Recht teil, indem auch sie Vertrauen in die Erwartung an die richtige Produktion von Recht begründet.

Luhmann definiert die juristische Gerechtigkeit als „Konsistenz des Entscheidens“⁴³⁵. Mit der einseitigen Fokussierung auf Entscheidungskonsistenz würde jedoch der Einzelfallgerechtig-

⁴²⁸ *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 238 f.

⁴²⁹ *Angelika Nußberger*, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, *Juristenzeitung* 15 (2006), 763, S. 764 Zur Erforderlichkeit der Offenlegung *Lorenz Kähler*, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl. 2011, S. 453 f.

⁴³⁰ *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 236 f.

⁴³¹ Ausführlich zum durch Rechtsprechungsänderungen ausgelösten Begründungsaufwand siehe *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 485 ff.

⁴³² *Luhmann* spricht bei solchen allgemeinen Entscheidungsregeln von *Programmen*, deren Funktion darin bestehe, Entscheidungs- und Erwartungshilfen zu schaffen. Das Bestehen solcher Programme sei für das heutige Recht kennzeichnend, da das Abstellen auf die individuell erwartende Person zu konkret, auf Werte zu abstrakt sei, vgl. *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 87 ff. Dies entspricht der bereits beschriebenen Funktion der Dogmatik und der Präjudizien als relativ stabile Handlungsanleitung der Rechtspraxis, deren Anwendung durch die Gerichte auch Erwartungen in der Öffentlichkeit produziert.

⁴³³ Dafür und für das Folgende vgl. *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 237 f.

⁴³⁴ Zur Kontinuitätssteigerung durch die Produktion abstrakter Verfassungsrechtssätze durch das Bundesverfassungsgericht vgl. S. 122 ff.

⁴³⁵ *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl. 1993, S. 227; „Gerechtigkeit kann nun (auf Grundlage der Systemtheorie) auf eine andere Weise mit der Form der Gleichheit verbunden werden, nämlich in der Form, gleiche Fälle gleich (und folglich: ungleiche Fälle ungleich) zu entscheiden.“ Die hinzutretende Voraussetzung „adäquater Komplexität“ des gesamten Rechtssystems, welche die Komplexitätsreduktion nur erlaubt, soweit aus

keit eine generelle Absage erteilt und Gerechtigkeit mit der Kohärenz des entscheidungsleitenden Rechtswissens, also mit der Rechtssicherheit gleichgesetzt⁴³⁶. Gerichtliche Entscheidungen stehen jedoch zugleich unter der Anforderung, sich auch als moralisch richtig, also gerecht, darstellen zu lassen⁴³⁷. Die Überwindung der strikten Trennung von Recht und Moral verlangt nach einer über die formalgerechte Gleichbehandlung hinausgehenden materiellen Gerechtigkeit.

Da die objektiv-absolute Gerechtigkeit einer richterlichen Entscheidung bereits aufgrund divergierender Gerechtigkeitsvorstellungen in einer pluralistischen Gesellschaft praktisch unerreichbar ist, ist die Erfüllung der *Gerechtigkeits*erwartung inhaltlich schwerer zu beurteilen als die Erfüllung der Rechtmäßigkeitserwartung. Die Bewertung einer Entscheidung als gerecht oder ungerecht anhand abstrakter Kriterien scheidet bei Verzicht auf einen dem Recht vorausliegenden moralischen Maßstab aus. Die Einführung eines solchen Maßstabs setzte eine naturrechtliche Konzeption voraus, welche mit den Prämissen eines offenen Institutionenpositivismus nicht vereinbar ist.

Die diskurstheoretische Betrachtung hat gezeigt, dass im gerichtlichen Diskurs nur eine beschränkte Rückbindung an die Ergebnisse des Gesetzgebungsprozesses erfolgen kann, die ihrerseits nur einen relativen Rationalitätsmaßstab erfüllen können. Zugleich sind die über das richterliche Vorwissen in die Entscheidung Eingang findenden Gerechtigkeitsvorstellungen des Richters wegen der stark eingeschränkten Verwirklichung von Diskursprinzipien kein Garant allgemein akzeptierter Gerechtigkeit.

Es muss jedoch von der Relativität materialer Gerechtigkeitsvorstellungen nach einer realistischen Diskurstheorie nicht auf die Unzulässigkeit von moralisch geprägten Argumenten in der richterlichen Entscheidungsbegründung geschlossen werden⁴³⁸. Zwar soll der Richter nicht vom materiellen Rechtswissen gelöste Gerechtigkeitsabwägungen zur Grundlage seiner Entscheidung machen; damit würde er der Rechtmäßigkeitserwartung zuwiderhandeln. Er *muss* aber im Rahmen juristischer Argumentation gesellschaftliche Wertevorstellungen berücksichtigen, um die Anerkennung seiner Entscheidung – und damit auf lange Sicht deren Autorität –

der Beobachterperspektive noch hinreichende Variabilität gewahrt wird, bleibt auf das System bezogen, Einzelfallgerechtigkeit als moralischer Wert damit ausgeblendet.

⁴³⁶ Ähnlich bereits *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 127 ff. Dies resultiert gerade aus Luhmanns Konzeption des Rechts als geschlossenes System, welche „eine sinnvolle Anreicherung der Gerechtigkeit über formale Gleichbehandlung und Rechtssicherheit hinaus verhindert“, vergleiche *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 136.

⁴³⁷ *Thomas Drosdeck*, *Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle*, 1989, S. 88: „Der juristische Diskurs steht mithin unter dem Zwang, eine Entscheidungsmöglichkeit herauszubilden und diese Entscheidung nebst der dafür angebotenen Begründungen als legal und richtig zu legitimieren.“

⁴³⁸ So aber wohl *Bernd Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, 8. Aufl. 2017, S. 443.

sicherzustellen⁴³⁹. Neben rechtlicher ist auch gesellschaftliche Kohärenz in gewissem Maße erforderlich⁴⁴⁰.

Das Auseinanderfallen von Recht und Gerechtigkeitsvorstellungen kann im *Radbruch'schen* Sinne zur Notwendigkeit einer Anpassung des Rechts an die Gerechtigkeit führen. Jedoch nicht in Form der Substitution unrichtigen positiven Rechts durch überpositive Gerechtigkeitsanforderungen⁴⁴¹, sondern durch eine mit juristischen Argumenten begründete Modifikation des materiellen Rechtswissens innerhalb der richterlichen Entscheidungsbegründung. Weil das lebende Recht nicht von Wertvorstellungen unabhängig existiert, ist *Radbruchs* kategoriale Entgegensetzung praxisfern⁴⁴². Zudem öffnen Rechtsprinzipien die juristische Argumentation für Gerechtigkeitserwägungen. Bei der Interpretation von Verfassungsprinzipien ist dem Richter ein größerer Raum für moralische Begründungen gegeben, wie besonders das Argumentationsmodell der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Verfassungsrecht aufzeigt. Dieses ermöglicht spätestens im Rahmen der Argumentation zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne die offene Wertung von Rechtsgütern⁴⁴³. Dies gilt vor allem dann, wenn von dem Darstellungsschema des Justizsyllogismus abgewichen werden muss.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass die absolute Erfüllung der Erwartungen von Gerechtigkeit und Rechtmäßigkeit richterlichen Entscheidens nicht möglich ist. Der heldenhafte Richter, der die moralische Richtigkeit juristischer Entscheidungen sichert, eignet sich höchstens als regulative Idee⁴⁴⁴. Beide Erwartungen können sogar direkt miteinander kollidieren. So können nachträgliche Veränderungen von durch den Richter in sozialer Kommunikation übernommene Gerechtigkeitsvorstellungen ein Abweichen vom Rechtswissen auf Kosten der Rechtssicherheit erforderlich erscheinen lassen. Wie die Diskussion zu Rechtsprechungs-

⁴³⁹ Hier zeigt sich eine Überschneidung mit den Ansichten der herrschenden Strömung der Wertungsjurisprudenz. Denn auch diese erkennt an, dass vom Recht auch Gerechtigkeit erwartet wird. Der Richter müsse also auch Gerechtigkeitserwägungen, also außer-gesetzliche Wertungen, zur Grundlage seiner Entscheidung machen, vgl. bereits *Reinhold Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 157, 195-196.

⁴⁴⁰ So auch *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 479, S. 518.

⁴⁴¹ So lässt sich aber die im Grundsatz positivistische *Radbruch'sche* Formel verstehen, vgl. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, S. 216: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“

⁴⁴² Kritisch hierzu auch *Benjamin Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, 1. Aufl. 2011, S. 178 ff. Dieser gibt zu bedenken, dass es nur eine Fiktion darstellen kann, wenn ungerechte Entscheidungen mit der *Radbruch'schen* Formel als Folge positivistisch geprägter Gesetzestreue angesehen werden.

⁴⁴³ Grundlegend zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999; *Eberhart Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 98 (1973), 568.

⁴⁴⁴ So *Thomas Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, S. 186.

änderungen und insbesondere zum Verfassungswandel aufzeigt, kann dies zur Enttäuschung der Rechtmäßigkeitserwartung führen⁴⁴⁵. Andererseits kann auch das Festhalten an nicht mehr als moralisch richtig empfundenen Rechtssätzen zu Kritik in der Öffentlichkeit führen.

Jedoch kann die richterliche Argumentationspraxis nicht vollständig auf die Erfüllung einer der beiden Erwartungen verzichten, ohne ihre Überzeugungskraft in der Fachöffentlichkeit und der allgemeinen Öffentlichkeit zu verlieren. Insbesondere die Erfüllung der Rechtmäßigkeitserwartung ist eine unverzichtbare Voraussetzung der Legitimität richterlicher Entscheidungen. Die Gerechtigkeitserwartung kann daher nie zur vollständigen Aufgabe dieser Bindung führen⁴⁴⁶. These dieser Untersuchung ist daher, dass in der Argumentationspraxis vor allem solche Argumente Erfolg haben, welche die Entscheidung an das materielle Rechtswissen anbinden bzw. dieses modifizieren können und sie als gerechten Interessenausgleich darstellen können.

Um in der Rechtspraxis entscheidungsfähig zu werden und der Rechtmäßigkeitserwartung an die richterliche Entscheidung gerecht zu werden, muss sich der im gerichtlichen Verfahren unter Entscheidungszwang stehende Richter den aktuell anerkannten Inhalt des gelebten Rechts erschließen können⁴⁴⁷. Bereits weil das sich fortlaufend entwickelnde gelebte Recht keine feststellbare Entität bildet, kann es dem Richter für seine Entscheidung keine Anleitung geben. Es bedarf also eines vom gelebten Recht unterscheidbaren, aber dieses reflektierenden Ausgangspunktes, den die Teilnehmer der Rechtspraxis und die Fachöffentlichkeit sich erschließen können. Diesen Ausgangspunkt bieten maßgeblich Dogmatik, einzelne höchstrichterliche Präjudizien und Rechtsprechungslinien, in denen das *aktuelle Rechtswissen* festgehalten ist. Dieses enthält den aktuellen Bestand in der Rechtspraxis anerkannter Rechtsmeinungen und Sprachgebrauchsweisen, welche Orientierungspunkte für weitere Problemlösungen bilden⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Die Rechtmäßigkeitserwartung macht Rechtsprechungsänderungen begründungsbedürftig und führt dazu, dass entweder eine Änderung der Umstände oder eine bessere Rechtserkenntnis behauptet werden müssen. Vergleiche zu den normativen Gründen von Rechtsprechungsänderungen *Lorenz Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 80 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. auch *Martin Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 181

⁴⁴⁷ *Martin Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 207.

⁴⁴⁸ Diese Wissensbasis wird auch bezeichnet als Bestand „geklärter Fälle“ siehe *Martin Morlok; Ralf Köbel; Agnes Launhardt*, Recht als soziale Praxis, Rechtstheorie 31 2000, 15, S. 32.

III. Orientierung im Recht durch das Rechtswissen der Praxis

Das hier beschriebene Rechtswissen der Praxis ist zu unterscheiden vom Gesamtsystem des gelebten Rechts in der Rechtspraxis und von der durch den einzelnen Richter internalisierten Version dieses Rechtssinnsystems. Zu keinem der beiden anderen Begriffe ist aufgrund der Kontingenz rechtlicher Bedeutung eine völlig eindeutige Abgrenzung möglich. Mit der Entwicklung des gelebten Rechts, entwickelt sich notwendig das auf dieses bezogene Rechtswissen. Gleichzeitig können die Begriffe des Rechtswissens ihrerseits nur beruhend auf dem Rechtssinnsystem des jeweiligen Interpreten subjektiv verstanden werden. Der Interpret muss beispielsweise die einem Kommentar entstammenden Definitionen im Hinblick auf den ihm vorliegenden Sachverhalt interpretieren.

Dem Rechtswissen kann daher seinerseits keine objektiv feststehende Bedeutung zugeschrieben werden. Mit jeder Konkretisierung des in einer Gesetzes- oder Verfassungsnorm verkörperten Rechtswissens auf ein bestimmtes Problem hin entsteht ein neues Bedeutungselement des gelebten Rechts⁴⁴⁹. Das gelebte Recht wird erweitert und diese Erweiterung kann bei Erfüllung der zuvor entwickelten Kriterien ein Bestandteil des die Praxis orientierenden Rechtswissens werden. Das Rechtswissen ist stets nur in seinem aktuellen Bestand zu erfassen. Modifikationen aufgrund der Erfassung neuer Fälle knüpfen über den Interpretationsakt des Richters an den Rechtswissensbestand an und erweitern diesen gegebenenfalls⁴⁵⁰. Trotzdem kann in Bezug auf die Elemente des Rechtswissens ein großes Maß an Evidenz dahingehend festgestellt werden, welche Sprachgebrauchsweisen mit diesen Wissensselementen sicher vereinbar oder unvereinbar sind⁴⁵¹.

Das Verhältnis zwischen gelebtem Recht und materiellem Rechtswissen ist maßgeblich durch das Zusammenspiel von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft bei der dogmatischen Durchdringung des Rechts geprägt. Rechtswissenschaftliche Theoretisierung wirkt an der Entwicklung des gelebten Rechts mit, indem sie Sprachgebrauchsweisen der Rechtspraxis aufnimmt

⁴⁴⁹ Martin Morlok; Ralf Kölbel, *Rechtspraxis und Habitus*, *Rechtstheorie* 32 2001, 289, S. 297.

⁴⁵⁰ Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 164: Das System rechtlichen Wissens „entwickelt sich nur auf Grund des Rechtswissens, das es schon in sich enthält. Wenn eine neue Erfahrung gemacht wird, so wird sie nur aufgrund früherer Rechtswissensgefüge interpretiert“.

⁴⁵¹ Die rechtliche Wissensbasis im hier beschriebenen Sinne ist zu unterscheiden von dem, was Lee als sozial konstruiertes Vorwissen versteht, welches der Rechtsanwender internalisiert hat. Dieses Vorwissen leitet ihn unbewusst bei der Interpretation an. Als Interpretationsbasis zieht der Rechtsanwender aber zudem bewusst das materielle Rechtswissen heran. Da dieses aber die Lösung eines neuen Falles nicht mitenthalten kann, bedarf es einer über den Rückgriff auf dieses Wissen hinausgehenden Anwendungsleistung, bei welcher das sozial konstruierte Vorwissen die Rückkopplung an das kollektive Sinnsystem des Rechts sichert, vgl. Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 391 ff. S. . Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass Elemente des rechtlichen Wissens dem Rechtsanwender so evident werden, dass sie sein Vorwissen prägen.

und eine systematisierte Wissensbasis schafft, um erfolgreiches Handeln in ihr zu ermöglichen⁴⁵². Die richterlichen Entscheidungen werden bei der Theoriebildung wissenschaftlich reflektiert, wobei auch Erkenntnisse anderer rechtswissenschaftlicher Disziplinen wie der Rechtsgeschichte oder der Rechtsvergleichung Eingang in das die Entscheidungstätigkeit anleitende Wissen finden können.

Rechtspraxis und Rechtswissenschaft stehen sich dabei *a priori* als Praxis und Wissenschaft gegenüber. Jedoch ist der Begriff des Rechtswissens von einem idealistischen Wissenschaftsbegriff zu lösen, welcher die wahre Erkenntnis zum Ziel aller Wissenschaft erhebt⁴⁵³. Denn in Abkehr von einem positivistischen Rechtsverständnis kann als Funktion der Rechtswissenschaft nicht die „wertfreie Beschreibung ihres Gegenstandes“⁴⁵⁴ gesehen werden.

Auf der Grundlage der bisherigen Untersuchungsergebnisse wird erkennbar, dass der Rechtswissenschaftler gegenüber dem Recht keine beobachtende Position einnehmen kann. Wissenschaft und Praxis sind im Recht stark miteinander verwoben. Dies gilt jedenfalls für solches rechtswissenschaftliches Arbeiten, welches an der Rechtspraxis ausgerichtet ist und der Ermöglichung oder Erleichterung des praktischen Entscheidens dient⁴⁵⁵. Der Rechtswissen-

⁴⁵² Das Rechtswissen um das gelebte Recht erschöpft sich nicht in einer „Zusammenfassung der Präjudizien“ vgl. So schon *Alexy* in Bezug auf die als normative Argumente aufgefassten dogmatischen Sätze *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 313.

⁴⁵³ Beruhend auf einem von der Naturwissenschaft als objektiver Wissenschaft ausgehenden Wissenschaftsbegriff wird die wahre Erkenntnis zum hehren Ziel aller Wissenschaft erhoben. Die Anerkennung der Rechtswissenschaft als „echte“ Wissenschaft ist daher auf Basis eines klassisch naturwissenschaftlichen Wissensbegriffes nicht selbstverständlich. Als Kennzeichen jeder Wissenschaft wird regelmäßig die Suche nach Erkenntnis, nach der Wahrheit angesehen. Die Naturwissenschaft soll – anders als die subjektiv geprägte Rechtswissenschaft – eine neutrale, beobachtende Position einnehmen. Der Naturwissenschaftler soll die Ergebnisse eines Experiments beobachten, beschreiben und – frei von subjektiver Wertung – Schlüsse aus ihnen ziehen und diese in theoretischer Erarbeitung verfügbar machen. Vgl. nur *Holm Tetens*, *Wissenschaftstheorie*, 2013, S. 17 ff. Da es sich beim Recht nicht um eine ursprüngliche Tatsache, sondern etwas Mensch-Gemachtes handelt, ist es dem menschlichen Willen unterworfen und damit in besonderem Maße veränderlich. Der Gesetzgeber kann – im demokratischen Rechtsstaat begrenzt durch die Verfassung, die auch selbst, aber nur unter erschwerten Bedingungen, änderbar ist – das Recht modifizieren und so jedes Ergebnis der Rechtswissenschaft zunichtemachen, vgl. *Christoph Möllers*, *Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des Öffentlichen Rechts*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 151, S. 165. Andererseits wird die Bedeutung des Gesetzes wie gesehen durch rechtswissenschaftliche Dogmatik stark mitgeformt. Entgegen der Annahme, die Veränderbarkeit sei ein Merkmal gerade der Rechtswissenschaft, handelt es sich dabei aber um eine Eigenschaft aller Wissenschaft, da ihr Gegenstand stets durch die in ihr vorhandene theoretische Grundlage mitbestimmt wird. Vgl. *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 104 f.

⁴⁵⁴ Zu diesem positivistischen Verständnis vgl. *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 70.

⁴⁵⁵ *Martin Morlok*, *Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre*, in: *Schulze-Fielitz* (Hg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, 49, S. 70 f.; *Armin Bogdandy von*, *Comparative Constitutional Law: A Contested Domain*, in: *Rosenfeld/Sajó* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2013, 26, S. 26 f. Vgl. *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 157 f.; Die Ergebnisse rechtswissenschaftlicher Erarbeitung, welche allein Theorie bleiben und nicht in die Praxis eingehen, werden daher nicht Bestandteil des Rechtswissens. So ähnlich bereits *Thomas Drosdeck*, *Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle*, 1989, S. 93: „Durch diesen praktischen Vollzug unterscheidet sich das Präjudiz in Form eines dogmatischen Satzes von der allein wissenschaftlich produzierten Dogmatik, die immer nur

schaftler beobachtet das Recht als soziale Tatsache nicht von außen, sondern nimmt teil an seiner Erzeugung und somit eine Innenperspektive ein⁴⁵⁶.

Weil es sich beim Recht um eine *sprachliche Praxis* handelt, kann im rechtlichen Bereich nicht trennscharf zwischen Theorie und Praxis unterschieden werden. Die Sprachgebrauchsbeispiele aus der Rechtspraxis können als Präjudizien unmittelbar zur Orientierungspunkten werden, ohne dass eine vorausgehende Theoretisierung durch die Rechtswissenschaft erfolgen müsste. Gleichzeitig können auch autonom aus der Rechtswissenschaft entwickelte Sprachgebrauchsweisen, vor allem juristische Definitionen, sich in der Rechtspraxis realisieren. Richtet sich die gerichtliche Entscheidungspraxis an den dogmatischen Sätzen aus, werden sie im gelebten Recht wirksam⁴⁵⁷. Bei der Bestimmung des Begriffs des Rechtswissens müssen die dargestellten Besonderheiten des Rechts als sprachliche Praxis und die Wechselbezüglichkeit von Rechtswissenschaft und -praxis Berücksichtigung finden.

Dafür eignet sich ein pragmatisches Theorieverständnis, welches die Theorie nicht ohne Wirklichkeitsbezug unter Idealvorstellungen konzipiert⁴⁵⁸. Der Wert eines theoretischen Satzes bemisst sich in einem pragmatischen Verständnis danach, ob er als Orientierungspunkt für das praktische Handeln dienen, also dessen Gelingen erleichtern kann. Gleichzeitig kann die Theorie der Stabilisierung einer Handlungspraxis dienen. Theorie und Praxis stehen demnach

rechtswissenschaftlicher Vorschlag bleibt und deshalb für den juristischen Diskurs, der in Hinblick auf Entscheidungen verläuft, eine vergleichsweise geringere argumentative Autorität beanspruchen kann.“

⁴⁵⁶ Christoph Möllers, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des Öffentlichen Rechts, in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151, S. 167; Martin Morlok, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 49, S. 62. Die Abgrenzung von Teilnahme und Beobachtung ist aber auch in anderen wissenschaftlichen Disziplinen nicht so eindeutig, wie sie zunächst erscheinen mag. Wie ein naturwissenschaftliches Experiment interpretiert wird, hängt ab vom Wissen des dieses durchführenden Wissenschaftlers sowie der naturwissenschaftlichen Praxis auf dem relevanten Gebiet. Indem dieses Wissen zur Grundlage der neuen Erkenntnis wird, bestimmt es deren Inhalt. Dies widerlegt auch das Argument, die Kontingenz und Wertungsabhängigkeit des Rechts nehme der Rechtswissenschaft den Wissenschaftscharakter, da es an einem beobachtbaren Objekt fehle. Der Naturwissenschaftler bestimmt die Rahmenbedingungen des Experimentes und wählt schon beim Herausgreifen eines einzigen Vorganges aus der Natur einen Ausschnitt aus der Wirklichkeit aus. Auch er bestimmt das Ergebnis des Experimentes derart bereits mit, vgl. Harald Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 124; so auch Friedrich Müller; Ralph Christensen, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, S. 36. Der Unterschied besteht nach klassischer Sichtweise hingegen darin, dass das Ergebnis einen Naturvorgang beschreibe, während das vom Rechtswissenschaftler ermittelte Recht keine natürliche Tatsache, sondern Ergebnis eines Rechtserzeugungsvorgangs sei Matthias Jahn, Pluralität der Rechtsdiskurse - Sektoralisierung der Methodenlehre, in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 175, S. 178.

⁴⁵⁷ Auch Esser weist auf diese Wechselbeziehung zwischen Dogmatik und Rechtspraxis hin vgl. Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 311 ff.

⁴⁵⁸ Ebenfalls die Vorteile einer realistischen Theorie der Rechtsgewinnung betonend Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 242.

in einer ständigen Austauschbeziehung und sind aufeinander angewiesen, da sie sich gegenseitig ergänzen⁴⁵⁹.

Das Handlungsfeld der Rechtspraxis, die richterliche Entscheidungstätigkeit, ist geprägt durch die Ausbildung einer Entscheidungspraxis, welche auf den vergangenen Sprachgebräuchen beruht, die zum Erfolg geführt haben. Solche Sprachgebräuche werden Bestandteil des Rechtswissens und ermöglichen die Orientierung im gelebten Recht⁴⁶⁰. Der Status einer in einem dogmatischen Satz oder Präjudiz enthaltenen Sprachgebrauchsweise als Rechtswissen erfordert also, dass sich das Handeln in der Rechtspraxis tatsächlich an dieser ausrichtet.

Der Erfolg von Sprachgebrauchsweisen wird maßgeblich durch die Akteure der Rechtspraxis, vor allem die Gerichte, bestimmt. Diese entscheiden, ob ein bestimmter rechtlicher Sprachgebrauch richtig ist, sich also in die Sprachgebrauchsstrukturen der Rechtspraxis einfügt⁴⁶¹. Bei einer stark von den üblichen Strukturen der Rechtspraxis abweichenden Entscheidung ist die Chance auf – jedenfalls unverzügliche – Anerkennung in der Regel gering. Andere Prozessbeteiligte und die Gerichte selbst müssen sich daher, um Erfolg zu haben, an den relevanten gerichtlichen Entscheidungen orientieren. Entsteht über Elemente der Norminterpretation, wie sie sich beispielsweise in Definitionen zeigen, *„ein Konsens, kann sich Verhalten daran orientieren. Indem sich dieser Vorgang fortwährend wiederholt, organisiert er das Handlungsfeld in längerfristig regelentsprechenden Strukturen“*⁴⁶². Es entsteht eine *Sprachgebrauchspraxis*.

Auch das der Orientierung im Recht dienende Rechtswissen behält daher notwendig einen gewissen Abstraktionsgrad⁴⁶³ und muss bezogen auf den zu entscheidenden Sachverhalt durch den Richter konstruiert werden. Die Annahme eines umfassenden Rechtswissens wäre ebenso realitätsfern wie diejenige einer umfassenden Steuerungskraft des Gesetzes. Nicht jede Nor-

⁴⁵⁹ Als Ausgangspunkt dient das pragmatische Wissenschaftsverständnis von *Wohlrapp*. Dieser versteht eine „Theorie“ nicht im Sinne eines abstrakten theoretischen Konzepts, sondern vielmehr als die Gelingsstrukturen der Handlungsweisen der relevanten Praxis oder eines Teilbereichs dieser Praxis abbildenden theoretischen Sätze oder auch einzelne solcher Sätze. Als Praxis versteht er *„ein System oder ein Feld von Handlungen, die aufeinander bezogen sind, sich gegenseitig voraussetzen, ermöglichen, stützen, korrigieren, unter variierenden Umständen ersetzen und die geeigneten Gefüge oder Geflechte von Situationsumständen herstellen, zusammenhalten, sichern“* vgl. *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 60.

⁴⁶⁰ Zu einem solchen Praxisverständnis vgl. *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 57 ff.

⁴⁶¹ Zur Entstehung von Sprachgebrauchsnormen in der Rechtspraxis vergleiche *Ralph Christensen*, *Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung*, in: *Lerch* (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 1, S. 20 f.

⁴⁶² *Martin Morlok; Ralf Kölbl; Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 33.

⁴⁶³ Die als materielles Rechtswissen im Normtext verkörperten richterlichen Sprachgebrauchsweisen müssen daher verallgemeinerungsfähig sein, vgl. *Peter Badura*, *Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht*, in: *Blaurock* (Hg.), *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht*, 1985, 49, S. 50: *„Präjudizien sind in Präzedenzfällen durch den erkennenden Richter gefundene und verallgemeinerungsfähige Rechtsauffassungen.“*

minterpretation findet Eingang in die dogmatische Verarbeitung oder wird als Präjudiz in der Rechtspraxis wirksam⁴⁶⁴. Die Berücksichtigung aller gerichtlichen Entscheidungen durch die Rechtspraxis und die dogmatische Rechtswissenschaft würde auch der Rechtspraxis keine sinnvolle Orientierung bieten⁴⁶⁵. Das dogmatisch verarbeitete Rechtswissen kann und soll die gerichtliche Entscheidungspraxis nicht originalgetreu, sondern in systematisierter Weise so abbilden, dass es Orientierung im Recht ermöglicht⁴⁶⁶.

Das bestehende System rechtlichen Wissens muss aber zugunsten neuer Elemente modifiziert werden können⁴⁶⁷. Es enthält keine Wahrheiten, kann keine absolute Richtigkeit für sich beanspruchen und muss schon deshalb modifiziert werden können, wenn es seine Funktion optimaler Handlungsanleitung nicht mehr erfüllen kann⁴⁶⁸. Wird eine einen Bestandteil rechtlichen Wissens bildende Sprachgebrauchsweise der Rechtspraxis aufgegeben, verändert sich das Recht; das diese Sprachgebrauchsweise enthaltende Theorieelement verliert seine handlungsanleitende Funktion. Freilich führt in der Regel nicht bereits ein im Einzelfall abweichender Sprachgebrauch zu diesem Ergebnis. Erst wenn die Rechtspraxis die gewandelte Sprachgebrauchsweise in folgenden Entscheidungen aufnimmt, verfestigt sie sich zu einem Orientierungspunkt und kann so in das Rechtswissen Eingang finden.

1. Die wesentlichen Bausteine des Rechtswissens: Dogmatik, Präjudizien und herrschende Meinung

Die gerichtliche Entscheidungspraxis ist nicht nur als Ganzes Ausgangspunkt der dogmatischen Entwicklung des materiellen Rechtswissens, sondern die Orientierungswirkung einzelner Präjudizien für die Entwicklung des gelebten Rechts kann auch diese zu einem Bestandteil rechtlichen Wissens werden lassen⁴⁶⁹. Was für den Gesetzestext gilt, gilt jedoch auch für das

⁴⁶⁴ Ähnlich über die Rechtserzeugung durch die Gerichte bereits *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 49. Diese unterscheidet sich von der Rechtssetzung durch die Legislative dadurch, „dass die Rechtsprechung zwar neues Recht schafft, dass es sich dabei aber nicht notwendigerweise um einen bewussten und zielgerichteten Vorgang der Setzung neuen Rechts handelt und dass die konkreten Wirkungen von Präjudizien stark von der Art und Weise abhängen, wie sie in nachfolgenden Rechtsdiskursen und Rechtsanwendungsprozessen rezipiert werden.“

⁴⁶⁵ Vergleiche in Bezug auf die deutsche Rechtsordnung *Thomas Lundmark*, *Charting the divide between common and civil law*, 2012, S. 363.

⁴⁶⁶ Zur Unmöglichkeit, die Realität vollkommen in der Theorie abzubilden *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 65

⁴⁶⁷ So auch bereits *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 161.

⁴⁶⁸ So bezogen auf die Rechtsdogmatik als Element rechtlichen Wissens *Franz Wieacker*, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: *Bubner/Cramer (Hg.), Hermeneutik und Dialektik: Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag*, 311, S. 311 ff. Allgemein zur Änderbarkeit epistemischer Theorie *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 137.

⁴⁶⁹ Ob ein Präjudiz Bestandteil des materiellen Rechtswissens wird und so die Normbedeutung mitbestimmt, hängt also von seiner Aufnahme durch die Akteure der Rechtspraxis ab, vergleiche auch *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 49.

Präjudiz: Die normative Bedeutung wird jeweils erst in der konkreten richterlichen Entscheidung hergestellt. Der Text eines Präjudizes kann keine Lösung für eine andere konkrete richterliche Entscheidung, einen anderen Sachverhalt, beinhalten, sondern dient allein als Sprachgebrauchsbeispiel⁴⁷⁰. Höchstrichterliche Entscheidungen sind aufgrund ihrer herausgehobenen Orientierungswirkung als Präjudizien für die Praxis regelmäßig als Bestandteil des aktuellen Rechtswissens anzusehen.

Bedeutend sind zudem die impliziten Handlungserwartungen, welche verlangen, einer höchstrichterlichen (Entscheidungs-)Linie oder der eingeübten Entscheidungsweise des Gerichts selbst zu folgen⁴⁷¹. Richter orientieren sich an relevanten selbst, entwickelten und von anderen übernommenen, Linien⁴⁷². Gleichzeitig sind sich vor allem die Richter oberer Instanzen dessen bewusst, dass ihre Entscheidungen eine neue Linie bilden können, an der sich auch die unteren Instanzen orientieren⁴⁷³. Bei der Entwicklung einer Entscheidungslinie werden mögliche Anwendungsfälle, soweit möglich, vielfach bereits mitgedacht. Zum einen, weil die eigene Orientierungssicherheit durch eine in einer Vielzahl von Fällen „durchhaltbare“ Linie erhöht wird, zum anderen, da so die entlastende Wirkung auch für die unteren Instanzen gewährleistet ist⁴⁷⁴.

Die Erwartung, sich an der höchstrichterlichen Entscheidungslinie auszurichten, folgt aus der Anerkennung ihrer Orientierungswirkung für den Sprachgebrauch der Rechtspraxis. Ein abweichender Sprachgebrauch ist besonders begründungsbedürftig und wird in der Regel geringe Erfolgsaussichten haben. Daher wird die Notwendigkeit der Ausrichtung am höchstgerichtlichen Sprachgebrauch selbst zum Bestandteil des Rechtswissens. Bestandteil des Rechtswissens ist auch die Erkenntnis der Notwendigkeit der Berücksichtigung höchstrichterlicher Präjudizien und dogmatisch strukturierter Interpretationselemente als solche.

Die höchstrichterlichen Interpretationsergebnisse werden aber nicht nur als Präjudizien wirksam, sondern können zugleich auch beispielweise über Gesetzeskommentare in die Dogmatik aufgenommen werden. Somit werden sie als autoritative Sprachgebrauchsbeispiele herangezogen und können auch in Form einer *herrschenden Meinung* einen Bestandteil der rechtlichen Wissensbasis des Richters werden, von der aus dieser seine Interpretationstätigkeit beginnt.

⁴⁷⁰ *Ralph Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 1, S. 30 f.

⁴⁷¹ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 175 ff.

⁴⁷² *Peter Stegmaier*, *Wissen, was Recht ist*, 1. Aufl. 2009, S. 279 ff.

⁴⁷³ *Peter Stegmaier*, *Wissen, was Recht ist*, 1. Aufl. 2009, S. 305.

⁴⁷⁴ *Peter Stegmaier*, *Wissen, was Recht ist*, 1. Aufl. 2009, S. 303 ff.

Die Figur der *herrschenden Meinung* ist besonders dazu geeignet, das Kriterium der Realisierung in der Praxis zu verdeutlichen, da sie gerade darauf beruht, dass eine bestimmte Interpretation der gesetzlichen Normen innerhalb der Rechtspraxis (und der Rechtswissenschaft) überwiegend als Element der Normbedeutung angesehen und Entscheidungen zugrunde gelegt wird. Auf ihre Bedeutung als Autorität im Recht wird später noch einzugehen sein⁴⁷⁵.

Wegen ihrer unterschiedlichen Entstehungsweise und ihres unterschiedlichen Abstraktionsgrades sollen die Bausteine des materiellen Rechtswissen hier gesondert betrachtet werden. Die durch die rechtswissenschaftliche Dogmatik erreichte systematische Ordnung des Rechts ist erforderlich, um eine Handlungsorientierung für die Rechtspraxis überhaupt zu ermöglichen⁴⁷⁶.

a. Die herausgehobene Rolle der Dogmatik in der deutschen Rechtspraxis

Die Sicherung stabiler Handlungsorientierung erfolgt – in der deutschen Rechtspraxis⁴⁷⁷ – zu großen Teilen durch die Dogmatisierung juristischer Probleme und Lösungen⁴⁷⁸. Die Bezeichnung rechtsdogmatischer Sätze als „*abgekürzte Handlungsanweisungen*“⁴⁷⁹, als „*Handlungsprogrammierung der Praxis*“⁴⁸⁰ oder als „*Meinungsgefüge zur Herbeiführung von Entscheidbarkeit im juristischen Bereich des Wertens*“⁴⁸¹ ist daher sehr treffend. Auf den Punkt gebracht sind die Aufgaben der Rechtsdogmatik: die Anleitung zur Lösung zukünftiger praktischer Rechtsfragen und die Systematisierung des Rechtsstoffes⁴⁸². An der Produktion der rechtswissenschaftlichen Dogmatik beteiligt sind daher nicht nur Rechtswissenschaftler, sondern gerade auch Rechtspraktiker⁴⁸³.

⁴⁷⁵ Zur Figur der herrschenden Meinung siehe weiter unten S. 110 ff.

⁴⁷⁶ Agnes Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 111 f.

⁴⁷⁷ Eine derart ausgeprägte Rechtsdogmatik ist ein besonderes Kennzeichen der deutschen Rechtspraxis und kann auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen nicht in gleichem Maße vorgefunden werden. Vgl. Matthias Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77, S. 130; Christoph Schönberger; Atsushi Takada; András Jakab (Hg.), *Der "German Approach"*, 2015, S. 48 ff. Eine weniger bedeutende Rolle spielt die Dogmatik naturgemäß in kasuistisch organisierten Rechtssystemen insbesondere im Common Law, da dort einzelnen Entscheidungen eine größere Bedeutung als Orientierungspunkte der Rechtspraxis zukommt und die Systematisierung des Rechtsstoffes geringer ist

⁴⁷⁸ Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 306 ff.

⁴⁷⁹ Diese Bezeichnung stammt von Ulfried Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, 1986, S. 51.

⁴⁸⁰ Jan M. Broekman, *Rechtsfindung als diskursive Strategie*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 197, S. 213.

⁴⁸¹ Ottmar Ballweg, *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), 43, S. 45.

⁴⁸² So auch bereits Martin Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1988, S. 40, der Dogmatik als "auf die Bewältigung der praktischen juristischen Tätigkeit zielende(n) Niederschlag der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung des Rechtsstoffes" bezeichnet.

⁴⁸³ Oliver Lepsius, *Themen der Rechtswissenschaftstheorie*, in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 1, S. 19.

Die Dogmatik dient der Abstrahierung rechtlicher Probleme zur Erleichterung der Lösung zukünftiger Fälle⁴⁸⁴. Die fallspezifischen Besonderheiten werden anhand des bereits bestehenden Systems auf Kompatibilität, aber auch auf ihren potenziellen Nutzen für zukünftige Problemlösungen überprüft⁴⁸⁵.

Charakteristische Funktion der Dogmatik ist somit, dass sie bestimmte Meinungen außer Frage stellt⁴⁸⁶. Durch richterliche Entscheidungen wird die in den Fragestellungen des Rechts zum Ausdruck kommende Aporie zwar nicht aufgelöst. Aber die Suche nach einer Lösung wird durch eine Entscheidung – zeitweise – beendet⁴⁸⁷. Die Dogmatik fixiert die in der Rechtspraxis getroffenen Entscheidungen und macht sie für zukünftige Fragestellungen nutzbar.

Einen nicht unerheblichen Teil ihrer fallbezogenen Inhalte entnimmt die Dogmatik höchstrichterlichen Entscheidungen, worin sich der autoritative Aspekt des Rechts zeigt: dem „Wissen der Besten und Angesehensten“ wird ein besonderes Gewicht beigemessen⁴⁸⁸. Als System von Handlungsanweisungen für die Praxis ist die Dogmatik in besonderer Weise auf die Verarbeitung höchstrichterlicher Entscheidungen angewiesen, da diese die Rechtspraxis in großem Maße mitgestalten. Diese hohe Gestaltungskraft ist vor allem in der Ausrichtung der Entscheidungstätigkeit der Instanzgerichte und der rechtsanwaltlichen Argumentation an höchstrichterlichen Entscheidungen begründet. Die Beachtung höchstrichterlicher Präjudizien wird dadurch befördert, dass ihre Missachtung zur Aufhebung einer Entscheidung führen kann⁴⁸⁹.

Deutsche Juristen lernen im Referendariat, welches der Vorbereitung auf die praktische juristische Tätigkeit dienen soll, mit den Handlungsanweisungen in Gesetzeskommentaren zu ar-

⁴⁸⁴ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 159 f. *Lee* beschreibt die Aufgabe der Dogmatik basierend auf dem Konzept *Glaserfelds* als Vorgang der „reflexiven Abstraktion“, bei dem die Kompatibilität neuer Wissens Elemente (in dieser Untersuchung: Sprachgebrauchsweisen des gelebten Rechts) mit dem bestehenden Wissenssystem (in dieser Untersuchung: Rechtswissen) überprüft oder – gegebenenfalls auch durch Modifizierung des bestehenden Systems) hergestellt wird. Vgl. zum Konzept *Ernst von Glaserfeld*, Radikaler Konstruktivismus, 1. Aufl. 1997, S. 124 f.

⁴⁸⁵ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 161 f.

⁴⁸⁶ *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 15, Luhmann spricht von einem „Negationsverbot“, welches „die Nichtnegierbarkeit der Ausgangspunkt von Argumentationsketten“ bedeute.

⁴⁸⁷ Auf den Punkt gebracht von *Ottmar Ballweg*, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, 1970, S. 105: „Der Konflikt wird nicht durch Lösung beendet, sondern durch Beendigung gelöst“.

⁴⁸⁸ *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 43. In dem Verweis auf eine anerkannte Institution will bereits *Viehweg* die Bezugnahme „auf Wissen im anspruchsvollen Sinne“ ansehen. *Viehweg* spricht hier selbst von dem Verweis auf einen Namen, übertragen auf die Rechtspraxis sind als die „Besten und Weisesten“ aber nicht (mehr) einzelne Gelehrte angesehen, sondern die Höchst- und Obergerichte bzw. deren Richter als Kollektiv.

⁴⁸⁹ So hebt der BGH im Revisionsverfahren Entscheidungen allein mit der Begründung auf, dass sie der Rechtsauffassung des Gerichts widersprechen, vgl. *Mehrdad Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 1. Aufl. 2017, S. 290 f.: „Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der vom Instanzgericht vertretenen Rechtsauffassung findet dabei regelmäßig nicht statt. Der Hinweis auf die eigene Rechtsprechung dient als alleiniges Argument für die Zurückweisung der vom Instanzgericht vorgebrachten Position.“

beiten⁴⁹⁰. Aufgrund ihrer Ausrichtung auf die Rechtspraxis nimmt die Dogmatik deren Handlungsschemata auf, wozu auch die Ausrichtung der Entscheidungstätigkeit an Präjudizien gehört⁴⁹¹. In juristischen „Standardkommentaren“ wird dies deutlich an den umfassenden Verweisungen auf relevante Gerichtsentscheidungen⁴⁹².

Da für den praktizierenden Juristen das in der Praxis zum Erfolg führende Handeln richtungsweisend ist⁴⁹³, ist das Referendariat darauf ausgerichtet, Volljuristen auszubilden, die ab ihrem Einstieg in die Praxis in diesem Sinne handlungsfähig sind. Als Rechtsanwälte sollen sie nicht wegen Missachtung der höchstrichterlichen Präjudizien haften müssen, als Amtsrichter nicht durch ständiges „Aufgehoben werden“ die Justiz (und die eigene Karriere) behindern. Die Bezugnahme auf die in der Ersten Juristischen Prüfung zumindest „noch vertretbare“ dem Bundesgerichtshof widersprechende Literaturmeinung kann in der Zweiten Prüfung punktemäßig als Selbstmord gelten. Hier zeigt sich in besonderer Deutlichkeit, dass die Ausrichtung am Rechtswissen nicht nur *unbewusst* über die Teilnahme an Kommunikationsprozessen, sondern auch *bewusst* in der juristischen Ausbildung erlernt wird.

Die Dogmatik ist in ihrer pragmatischen Funktion als Instrument für erfolgreiches Handeln in der Rechtspraxis anzusehen⁴⁹⁴. Als pragmatische Theorie soll sie die Erfolgsstrukturen des praktischen Handelns zugänglich und nutzbar machen, welche sich zu einer Praxis verfestigt haben⁴⁹⁵. Bei diesem Verständnis rückt der Handlungsaspekt der Rechtsanwendung, wie ihn auch der Sozialkonstruktivismus betont, in den Vordergrund. In jeder Norminterpretation liegt eine sprachliche Handlung, welche einen, ebenfalls sprachlich zu fassenden, konkreten Le-

⁴⁹⁰ Dem entspricht die Aussage, "dass ein Blick in den Palandt in der Regel wichtiger ist als ein Blick ins Gesetz"; siehe *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 479, S. 481.

⁴⁹¹ Vgl. *Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 25. Dabei besteht die Theoriebildung der Rechtsdogmatik nicht nur aus der Abbildung der Rechtspraxis entnommener Inhalte, sondern sie nimmt auch wissenschaftliche Norminterpretationen und Normvorschläge auf, welche wiederum in das Handeln der Rechtspraxis eingehen können, soweit sie ein Bestandteil des rechtlichen Wissens werden.

⁴⁹² Dies gilt nicht nur in Deutschland, auch im französischen Code Civil finden sich unter den Normen die dazu ergangenen Entscheidungen samt der wichtigsten rechtlichen Aussage, wenn auch aufgrund der Kürze und Abstraktion ohne Zugriff auf die in Bezug genommene Entscheidung der Interpretationsspielraum hier recht groß bleibt.

⁴⁹³ *Martin Morlok; Ralf Kölbel; Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 32.

⁴⁹⁴ Zu diesem pragmatischen Theorieverständnis siehe *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 51; in der rechtswissenschaftlichen Debatte wird die weitgehende Ausrichtung an der Rechtspraxis kritisiert, da die Wissenschaftlichkeit des rechtswissenschaftlichen Diskurses verloren ginge, weil das rechtswissenschaftliche Arbeiten nicht an der Erkenntnis, sondern am Entscheiden ausgerichtet sei, vgl. *Oliver Lepsius*, *Themen der Rechtswissenschaftstheorie*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 1, S. 19 ff.; *Martin Morlok*, *Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre*, in: *Schulze-Fielitz* (Hg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, 49, S. 70.

⁴⁹⁵ *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 55.

benssachverhalt einer sprachlichen Regel unterordnet. Diese Anwendungshandlung muss, um Erfolg haben zu können, an den Sprachgebrauch der Rechtspraxis anknüpfen.

In der deutschen Rechtsordnung nimmt die Orientierung an Gesetzeskommentaren dabei eine bedeutende Rolle ein. Diese ermöglichen die Orientierung an gesammelten Sprachgebrauchsweisen der Praxis und präsentieren diese zugleich als den Inhalt des Gesetzes. So beziehen sie ihre eigene Autorität aus der Autorität des Gesetzes⁴⁹⁶.

Die Kritik an einer solchen umfassenden dogmatischen Durchdringung des Rechts beruht auf dem nachvollziehbaren Eindruck der Ontologisierung von Rechtsbegriffen durch die weitgehende Abstraktion von der konkreten Entscheidungssituation. Indem eine detaillierte Rechtsprache die sprachliche Verhaltenskoordination losgelöst von der Handlungssituation festsetze, gerate die pragmatische Dimension der Sprache aus dem Blick⁴⁹⁷. Was sich nicht im Rahmen der einem Begriff dogmatisch zugewiesenen Bedeutung halte, könne nicht von diesem erfasst werden⁴⁹⁸. Durch die weitreichende Erfassung des geltenden Rechts in dogmatischen Sätzen würden nicht von der Dogmatik erfasste Aspekte daher aus dem Blickfeld geraten.

Schon die Technik der juristischen Definition an sich erweckt den Eindruck, es handle sich bei einem Rechtsbegriff um eine feststehende Entität – erkennbar etwa bei dem Begriff des Berufs: *„Ein Beruf ist jede auf Dauer angelegt erwerbsmäßige Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient“*. Eine Definition beruht auf einer Reduktion der Sprache auf ihre semantische unter Ausklammerung der pragmatischen Dimension. Dem Signifikanten *„Beruf“* wird eine bestimmte Bedeutung, das Signifikat, *„auf Dauer angelegte erwerbsmäßige Tätigkeit“* zugeordnet. Zur Definition werden ihrerseits interpretationsbedürfti-

⁴⁹⁶ Nils Jansen, *The Making of Legal Authority*, 2010, S. 124 ff. So auch bereits Thomas Drosdeck, *Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle*, 1989, S. 89: „Ihre Legitimation bezieht Dogmatik unmittelbar aus dem Gesetz – dies ist der erste autoritative Aspekt von Dogmatik – und aus der Tatsache, dass sie von einer institutionalisierten Rechtswissenschaft hergestellt wird, indem diese das gesetzliche Paradigma und die dort verwendeten Begriffe in einem ausdifferenzierten System integriert. Mit der Anbindung an das System des Gesetzes ist gesichert, dass dogmatische Sätze im juristischen Vorverständnisbereich angesiedelt sind, mithin unter Juristen grundsätzlich als erwägenswert erachtet werden.“

⁴⁹⁷ Siehe dazu Waldemar Schreckenberger, *Über den Zugang der modernen Logik zur Rechtsdogmatik*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 155, S. 176.

⁴⁹⁸ Dieser Ontologisierung stellen sich linguistisch basierte Anätze entgegen, welche das Recht eher dekonstruktivistisch betrachten, vgl. etwa Jan M. Broekman, *Rechtsfindung als diskursive Strategie*, in: Ballweg/Seibert (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, 1982, 197. Broekman will der Ontologisierung der Rechtsbegriffe entgegentreten, indem er die Diskursivität des Rechts in den Vordergrund rückt und den Sprechakt zum zentralen Element des Rechtsdiskurses macht. Rechtsfindung sieht er als „diskursive Strategie“ als Gegenkonzeption zu der subjektzentrierten Sichtweise der Rechtsfindung, in der der Jurist die elementare Stellung einnimmt, indem er unter verschiedenen Alternativen wählt, welche sich in der „zentralen Position des Richters im Rechtsfindungsprozess“ zeige. Recht ist in seiner Konzeption eine „bestimmte und bestimmbar Menge spezifischer Sprechakte

ge Begriffe verwendet, welche wiederum juristisch definiert werden, sodass eine ineinander verwobene Definitionsstruktur entsteht.

Die Nutzung einer Fachsprache und die damit einhergehende Notwendigkeit von Definitionen ist als solche zwar keine Besonderheit der Rechtswissenschaft⁴⁹⁹. Die Besonderheit des Rechts als rein sprachliche Praxis ist aber, dass erst durch die Entwicklung und Verwendung von Fachtermini eine (rechtliche) Wirklichkeit geschaffen wird⁵⁰⁰.

Ein Verständnis von Dogmatik als umfassende begriffliche Systematisierung des Rechts bliebe aber bei einem heute abgelehnten Denken der Invarianz im Sinne der Begriffsjurisprudenz stehen⁵⁰¹. Dem Streben der klassischen Methodenlehre nach weitestgehender Loslösung dogmatischer Sätze von der Entscheidungssituation liegt eine falsche Gleichsetzung der (Inter-)Subjektivität der juristischen Entscheidung mit deren Willkür zugrunde⁵⁰².

In einem pragmatischen Verständnis hingegen bedeutet, einen Begriff zu definieren, vielmehr „aus seinen Verwendungsmöglichkeiten ein möglichst klar eingegrenztes, nachvollziehbares und für andere erlernbares Stück *sprachlicher Praxis* herzustellen“⁵⁰³. Die Lösung der sprachlichen Praxis von den Entscheidungssituationen dient der Stabilisierung der Vorstellungswelt der an der Konstruktion des Rechts beteiligten Akteure, maßgeblich der entscheidenden Richter⁵⁰⁴. Da die dogmatischen Sätze als Entscheidungsprämissen für eine Vielzahl von Fällen dienen müssen, ist ihre Abstraktheit notwendig. Dogmatische Sätze und in der Dogmatik enthaltene juristische Definitionen können ihrerseits nur einen Ausgangs- und Orientierungs-

⁴⁹⁹ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur (Hg.), *Präjudiz und Sprache*, 2008, 28, S. 38 f.; auch *Markus Thiel*, *Recht und Sprache*, in: Krüper (Hg.), *Grundlagen des Rechts*, 2016, 244, S. 249. Fachsprachen als „normierte Sprachen“ legen in allen wissenschaftlichen Disziplinen den Sprachgebrauch fest und begrenzen damit die Gegenstände, welche mit einem Begriff sprachregelkonform bezeichnet werden können, vgl. *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 251; *Friedrich Müller*; *Ralph Christensen*, *Juristische Methodik*, 11. Aufl. 2013; *Kye Il Lee*, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 81 spricht von Sprachkonventionen.

⁵⁰⁰ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur (Hg.), *Präjudiz und Sprache*, 2008, 28, S. 45 ff. Ebenfalls zur Konstruktion der Wirklichkeit durch die Sprache *Agnes Launhardt*, S. 150 f. *Markus Thiel*, *Recht und Sprache*, in: Krüper (Hg.), *Grundlagen des Rechts*, 2016, 244, S. 245 Interessant ist auch der Hinweis von *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 76 darauf, dass die Wahrheit von Sätzen nicht nur von der Übereinstimmung mit der Wirklichkeit abhängt, sondern auch von der Bedeutung von Begriffen. Er verwendet zur Veranschaulichung das rechtlich relevante Beispiel des Begriffs "tot", welcher seit er den Hirntod und nicht mehr den Herzstillstand beim Menschen voraussetzt, Menschen in anderem Zustand als zuvor richtigerweise als tot bezeichnet.

⁵⁰¹ Siehe *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 310 f.

⁵⁰² *Agnes Launhardt*, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 111. Diese Loslösung von der Entscheidungssituation ist, wie zu sehen sein wird, erforderlich, um Handlungsorientierung in der Praxis zu gewährleisten, darf aber nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass die Dogmatik die eigene Interpretationsarbeit des Richters vorwegnehme. Sie stellt nur eine Wissensbasis für die Interpretationsarbeit dar.

⁵⁰³ *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 72.

⁵⁰⁴ Zur Stabilisierung sprachlicher Bedeutung durch Entsubjektivierung vgl. *Martin Morlok*; *Ralf Köbel*; *Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, *Rechtstheorie* 31 2000, 15, S. 42.

punkt für die eigene Interpretationsarbeit des Richters bieten⁵⁰⁵. Sie ermöglichen so die Bewertung eines bestimmten Sprachgebrauchs als mit dem Rechtswissen vereinbar, also rechtmäßig bzw. richtig oder als mit dem Rechtswissen unvereinbar und somit falsch.

b. Präjudizien, ständige Rechtsprechung und herrschende Meinungen

Neben in juristischen Kommentaren, Handbüchern und sonstigen dogmatischen Werken gesammelten Wissens-elementen, können auch in Gerichtsentscheidungen enthaltene Sprachgebrauchsweisen Elemente des Rechtswissens werden. Angesprochen ist hiermit die Verwendung vorausgehender Entscheidungen als Präjudizien. Eine ausdrückliche normative Präjudizienbindung im Sinne der anglo-amerikanischen „*stare decisis*“ Doktrin und eine entsprechend ausgearbeitete Dogmatik der Präjudizienbindung bestehen in der deutschen Rechtsordnung ersichtlich nicht. Daraus folgt aber entgegen veralteten Vorstellungen nicht, dass die Wirkungsweise von Präjudizien kodifizierten Rechtssystemen wie dem deutschen fremd wäre⁵⁰⁶ oder, dass die Juristen in diesen Systemen keinerlei Methode im Umgang mit Präjudizien beherrschten⁵⁰⁷.

Dass die richterliche Entscheidungstätigkeit sich auch in Civil Law Rechtsordnungen tatsächlich an Präjudizien ausrichtet, wird innerhalb der Rechtswissenschaft nicht (mehr) in Zweifel gezogen⁵⁰⁸. Die handlungsorientierende Funktion von Präjudizien in der Rechtspraxis wird jedoch als „faktische Präjudizienbindung“ bezeichnet, womit in erster Linie ihr normativer Charakter negiert wird⁵⁰⁹. Präjudizien werden als von den Gerichten zur Interpretation des

⁵⁰⁵ Vergleiche auch *Agnes Launhardt*, Methodenlehre aus rechtsrhetorischer Perspektive: Abschied von der Normativität?, *Rechtstheorie* 32 2001, 141, S. 151; auch *Christian Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 118: „Die Dogmatik eröffnet bestimmte Anschlussmöglichkeiten bzw. erleichtert den Zugang zu ihnen, während sie andere versperrt bzw. nur unter erhöhtem Aufwand erreichbar macht.“

⁵⁰⁶ Für einen Vergleich der Bedeutung von Präjudizien in kontinentaleuropäischen Rechtssystemen und im Common Law siehe *Imre Zaitjay*, Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, *Archiv für die civilistische Praxis* 165 (1965), 97, S. 103 ff.; Mit Beiträgen zur Wirkungsweise und Interpretation von Präjudizien in verschiedenen Civil Law und Common Law Rechtsordnungen *MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S.* (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997.

⁵⁰⁷ *Jan Komárek*, Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent, Society and Economy Working Papers 2012.

⁵⁰⁸ *Ellen Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 32; *Roland Wagner-Döbler*; *Lothar Phillips*, Präjudizien in der Rechtsprechung: Statistische Untersuchungen anhand der Zitierrpraxis deutscher Gerichte, *Rechtstheorie* 1992, 228; *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 430.

⁵⁰⁹ Siehe dazu etwa *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 429 ff.; *Eduard Pischer*, Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts, in: Bumke (Hg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, 85; *Peter Rausch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, S. 66; *Winfried Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, 227, S. 237 f. Auch für andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen bestehen ähnliche Konzepte. So beispielweise in Spanien, wo jedoch auch mehr und mehr auch die normative Qualität von Präjudizien diskutiert wird, siehe *Alfonso Ruiz Miguel*; *Francisco Laporta*, Precedent in Spain, in: MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997, 259, S. 272 ff.; Vergleichbar ist die Situation in Italien, siehe *Michele Taruffo*; *Massimo La Torre*,

kodifizierten Rechts herangezogene *Hilfsmittel* betrachtet und sollen keine vom Text autonomen „Rechtsquellen“ darstellen⁵¹⁰. Im Gegensatz zu ihrer Stellung im anglo-amerikanischen Recht sind Präjudizien in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen nicht als verbindliche Normen anerkannt⁵¹¹. Die Pflicht zur Berücksichtigung von Präjudizien wird daher teilweise mit dem bezogen auf fremde Gerichtsentscheidungen bereits erörterten Begriff der „*persuasive authority*“ oder des „*persuasive precedent*“ umschrieben⁵¹².

Einige Civil Law Rechtsordnungen verpflichten die Gerichte einfachgesetzlich zur Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁵¹³. In der deutschen Rechtswissenschaft wird insoweit die Bedeutung von § 31 Bundesverfassungsgerichtsgesetz diskutiert, aus welchem teilweise eine präjudizielle Bindung der nationalen Gerichte an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abgeleitet wird⁵¹⁴. An einer Dogmatik der Präjudizienbindung⁵¹⁵ im Civil Law fehlt es aber weiterhin.

Verbindlichkeit besitzt nach dem Verständnis der deutschen Rechtspraxis nicht eine einzelne richterrechtliche Norm, sondern die einer Reihe von Präjudizien entnommene Sprachgebrauchsweise als Rechtsgedanke oder -prinzip⁵¹⁶. Auch eine Grundsatzentscheidung selbst wird als Ausdruck eines Rechtsgedankens, nicht als Rechtsquelle betrachtet. Dies zeigt sich

Precedent in Italy, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hg.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, 141, S. 154 ff. Dies gilt freilich nur für Civil Law Länder, im Common Law Rechtskreis sind Präjudizien aufgrund der doctrine of precedent als eigenständige Rechtsquellen anerkannt.

⁵¹⁰ Für die spanische Rechtsordnung *Alfonso Ruiz Miguel; Francisco Laporta*, Precedent in Spain, in: MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997, 259, S. 276 f.

⁵¹¹ So zum Beispiel für Italien *Jörg Luther*, Länderbericht Italien: Precedente e linguaggio giuridico in Italia, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur (Hg.), *Präjudiz und Sprache*, 2008, 197, S. 198; sowie *Michele Taruffo; Massimo La Torre*, Precedent in Italy, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hg.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, 141, S. 158; für Deutschland *Heinz Weller*, Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft, 1979, S. 49 f.; Für Spanien siehe *Alfonso Ruiz Miguel; Francisco Laporta*, Precedent in Spain, in: MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997, 259, S. 273 ff.

⁵¹² So zum Beispiel bei *Michele Taruffo; Massimo La Torre*, Precedent in Italy, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hg.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, 141, S. 154.

⁵¹³ Ob die Bindung (jedenfalls) aller Gerichte an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 1 BVerfGG im Sinne einer strikten Präjudizienbindung zu verstehen, also die Verfassungsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht über den konkreten Streitgegenstand hinaus bindend ist, ist innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft umstritten. Für eine umfassende Darstellung und Analyse der zu dieser Frage vertretenen extensiven und restriktiven Ansicht siehe *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 374 ff.

⁵¹⁴ Zu dieser extensiven Auslegung siehe *Steffen Detterbeck*, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, 1995, S. 358; *Antje von Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts* 138 (2013), 1, S. 16 f. Mit einem Überblick über die verschiedenen Entscheidungswirkungen und dem Plädoyer für die Erstreckung der Bindungswirkung auf die tragenden Entscheidungsgründe siehe *Bethge*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Ulsamer/Coelln*, Stand: Juli 2020 (60. Ergänzungslieferung) (2020), § 31 Rdnr. 1–317, Rdnr. 75 ff.

⁵¹⁵ Einen Vorschlag für eine solche dogmatische Konzeptualisierung der Präjudizienwirkung macht für die deutsche Rechtsordnung *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017.

⁵¹⁶ Vergleiche bereits *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 242 ff.

auch in der Begründungstechnik des Bundesverfassungsgerichts, welches seine Entscheidungsbegründungen regelmäßig in einen Maßstabs- und einen Subsumtionsteil einteilt und somit die Verfassungsinterpretation von den zugrundeliegenden Tatsachen trennt und objektiviert⁵¹⁷.

Auch auf der Grundlage eines realistischen Rechtsverständnisses ist festzuhalten, dass, aufgrund der Verfassungs- und Gesetzesbindung der Judikative richterliches Entscheiden stets auf einer Verfassungs- oder Gesetzesnorm beruhen muss. Als Präjudizien können aufgrund dieser Anforderung an das rechtliche Sinnsystem keine vom Gesetz völlig unabhängigen Normen hergestellt werden, sondern die Anknüpfbarkeit an das Gesetz oder seine „ratio“ muss darstellbar bleiben⁵¹⁸. Daraus erklärt sich, dass die Bezugnahme auf Präjudizien in Civil Law Rechtsordnungen häufig über die Zitation aus einem Kommentar oder durch die Übernahme der Leitsätze einer höchstrichterlichen Entscheidung erfolgt⁵¹⁹.

Die von einem positivistischen Rechtsverständnis geprägte Methodenlehre muss aber nur deshalb von einer rein *faktischen* Präjudizienbindung ausgehen, weil sie die Zulässigkeit judikativer Rechtserzeugung verneint oder diese auf den Bereich der Rechtsfortbildung begrenzt⁵²⁰. Der Idee einer faktischen Präjudizienbindung liegt die kontinentaleuropäische Unterscheidung zwischen Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen zugrunde, die Ausdruck eines semantischen Normativitätsbegriffs ist, welcher ausschließlich dem Gesetzestext eine normative Bedeutung beimisst⁵²¹.

Auf der Grundlage eines realistischen Rechtsverständnisses erweist sich die normative Bindung an das Gesetz als Bindung an die Sprachgebrauchsweisen der Rechtspraxis, welche im

⁵¹⁷ Oliver Lepsius, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza (Hg.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, 103, S. 112 f.

⁵¹⁸ Ähnlich bereits Mehrdad Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 121 f.: „Die Verselbständigung des Richterrechts geht in der juristischen Praxis nicht so weit, dass Rechtsanwender und Gerichte sich isoliert auf Präjudizien berufen. Diese werden vielmehr zur inhaltlichen Ausfüllung der geschriebenen Rechtsnorm herangezogen.“ Ähnlich auch Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 275, der darauf hinweist, ein Präjudiz sei „nicht kraft formaler Autorität des ‚Stare Decisis‘ bindend, sondern kraft der in ihm bestätigten Durchsetzung eines Grundsatzes“.

⁵¹⁹ Thomas Lundmark, *Charting the divide between common and civil law*, 2012, S. 366 ff.; Mehrdad Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 451 f.; Jan Komárek, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*, *Society and Economy Working Papers* 2012, S. 20 ff.

⁵²⁰ In diesem Bereich der Rechtsfortbildung soll der Richter wiederum gebunden werden durch dem Normtexten vorausliegende, objektiv auffindbare Rechtsprinzipien, siehe bereits Ralph Christensen, *Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung*, in: Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 1, S. 3 ff.

⁵²¹ Der Begriff der Rechtsquelle ist aus rechtssoziologischer Sicht irreführend, da er impliziert, das Recht könne etwa einer gesetzgeberischen Entscheidung entspringen, während diese tatsächlich nur eine Auswahl zwischen möglichen Normen trifft.

Gesetzestext verkörpert sind⁵²². Daher ergibt auch die Unterscheidung zwischen richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung keinen Sinn⁵²³. Die in der klassischen Methodenlehre als „faktische Präjudizienbindung“ bezeichnete handlungsanleitende Funktion von Präjudizien in der Rechtspraxis beruht auf deren Status als Elemente des Rechtswissens. Als Bestandteil des Rechtswissens sind Präjudizien – zeitweise – rechtlich verbindlich⁵²⁴, weil sie ein Element der aktuellen Normbedeutung mitbestimmen. Sie leiten daher die Norminterpretation anderer Gerichte und des entscheidenden Gerichts selbst in nachfolgenden Entscheidungen an⁵²⁵. Die von einem anderen Gericht vollzogene Auslegung einer Gesetzes- oder Verfassungsnorm wird von anderen Gerichten oder auch von dem Gericht selbst in nachfolgenden Entscheidungen als eine epistemische Grundlage für die auf den neuen Fall hin zu vollziehende Auslegungsarbeit herangezogen, ohne die eigene Interpretationsleistung des Richters vollständig ersetzen zu können⁵²⁶. Durch die Anerkennung der richterlichen Sprachgebrauchsweisen als Bestandteil der Normbedeutung wird trotz der Unsicherheit des Rechts Entscheidbarkeit hergestellt, sie bewirkt einen „reflektierten Reflexionsstop“⁵²⁷.

Die Präjudizienwirkung im kontinentaleuropäischen Recht darf folglich nicht als strenge Bindung an frühere Entscheidungen verstanden werden. Als Fall einer solchen strengen Bindung erscheint – zumindest aus kontinentaleuropäischer Perspektive⁵²⁸ – die Präjudizienbindung im

⁵²² Zur Erfassung der normativen Bedeutung von Präjudizien führt die Einteilung in verbindliche Rechtsquellen und unverbindliche Rechtserkenntnisquellen daher nicht weiter. Denn bereits der Bezeichnung des Gesetzes als Rechtsquelle liegt die Vorstellung zugrunde, dem Gesetzestext könnten normative Rechtsregeln schlicht entnommen werden.

⁵²³ Vergleiche zur Ablehnung der Trennung zwischen Rechtsfortbildung und Auslegung bereits: *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 221 ff.; siehe auch *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 259 ff. Im Ergebnis hält auch *Payandeh* diese Unterscheidung für die Beurteilung der präjudiziellen Wirkung gerichtlicher Entscheidungen für irrelevant *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 51 f.

⁵²⁴ Ähnlich in Bezug auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bereits *Oliver Lepsius*, *Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen*, in: *Scholz/Lorenz/Pestalozza* (Hg.), *Realitätspprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, 103, S. 114, welcher von der punktuellen Verbindlichkeit der durch das Bundesverfassungsgericht gesetzten Maßstäbe der Verfassungsinterpretation ausgeht. Für die Anerkennung von Präjudizien als rechtliches Argument in der Rechtspraxis vgl. *Hans-Joachim Koch; Helmut Rießmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 186 ff.; *Robert Alexy; Ralf Dreier*, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in: *MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S.* (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997, 17, S. 31.

⁵²⁵ Ob und wie weit darüber hinaus auch die Legislative und Exekutive in ihrer Entscheidungstätigkeit an – vor allem höchstrichterliche – Präjudizien gebunden sind, kann im Rahmen dieser Untersuchung nur ansatzweise betrachtet werden. Zur Wechselwirkung zwischen gerichtlicher Rechtspraxis und Legislative vergleiche aber S. 82 ff.

⁵²⁶ Zur Entlastungsfunktion von Präjudizien siehe *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 262 ff. Siehe auch *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 477: „Der Rechtsanwendungsprozess besteht nicht aus zwei Stufen, bei denen der Rechtsanwender zunächst ein Rechtsproblem allein anhand des geschriebenen Rechts und unter Anwendung der juristischen Methodenlehre angeht und zu einem Ergebnis gelangt, das er dann mit der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung abgleicht; die höchstrichterliche Rechtsprechung fließt vielmehr unmittelbar in den Vorgang der Ermittlung des geltenden Rechts ein.“

⁵²⁷ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 560.

⁵²⁸ Auch der *stare decisis* Grundsatz verhindert aber die Entwicklung des Case Law nicht. Die Präjudizienbindung ist nicht absolut, sondern hängt schon aufgrund der Möglichkeiten des *Distinguishing* und des *Overruling*

Common Law nach der *stare decisis* Doktrin. Nach der strengen Form des *stare decisis* können Gerichte von den sie bindenden Vorentscheidungen nicht abweichen, soweit sie auf den zu entscheidenden Fall anwendbar sind, also die relevanten Sachverhaltsmerkmale im zu entscheidenden Fall mit denen des Präjudizes übereinstimmen⁵²⁹. Das Abweichen von nicht durch *Distinguishing* ausgeschlossenen Präjudizien ranghöherer Gerichte innerhalb der Präjudizienpyramide ist im anglo-amerikanischen Recht danach grundsätzlich ausgeschlossen. Dies selbst wenn diese Entscheidungen als falsch angesehen werden⁵³⁰. Der der anglo-amerikanischen Terminologie entstammende Begriff des *Distinguishing* beschreibt die Technik, mithilfe derer der Richter die Unanwendbarkeit eines *binding precedent* für den zu entscheidenden Fall begründen kann. Ein Präjudiz ist unanwendbar, wenn zwischen dem Fall, zu dem die bindende Entscheidung ergangen ist, und dem zu entscheidenden Fall relevante Unterschiede bestehen⁵³¹. Die Verwerfung eines Präjudizes durch *Overruling* ist nur durch das erkennende Gericht – soweit es nicht an die eigene Entscheidung gebunden ist – durch ein ranghöheres Gericht oder per Gesetz möglich⁵³².

Obwohl dies oft von der klassischen Methodenlehre vorgebracht wird, steht eine normativ verstandene Präjudizienwirkung aber nicht im Sinne einer *stare decisis* Doktrin der Unabhängigkeit der Gerichte entgegen. Denn der Richter ist bei realistischer Betrachtung stets nur an die *aktuelle* Normbedeutung in der Praxis gebunden, die durch gültige rechtliche Argumente kritisiert werden kann. Insofern ist *Krieles* Konzept der „präsumtiven Verbindlichkeit“⁵³³ von Präjudizien zuzustimmen. Grundsätzlich ist zu vermuten, dass Präjudizien als Bestandteile der in der gerichtlichen Entscheidungspraxis konstituierten Normbedeutung verbindlich sind. Je-

von der individuellen richterlichen Entscheidung ab. Bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit zweier Fälle müssen auch die anglo-amerikanischen Gerichte die Texte der herangezogenen Präjudizien interpretieren, um die *ratio decidendi*, den nach der anglo-amerikanischen Doktrin bindenden Teil einer Entscheidung, zu bestimmen.

⁵²⁹ Für das englische Rechtssystem siehe *Gary Slapper; David Kelly, The English legal system*, 2014. Aufl. 2014, S. 129. Jedoch wird die *stare decisis* Doktrin nicht überall gleich streng gehandhabt, vgl. *Zajtay*, Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, AcP, Archiv für die civilistische Praxis 165 (1965), 97, S. 106; *Marc A. Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, 2014, S. 232 ff.

⁵³⁰ *Ellen Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 75 f.; *Gary Slapper; David Kelly, The English legal system*, 2014. Aufl. 2014, S. 129; *Lamond*. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>., 23.12.2021.

⁵³¹ Mit einem Beispiel *William Burnham*, Introduction to the law and legal system of the United States, 2016, S. 75 ff.

⁵³² In England und Wales erlaubt eine dynamisch verstandene *stare decisis* Doktrin das „corrective overruling“, wenn eine vorausgehende Entscheidung als falsch erkannt wird und das „renovative overruling“, wenn sich die tatsächliche Situation in der Gesellschaft verändert hat, vgl. *Thomas Lundmark*, Charting the divide between common and civil law, 2012, S. 373; *Robert S. Summers; Ithaca Eng; Svein Eng*, Departures from Precedent, in: *MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hg.)*, Interpreting Precedents, 1997, 519, S. 526 f.

⁵³³ *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.

doch kann aufgrund besserer Argumente von ihnen abgewichen werden, wodurch sie ihre Orientierungswirkung für die Rechtspraxis auch verlieren können⁵³⁴.

Der Begriff des Präjudizes beschreibt in dieser Untersuchung zudem nicht pauschal eine gerichtliche Vorentscheidung, sondern meint die richterliche Rechtsmeinung oder Sprachgebrauchsweise, welche in den juristischen Diskurs eingeführt wird⁵³⁵. In richterlichen Entscheidungen können zugleich mehrere Sprachgebrauchsweisen zu finden sein, auf die im Diskurs häufig ohne Differenzierung insgesamt Bezug genommen werden kann. Entscheidend für die Charakterisierung als Präjudiz ist nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis, dass der Sprachgebrauch in der Rechtspraxis handlungsanleitend wirkt. Der Begriff des Präjudizes umfasst also nicht das in den Gerichten hergestellte, gelebte Recht als Ganzes, sondern nur Sprachgebrauchsweisen, die über den Einzelfall hinaus als Orientierungspunkte herangezogen werden. Die präjudizielle Wirkung ist von den einzelfallbezogenen Entscheidungswirkungen daher zu unterscheiden⁵³⁶. Weil eine Bindung an das Präjudiz als Rechtsquelle nicht besteht, sind spätere Anpassungen des Sprachgebrauchs zu beachten⁵³⁷.

Der Richter muss sich an Präjudizien dann orientieren, wenn sie als Bestandteil der Normbedeutung anerkannt sind, um der Verfassungs- und Gesetzesbindung der Judikative gerecht zu werden⁵³⁸. Dies ist jedenfalls für höchstgerichtliche Entscheidungen aufgrund des Bestehens eines Instanzenzuges der Fall. Die Gerichte in den unteren Instanzen richten ihre Entscheidungstätigkeit aufgrund des hierarchischen Aufbaus der Gerichtsbarkeit an der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung aus⁵³⁹. Auch Entscheidungen von Gerichten unterer In-

⁵³⁴ So auch *Ralph Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, 1, S. 29 f., welcher daher von einer „argumentativen Bindung“ an Präjudizien spricht.

⁵³⁵ Durch die Inbezugnahme einer vom konkreten Einzelfall gelösten Sprachgebrauchsweise entspricht die Begriffsbestimmung dem, was in der Rechtswissenschaft allgemein unter einem Präjudiz verstanden wird. Etwa *Peter Badura*, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: *Blaurock* (Hg.), *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht*, 1985, 49, S. 50: „Präjudizien sind in Präzedenzfällen durch den erkennenden Richter gefundene und verallgemeinerungsfähige Rechtsauffassungen.“ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass auch abstrakte rechtliche Ausführungen und Argumente in der Rechtspraxis in Bezug genommen werden können. Dass auch etwa allgemeine Aussagen zur Bedeutung der Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung rezipiert werden, zeigt *Payandeh* anschaulich auf. Siehe *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 17 ff.

⁵³⁶ Gemeint ist insbesondere die Rechtskraft der Entscheidung. Mit einem Überblick zu den einzelnen Entscheidungswirkungen *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 40 f.

⁵³⁷ Zur notwendigen Beachtung der Entwicklung der präjudiziellen Bedeutung siehe auch *H. Coing*, Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, *Juristische Schulung* 1975, 277, S. 281 ff.; *Katja Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 181 ff.

⁵³⁸ *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 268 f.

⁵³⁹ Insofern ist der institutionelle Aufbau der Judikative mit dem Bestehen eines Instanzenzuges eine Grundvoraussetzung für die handlungsanleitende Funktion von Präjudizien. Pointiert *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2018, Art. 95 GG, S. Rz 1. Siehe auch *Hans Müller*, Zur Geschichte der bindenden Gesetzesauslegung, 1939, S. 54 f. Mit einem Beispiel *Thomas Lundmark*, Charting the divide between

stanzen können einen Bestandteil des Rechtswissens der Praxis bilden. Ihre Orientierungswirkung ist jedoch aufgrund ihrer Stellung in der Gerichtshierarchie gegenüber höchstrichterlichen Entscheidungen und herrschenden Meinungen grundsätzlich erheblich verringert.

Die Stellung in der Gerichtshierarchie meint hier in erster Linie die Position eines nationalen Gerichtes innerhalb des jeweiligen Instanzenzuges, nicht eine hierarchische Ordnung im Sinne einer Präjudizienpyramide⁵⁴⁰. Im Grundsatz gilt: Je höher die Position des Gerichts innerhalb der Gerichtshierarchie ist, desto größer ist die seinen Entscheidungen innerhalb der Rechtspraxis zukommende institutionelle Überzeugungskraft.

Der Instanzenzug verleiht der Bedeutungsherstellung auf verschiedenen Stufen unterschiedliche Autorität⁵⁴¹. Die schon aus prozessualen Gründen notwendige Ausrichtung an den Entscheidungen der Höchst- und Obergerichte macht richterliche Entscheidungen für die Verfahrensbeteiligten einschätzbarer und dient damit in erheblichem Maße der Rechtssicherheit. Die Gerichte der höheren Instanzen nehmen eine Kontrollfunktion wahr, indem sie den Entscheidungsweg der Gerichte unterer Instanzen, deren Entscheidungen ihnen zugeleitet werden, auf seine argumentative Gültigkeit und Vereinbarkeit mit dem Rechtswissen überprüfen. Damit dienen ihre Entscheidungen in besonderem Maße der Erhaltung der Kohärenz des gelebten Rechts⁵⁴².

Ein aus dem Instanzenzug folgender Grund für die geringere Orientierungswirkung der Entscheidungen von Instanzgerichten besteht darin, dass sie aufgrund ihrer Stellung auf einer der unteren Ebenen des Instanzenzuges von den übergeordneten Rechtsmittelgerichten aufgehoben werden können. Dies macht sie zu einer unsicheren Handlungsorientierung für andere Gerichte⁵⁴³. Natürlich ist die Gefahr des „Aufgehobenwerdens“ nicht immer eine konkrete, da es auf die prozessuale Möglichkeit und auf ein Interesse der Prozessbeteiligten an der Fortführung des Verfahrens ankommt. Dennoch schmälert allein die potenzielle Aufhebungsfahr die

common and civil law, 2012, S. 364; *Thomas Lundmark*, Die Methodik des Präzedenzfalls im Common Law-Rechtskreis, Ad Legendum 2016, 109, S. 111.

⁵⁴⁰ In diesem Sinne spricht auch *Lundmark* von der Einfügung der Gerichte in eine Hierarchie, vgl. *Thomas Lundmark*, Die Methodik des Präzedenzfalls im Common Law-Rechtskreis, Ad Legendum 2016, 109, S. 111: „Auch wenn *Civil Law*-Rechtsordnungen die *stare decisis*-Doktrin nicht ausdrücklich anerkennen, sind entsprechende Richter in der ersten Instanz in gerichtlichen Hierarchien tätig und es wird in diesem Zusammenhang erwartet, dass sie den Entscheidungen von Richtern an Revisionsgerichten folgen.“

⁵⁴¹ Gerade die Möglichkeit für die Höchstgerichte, die Entscheidungen unterer Gerichte zu kontrollieren und aufzuheben ist ein wichtiger Faktor ihrer Autorität; so auch *Victor Ferreres Comella*, Constitutional courts and democratic values, 2009, S. 22 f.

⁵⁴² So bereits *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 285 f., welcher die Effektivität des Instanzenzuges nur durch diese Funktion der "Erhaltung der Einheit und Konsistenz des Sinngefüges rechtlicher Normen" begründet sieht.

⁵⁴³

Autorität der Instanzgerichte gegenüber derjenigen von Obergerichten, bei denen die Aufhebungsfahr bereits geringer ist, und Höchstgerichten, deren Entscheidungen im Instanzenzug nicht aufgehoben werden können. In den Entscheidungen der Rechtsmittelinstanzen können die Entscheidungen erstinstanzlicher Gerichte schon deshalb nur geringe Autorität entfalten.

Dass die Orientierungswirkung der Entscheidungen der Gerichte der Tatsacheninstanzen allgemein geringer ist, beruht auch darauf, dass sie sich in ihren Entscheidungen häufig mehr mit der Sachverhaltsermittlung als mit der rechtlichen Bewertung des ermittelten Sachverhalts auseinandersetzen müssen. Entscheidungen von Gerichten, welche reine Rechtsmittel- oder nur beschränkte Tatsacheninstanzen sind, befassen sich stärker mit rein rechtlichen Fragen. Daraus folgt keinesfalls, dass vor allem erstinstanzliche Gerichte keine anspruchsvollen Rechtsfragen zu entscheiden hätten oder die Qualität der rechtlichen Lösungen grundsätzlich gering sei. Jedoch müssen die erstinstanzlichen Gerichte eine große Zahl sogenannter *Standardfälle*⁵⁴⁴ entscheiden, bei denen der Schwerpunkt auf Tatsachenfragen liegt. Solche Entscheidungen werden auch von der Rechtswissenschaft in aller Regel nicht wahrgenommen und finden keinen Eingang in die dogmatische Verarbeitung.

Ober- und Höchstgerichte befassen sich hingegen vorwiegend mit Rechtsfragen, welche in vielen Fällen über den Einzelfall hinaus Relevanz erlangen können. Dies beruht bereits darauf, dass eher einfach erscheinende Rechtsfragen, also solche, zu denen bereits genügend Orientierungspunkte im Recht bestehen, von den Gerichten auf der unteren Stufe der Gerichtshierarchie entschieden werden können, welche daher eine Filterfunktion wahrnehmen. Damit soll nicht etwa behauptet werden, die Richter unterer Instanzen seien zur Lösung schwieriger Rechtsfragen nicht befähigt, jedoch kann durch die Entscheidung auf höherer Ebene eine größere Verlässlichkeit und Nachhaltigkeit der Problemlösung erreicht werden⁵⁴⁵. Zudem werden im Laufe des Instanzenzuges die für die rechtliche Frage relevanten Topoi bereits gesammelt, einander gegenübergestellt und gewichtet, was eine erhebliche Arbeitserleichterung für die Richter des entscheidenden Ober- oder Höchstgerichtes darstellt.

Diejenigen rechtlichen Fragen, die auf einer höheren Stufe des Instanzenzuges neu entschieden werden, sind hingegen regelmäßig solche, für die hinreichende Orientierung im materiel-

⁵⁴⁴ Solche Fälle werden von den untersten Gerichten entschieden und finden zumeist nicht den Weg zu den Gerichten der nächsten Instanz, soweit sie nicht vom materiellen Rechtswissen abweichen, was aufgrund der Bedrohungslage des „Aufgehobenwerdens“ in der Praxis selten ist. Wird die Entscheidung eines Standardfalles doch auf die nächste Instanz gehoben, wird diese die Vereinbarkeit mit dem materiellen Rechtswissen in der Regel entweder bejahen oder verneinen, ohne jedoch dadurch neue Orientierung für die Entscheidungspraxis zu schaffen, es sei denn, es bestehen Argumente für eine Modifikation der Normbedeutung.

⁵⁴⁵ Peter Stegmaier, *Wissen, was Recht ist*, 1. Aufl. 2009, S. 296 ff.

len Rechtswissen noch fehlt. Denn weder macht es für ein erstinstanzliches Gericht Sinn, gegen eine ober- oder höchstrichterliche Rechtsprechung oder herrschende Meinung zu entscheiden, noch für eine verlierende Partei, in der nächsten Instanz gegen eine dem aktuellen Rechtswissen offenbar entsprechende Entscheidung vorzugehen.

Anderes gilt nur, wenn mit der Änderung einer herrschenden Meinung oder Rechtsprechungslinie zu rechnen ist, etwa weil es gesetzliche Änderungen gab oder vehemente Kritik aus der Rechtswissenschaft eine Rechtsprechungsänderung möglich erscheinen lässt. Verliert damit der zur Grundlage der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts gewordene Sprachgebrauch den Status materiellen Rechtswissens, kann ein Vorgehen gegen diese Entscheidung im Instanzenzug erfolgsversprechend(er) werden. Ebenso kann das erstinstanzliche Gericht, wenn es an der Richtigkeit eines dem Rechtswissen bisher entsprechenden Sprachgebrauchs zweifelt, in seiner Entscheidung mit gültigen Einwänden davon abweichen. Maßgeblich für den Erfolg der Entscheidung ist dann jedoch, ob das Gericht in der nächsten Instanz diese Argumentation für überzeugend hält, worin sich wieder die Unsicherheit der Orientierung an den Entscheidungen der Gerichte unterer Instanzen zeigt.

Auch die Entscheidungen von Instanzgerichten können als Elemente des Rechtswissens zu Orientierungspunkten für die Rechtspraxis werden. Sie können etwa relevant werden, wenn zu einer rechtlichen Frage nur Entscheidungen von Gerichten auf einer unteren Ebene der Hierarchie ergangen sind. Ein Richter am Amtsgericht wird sich etwa an den Entscheidungen der Gerichte der nächsthöheren Ebene, der Landgerichte orientieren, sofern es noch keine ober- oder höchstgerichtlichen Entscheidungen zu dieser Frage gibt.

In *Civil Law* Systemen wird zudem einer Reihe gleicher Entscheidungen eine besondere Überzeugungskraft zuerkannt⁵⁴⁶. Dies verdeutlichen Konzepte wie das der „ständigen Rechtsprechung“, der „*jurisprudence constante*“ oder der „*giurisprudenza costante*“, wie sie kontinentaleuropäische Rechtsordnungen kennen. Besondere Bedeutung haben die Entscheidungslinien der nationalen Höchstgerichte. Die gefestigte Rechtsprechungslinie eines Höchstgerichtes bindet die Gerichte unterer Instanzen zwar nicht nach den Grundsätzen einer *stare decisis* Doktrin, ihre Berücksichtigung in späteren Entscheidungen kann aber auch innerhalb von *Civil Law* Systemen rechtlich verpflichtend sein⁵⁴⁷. Dies erklärt sich bereits daraus, dass nicht

⁵⁴⁶ Eine besondere Bindungswirkung komme so *Michele Taruffo; Massimo La Torre*, Precedent in Italy, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hg.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, 141, S. 160 f. in der italienischen Rechtsordnung der *giurisprudenza costante* zu.

⁵⁴⁷ Dies gilt etwa für die Rechtsprechungslinien des Tribunal Supremo in Spanien. Siehe *Alfonso Ruiz Miguel; Francisco Laporta*, Precedent in Spain, in: MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hg.), *Interpreting Precedents*, 1997, 259, S. 282 f.

die einzelne höchstgerichtliche Entscheidung als eigenständige „Rechtsquelle“ aufgefasst wird, sondern die in einer Vielzahl vergleichbarer Entscheidungen konstruierte Normbedeutung⁵⁴⁸.

Die wissenssoziologische Forschung hat Ähnliches in Form der Handlungsroutine oder „Linie“ in den Institutionen der Rechtspraxis beschrieben⁵⁴⁹. Die Linie eines Gerichts oder eines Gerichtsbezirks erleichtert die Entscheidung ähnlich gelagerter Sachverhalte. Eine solche Handlungslinie kann eine explizite textliche Form annehmen, wie es beispielsweise bei der „Düsseldorfer Tabelle“ der Fall ist, oder aus der Zusammenschau einer Reihe von Einzelentscheidungen entstammen⁵⁵⁰. Durch das Wissen um solche Entscheidungshilfen und den Rückgriff auf diese kann der Richter seine Entscheidung sicher an den Bestand materiellen Rechtswissens anknüpfen.

Auch durch die dogmatische Verarbeitung einer herrschenden Meinung, in welcher die Interpretationsergebnisse einer Reihe von Entscheidungen zu einem dogmatischen Satz wiederum abstrahiert werden, verschiebt sich der Bezug von einem konkreten Einzelfall hin zu einem Bündel erfasster Fallkonstellationen. Die Verbindung zwischen rechtlicher Wertung und konkretem Lebenssachverhalt wird somit gelockert. Bereits die Begrifflichkeit der „herrschenden Meinung“ bestärkt die zu Beginn der Untersuchung skizzierte realistische, institutionenbezogene Betrachtungsweise richterlicher Entscheidungstätigkeit. Denn in ihr kommt das Doxastische, das Meinungsmäßige des Rechts deutlich zum Ausdruck. Dass es eine *herrschende* Meinung gibt, weist darauf hin, dass noch andere mögliche, aber weniger wirkmächtige, (Minder-)Meinungen im Diskurs vertreten werden. Somit macht der Meinungsbegriff anschaulich, dass es sich auch bei der herrschenden Meinung gerade nicht um eine objektiv feststellbare Wahrheit handelt. Der Begriff der herrschenden Meinung steht damit der Rhetorischen Rechtstheorie nahe⁵⁵¹.

Eine einheitliche Definition des Begriffs der herrschenden Meinung ist – soweit dies sprachlich möglich ist – der Rechtswissenschaft bislang nicht gelungen und der Versuch soll auch

⁵⁴⁸ Vergleiche zur Herstellung der Bedeutung von Rechtsgrundsätzen durch Reihen von Entscheidungen *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 267 ff.

⁵⁴⁹ *Peter Stegmaier*, Wissen, was Recht ist, 1. Aufl. 2009, S. 284: „Eine Linie definieren wir als zur intermediären Norm gewordene Handlungsroutine der juristischen Bewertung von typischen Fällen. Linien erleichtern die Orientierung bei der Auslegung von Normen und deren Begründung.“

⁵⁵⁰ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 175.

⁵⁵¹ Zur Nähe des Begriffs der herrschenden Meinung zur Rhetorischen Rechtstheorie siehe *Christian Djeffal*, Die herrschende Meinung als Argument, Zeitschrift für das Juristische Studium 2013, 463, S. 464.

hier nicht unternommen werden⁵⁵². Das wichtigste, der herrschenden Meinung und Lehre sowie der ständigen Rechtsprechung gemeinsame Charakteristikum bringt *Drosdeck* in aller Kürze zum Ausdruck. Ihm zufolge erweitern diese drei Argumentationsfiguren

„eine dogmatische oder mit Präjudizien abgesicherte Begründung um eine evaluative Komponente: die Anzahl der Vertreter einer dogmatischen Auffassung, die als Begründung dienen soll, die Kontinuität einer Rechtsprechung und die instanzielle Bedeutung der betreffenden Spruchkörper, vielleicht sogar eine meinungsmäßige Symbiose aus Rechtsprechung und Lehre [werden] legitimierend für die gewählte argumentative Begründung herangezogen.“⁵⁵³

Die hier beschriebene „evaluative Komponente“ erhöhe die Überzeugungskraft einer als herrschend beschriebenen Meinung darüber, was das Recht bedeutet, unabhängig davon, ob diese einer ständigen Rechtsprechung entnommen worden sei oder der Literatur entspringe. Sie legitimiere daher eine mit der herrschenden Ansicht abstützbare Argumentation. Dieser Einschätzung kann jedenfalls insoweit zugestimmt werden, als die Orientierungswirkung einer als herrschend qualifizierten Meinung erhöht sein kann. Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass diese Meinung überhaupt Orientierungswirkung besitzt. Da die Rechtspraxis Entscheidungsfähigkeit herstellen muss, ist sie darauf angewiesen, einen Grundbestand an Meinungen darüber, was Recht ist, zeitweise außer Frage zu stellen. Die herrschende Meinung nimmt bei dieser Herstellung von Rechtssicherheit ebenso wie die ständige Rechtsprechung eine zentrale Rolle ein.

Eine herrschende Meinung ist jedoch wie jede Sprachgebrauchsweise nur dann Bestandteil des rechtlichen Wissens, wenn sich die Rechtspraxis tatsächlich an ihr orientiert. Das bedeutet, dass eine von der gerichtlichen Entscheidungspraxis abweichende herrschende Literaturmeinung nicht zum Rechtswissen nach dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Verständnis zu zählen ist. Hingegen können die Entscheidungslinie eines Höchstgerichts oder eine ständige Rechtsprechung den Status von Rechtswissen haben, ohne dass es auf eine Zustimmung der Rechtswissenschaft ankäme⁵⁵⁴. Mit dem Begriff der herrschenden Meinung wird daher in der Regel eine Meinung beschrieben, die als überwiegende Ansicht sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre angesehen werden kann⁵⁵⁵. Dennoch kann auch eine

⁵⁵² Für einen Überblick über die bisherigen Definitionsansätze siehe *Bernadette Tuschak*, Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur, 2009, S. 5 ff.

⁵⁵³ *Drosdeck* bezeichnet dies als die Legitimationsfunktion der herrschenden Meinung, vgl. *Thomas Drosdeck*, Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle, 1989, S. 94.

⁵⁵⁴ Damit soll freilich nicht gesagt sein, die Rechtswissenschaft habe keinerlei Einfluss auf die Entwicklungen in der Rechtspraxis. Tatsächlich gibt es zahlreiche gegenseitige Rezeptionsvorgänge zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis.

⁵⁵⁵ Überblickartig zum Begriff der herrschenden Meinung in der deutschen Literatur *Bernadette Tuschak*, Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur, 2009, S. 5 ff.; *Matthias Jestaedt*, Autorität und

herrschende Literaturmeinung Orientierungswirkung für die Praxis entwickeln, wenn noch keine ober- oder höchstgerichtlichen Entscheidungen zu der in der Literatur behandelten Frage ergangen sind und sich noch keine einheitliche Spruchpraxis entwickelt hat⁵⁵⁶. Sie kann zwar nicht die Qualifikation als materielles Rechtswissen erreichen, jedoch einen thetischen Orientierungspunkt bilden.

Die rechtsdogmatische Verarbeitung eines Sprachgebrauchs zur „herrschenden Meinung“ ermöglicht es, die Orientierungspunkte in der Praxis zu stabilisieren⁵⁵⁷. In richterlichen Entscheidungsbegründungen kann der Verweis auf die herrschende Meinung daher auch als eigenständiges Argument genutzt werden, um das eigene Interpretationsergebnis zu begründen.

2. Herstellung von Rechtssicherheit durch das Rechtswissen der Praxis

Ausgehend von dem in der Einleitung zu Abschnitt III dargestellten pragmatischen Wissensbegriff können die notwendigen Eigenschaften des Rechtswissens formuliert werden. Wissen ist danach zunächst dadurch charakterisiert, dass es das Handeln in der relevanten Praxis erfolgversprechend anleiten kann⁵⁵⁸. Um in einem pragmatischen Verständnis zur Kategorie des Wissens gehören zu können, muss eine Theorie zu anderen schon etablierten Theorien passen. Das bedeutet, dass sich aus dem Zusammenfügen mit anderen Theorien keine Widersprüche ergeben dürfen, das gesamte Theoriegebilde also kohärent ist⁵⁵⁹. Theorien in verschiedenen Teilbereichen einer Praxis können aber auch ohne Bezug zueinander sein und so gewissermaßen koexistieren.

Zugleich kann der hier entwickelte rechtliche Wissensbegriff die Forderung nach Rechtssicherheit aufgreifen. Denn die Anforderung der inneren Kohärenz des Rechtswissens spiegelt die Forderung wider, gleiche Fälle gleich zu behandeln. Indem der Richter bei seiner Interpretationsarbeit von der in Ausbildung und Praxis internalisierten rechtlichen Wissensbasis ausgeht, wird die Forderung der Gleichberechtigung, so weitgehend wie es aufgrund der Subjek-

Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Detterbeck (Hg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, 2009, 513, S. 523.

⁵⁵⁶ Für die Anerkennung der herrschenden Lehre als Orientierungspunkt vergleiche *Rita Zimmermann*, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, 1983, S. 40 f.

⁵⁵⁷ *Agnes Launhardt*, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie*, 2005, S. 52 f.

⁵⁵⁸ Als Kriterien für die Bezeichnung einer Theorie als „Wissen“ benennt *Wohlrapp* deren *Realisierung in der Praxis*, einen *methodischen Aufbau* der Theorie sowie ihre *innere Kohärenz*. Eine Theorie ist realisiert, wenn sie derart in die Wirklichkeit eingegangen ist, dass sie diese mitgestaltet und integraler Bestandteil der in Bezug genommenen Praxis wird. Eine Wissen bildende theoretische Grundlage muss nach *Wohlrapp* in der Art geordnet sein, dass sie die Handlungsabfolgen der Praxis strukturieren kann. So kann eine Handlung, die von einer bestimmten Bedingung abhängt, nicht vor der Handlung ausgeführt werden, welche diese Bedingung herbeiführt, wenn sie gelingen soll *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 88.

⁵⁵⁹ *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, 2008, S. 93 f.

tivität jeder Interpretation möglich ist, verwirklicht. Durch die systematische Ordnung wird die Kohärenz abgesichert, weil sie das Rechtswissen in Teilsysteme trennt, die zueinander offen in Widerspruch treten dürfen.

a. Innere Kohärenz der Bestandteile des Rechtswissens

Die Sprachgebrauchsweisen, die das rechtliche Wissen abbilden, dürfen nicht zueinander im Widerspruch stehen, sollen sie der Orientierung in der Rechtspraxis dienen⁵⁶⁰. Das Erfordernis der Kohärenz der Rechtsentwicklung wird auch von normativen Theorien juristischer Argumentation betont. Kohärenz im Sinne der Vermeidung von Willkür benennt etwa *Alexy* als Ziel juristischer Argumentation. Er führt das Kohärenzerfordernis zur Begründung eines *prima facie* Vorrangs der systematischen Auslegung vor allgemeinen praktischen Argumenten in der richterlichen Entscheidung an, wenn auch in der Rangfolge erst nach dem „Wortlautargument“⁵⁶¹. Er versteht also die Kohärenzanforderung als Forderung der Vereinbarkeit eines Arguments, eines Interpretationsergebnisses, mit dem im Normtext zum Ausdruck gelangenden geltenden Recht, welches als feststehend begriffen wird.

Die Kontingenz des Rechts anerkennend meint *Dworkin*, der „*Richter Herkules*“ könne durch die optimale – nie vollständig zu erreichende – Erfüllung der Rechtsprinzipien die innere Kohärenz des in seiner Entscheidung weiterentwickelten Rechts gewährleisten⁵⁶². Die Funktion der Kohärenzsicherung im sich stets im Entstehen befindenden Recht soll dem Richter zukommen. Fixpunkt für diesen sollen die Rechtsprinzipien sein, zum einen in ihrer in der Rechtspraxis bereits positivierten Bedeutung, zum anderen in ihrem überpositiven Gerechtigkeitsgehalt⁵⁶³. Unter den Bedingungen realer richterlicher Entscheidungstätigkeit in begrenzter Zeit und in Abhängigkeit von dem – dem Richter verfügbaren – Rechtswissen kann dieses Ideal optimaler Erfüllung der Rechtsprinzipien freilich nicht erreicht werden⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Die systematische Überprüfbarkeit macht auch *Alexy* zu einem Kriterium der Geltung dogmatischer Sätze, vgl. *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978, S. 313, 322-323. Dieser fordert jedoch zugleich deren Überprüfung anhand der „geltenden Normen“, geht also von der Abgrenzbarkeit von Normbedeutung und Rechtswissen aus. *Bydlinski* spricht widersprüchlichen Normen sogar den Rechtscharakter ab, da man sich an ihnen nicht orientieren könne, vgl. *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 329.

⁵⁶¹ Vergleiche *Robert Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1. Aufl. 1995, S. 90.

⁵⁶² *Ronald Dworkin*, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1. Aufl. 1984, S. 182 ff.; *Ronald Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 239, 245.

⁵⁶³ *Ronald Dworkin*, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1. Aufl. 1984, S. 184 f.

⁵⁶⁴ Die Schwäche der Unerreichbarkeit idealer Entscheidungsbedingungen hat *Dworkin's* Ansatz mit anderen normativen Ansätzen gemein, die nicht die reale Entscheidungstätigkeit abbilden, sondern Vorgaben für eine ideale richterliche Tätigkeit machen. Zwar erkennt *Dworkin* an, dass es nicht vom einzelnen Richter verlangt werden, durch seinen Interpretationsakt die Kohärenz des Rechts vollständig zu sichern. Dennoch unterstellt er eine, wenngleich begrenzte, Fähigkeit des einzelnen Richters, die Kohärenz des eigenen Interpretationsergebnisses mit dem Recht herzustellen. Vergleiche zu diesem Konzept *Ronald Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 239 ff.

Vielmehr wird die Kohärenz des Rechtswissens durch die Rechtspraxis insgesamt hergestellt, in welcher nicht mit dem Rechtswissen vereinbare Entscheidungen keinen Erfolg haben können. Ausgehend von einem pragmatischen Wissensverständnis ist die innere Kohärenz der einzelnen sich in der Rechtspraxis realisierenden Interpretationsbestandteile zu fordern, welche die Wissensbasis für die Weiterentwicklung des gelebten Rechts bilden. Bei diesem Kohärenzbegriff steht daher die *innere Widerspruchlosigkeit rechtlichen Wissens* im Vordergrund.

Aus Sicht des Sozialkonstruktivismus stellt sich, wie bereits dargestellt, in diesem Sinne die Rechtsherstellung als „Kohärenzherstellungsprozess“ dar⁵⁶⁵. Die Kohärenzsicherung besteht in der Orientierung am bestehenden Rechtswissen durch den interpretierenden Richter. Der Richter führt einen *Typenvergleich* durch zur Feststellung, ob der seiner Entscheidung zugrunde zu legende Sprachgebrauch mit den vergangenen Sprachgebrauchsbeispielen, wie sie in Präjudizien und Dogmatik enthalten sind, vereinbar ist⁵⁶⁶. Enthielte das materielle Rechtswissen widersprüchliche Sprachgebrauchsanweisungen, könnte es keine nützliche Basis für den vom Richter durchzuführenden Typenvergleich darstellen.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass sich innerhalb der Rechtspraxis unterschiedliche Entscheidungspraxen der Gerichte in ähnlich gelagerten Fällen entwickeln, wenn die bestehende rechtliche Wissensbasis beide Interpretationsweisen zunächst ermöglicht. Widersprechen diese einander, verhindert die Anforderung der Kohärenz aber, dass beide Bestandteile des rechtlichen Wissens werden. Sie können nebeneinander nur als thetische Orientierungspunkte in der Rechtspraxis Bestand haben. Solche gültigen, wenngleich nicht in das materielle Rechtswissen aufgenommenen Sprachgebrauchsbeispiele bilden den *juristischen Meinungsstand*. Zu dessen Elementen gehören sowohl gerichtliche Entscheidungspraxen als auch Literaturmeinungen, aus denen sich (noch) keine herrschende Meinung herausgebildet hat. Die Elemente des juristischen Meinungsstandes lassen sich alle argumentativ an die außer Frage gestellten Rechtsmeinungen, die das Rechtswissen bilden, anschließen. Es bestehen im Diskurs jedoch auch Einwände gegen sie, die sie weiterhin legitimationsbedürftig und nicht-evident bleiben lassen.

⁵⁶⁵ Siehe dazu *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 378.

⁵⁶⁶ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 375 Es handele sich beim Rechtsherstellungsprozess hingegen nicht um eine Subsumtion, da nicht ein Unterbegriff einem Oberbegriff zugeordnet würde, sondern unterschiedliche Typen des Sprachgebrauchs miteinander verglichen würden. Ein solcher Vergleich würde erleichtert durch die Systematisierung innerhalb der Rechtsdogmatik. Der Typenvergleich kann aufgrund der Indexikalität jedes rechtlichen Problems nicht zum Ergebnis völliger Identität gelangen, sondern nur Ähnlichkeit und Anschlussfähigkeit an das aktuell bestehende System rechtlichen Wissens feststellen.

Zwei widersprechende Auslegungsmeinungen in der Rechtspraxis verbleiben im Bereich des Meinungsmäßigen bis sich eine von beiden durchsetzt, in der dogmatischen Verarbeitung zur *herrschenden Meinung* wird. Die Differenzierung zwischen „*neuerdings vertretenen*“, „*im Vordringen befindlichen*“, „*ganz herrschenden*“, „*früher herrschenden*“ und „*nicht mehr vertretenen*“ Meinungen in der Dogmatik spiegelt die Anpassungsprozesse des rechtlichen Wissens wider⁵⁶⁷. Die Dogmatik nimmt durch die kritische Auseinandersetzung mit der richterlichen Entscheidungspraxis eine bedeutende Rolle bei der Herausbildung einer herrschenden Meinung in der Rechtspraxis ein. Das gelebte Recht und das der Orientierung in diesem dienende Rechtswissen sind nicht zu jedem Zeitpunkt vollkommen identisch, was in der dynamischen Entwicklung des Rechts begründet ist, welche auch die Entwicklungsoffenheit des Rechtswissens erforderlich macht. Kohärenz kann stets nur temporär festgestellt und muss mit jeder Modifikation des Wissens erneuert werden⁵⁶⁸.

Die Kohärenz der einzelnen Entscheidungen mit dem beispielsweise in Präjudizien verkörperten Rechtswissen spielt vor allem auf der *Darstellungsseite* richterlicher Entscheidungstätigkeit eine wichtige Rolle. In richterlichen Entscheidungsbegründungen finden sich entsprechend Ausführungen und Verweise, mit denen die rechtliche Kohärenz mit dem vorherigen Handeln demonstriert wird⁵⁶⁹. Die innere Kohärenz des Rechtswissens muss bei jeder richterlichen Entscheidung dargestellt und gegebenenfalls durch eine begründbare Modifizierung des Systems hergestellt werden.

b. Systematische Ordnung des Rechtswissens

Wie bereits in Abschnitt B.I. beschrieben, bedarf es einer *systematischen Ordnung* des Rechtsstoffes, um eine Handlungsorientierung für die Rechtspraxis zu ermöglichen⁵⁷⁰. Dies zeigt sich bereits an der dogmatischen Strukturierung relevanter juristischer Topoi in Prü-

⁵⁶⁷ Agnes Launhardt, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, 2005, S. 55.

⁵⁶⁸ So auch bereits Hans-Joachim Strauch, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 479, S. 499.

⁵⁶⁹ Martin Morlok; Ralf Kölbel, Rechtspraxis und Habitus, Rechtstheorie 32 2001, 289, S. 293.

⁵⁷⁰ Was Wohlrapp unter dem Begriff der *methodischen Ordnung* für die Orientierung einer sprachlichen Praxis fordert, lässt sich für das Rechtswissen mit der Anforderung der *Systembildung* beschreiben. Für Wohlrapp besteht die Besonderheit sprachlicher Praxis darin, dass eine sprachliche Handlung auch möglich ist, wenn ihre Bedingung nicht vorliegt, da ihr Vorliegen einfach fingiert oder irrtümlich angenommen werden kann. Gäbe es eine solche methodische Ordnung innerhalb der Theorie nicht, würde die Theorie ihre Orientierungsfunktion verlieren, sie könnte also nicht mehr als Wissen bezeichnet werden. Die methodische Ordnung bezeichnet daher normative Beziehungen zwischen Sprechakten, insbesondere den Fall, dass die Vornahme eines Sprechaktes zur Bedingung des Gelingens eines anderen gemacht wird. Die methodische Ordnung ist in zeitlicher Hinsicht wandelbar; dass Handlungsbedingungen entfallen oder Alternativen für sie entstehen können, steht der Notwendigkeit der Ordnung nicht entgegen. Die Rechtspraxis als sprachliche Handlungspraxis kennt keine notwendigen Kausalitäten im naturwissenschaftlichen Sinne, welche die Vornahme einer Handlung zur Bedingung einer Folgehandlung machen würden. Die Gelingensbedingungen einer Handlung in der Rechtspraxis sind vielmehr sprachlich konstruiert. Daher ist die methodische Ordnung keine praktische Notwendigkeit, sondern ein Sollen, ein normatives Prinzip. Vergleiche Harald Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 92.

fungsschemata, welche die aufeinander aufbauenden Gelingensbedingungen einer rechtlichen Lösung enthalten. Beispielweise die dogmatische Unterscheidung zwischen der Stufe der „Beeinträchtigung“ eines Grundrechtes und der Stufe der „Verletzung“ verdeutlicht dies. Das Rechtswissen setzt für die Behauptung einer Grundrechtsverletzung zugleich implizit die Zuordnung der die Grundrechtsausübung beeinträchtigenden Maßnahme zum Staat und die Verneinung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung voraus. Ohne diese impliziten Behauptungen ist die Behauptung der Verletzung des Grundrechts nicht gültig. Damit wird die Sprachhandlung in Form der Behauptung *„Es liegt eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des Grundrechts vor“* zur Voraussetzung der Behauptung *„Das Grundrecht ist verletzt“*.

Die Festlegung von Bedingungen in Prüfungsschemata ist für die Strukturierung rechtlicher Entscheidungsfindung von erheblichem Nutzen. Nimmt der Rechtsanwender eine sprachliche Handlung nicht vor, die als eine anerkannte Gelingensbedingung einer von ihm gemachten Behauptung anzusehen ist, wird er in der Praxis regelmäßig keinen Erfolg haben. Das in der juristischen Dogmatik, beispielsweise der Grundrechtsprüfung, zum Ausdruck kommende Wissen um die Angewiesenheit verschiedener sprachlicher Handlungen aufeinander beinhaltet daher ein wesentliches Element der Handlungsorientierung.

Auch die Gliederung des Rechts in Rechtsgebiete hat Auswirkungen auf die Gelingensbedingungen eines bestimmten Sprachgebrauchs durch den Rechtsanwender. Denn durch die Zuordnung einer Rechtsnorm zu einem Rechtsgebiet wird ihre Bedeutung mitbestimmt. Im System des rechtlichen Wissens des Zivilrechts hat etwa der Begriff „Eigentum“ eine andere Bedeutung als innerhalb des Verfassungsrechts. Inhaltlich lässt sich diese Bedeutungsvarianz zwischen den Rechtsgebieten durch die unterschiedlichen Funktionen ihrer Regeln im gesellschaftlichen Sinnsystem erklären, welche einen unterschiedlichen Sprachgebrauch erforderlich machen. Die Sprachgebrauchsbeispiele vergangener Entscheidungen besitzen daher für den zukünftigen Sprachgebrauch nur Relevanz, wenn sie dasselbe Rechtsgebiet betreffen. Deutlich wird dies auch anhand von Unterschieden in den dogmatischen Definitionen des Begriffes. Auch hierin zeigt sich die Bedeutung einer Systematisierung des Rechtswissens für die Handlungsorientierung der Rechtspraxis.

c. Sicherung der kohärenten Entwicklung des Rechtswissens

Durch jede richterliche Interpretationsleistung, jede Gerichtsentscheidung, die auf dem bestehenden Rechtswissen aufbaut, wird das System des Rechtswissens einerseits gefestigt⁵⁷¹ und andererseits modifiziert. Ausgehend von dem zuvor dargestellten sozialkonstruktivistischen und topischen Denken ist von der Möglichkeit der Modifikation aufgrund neu auftretender Probleme auszugehen⁵⁷². Die Erweiterung des Rechts ist ihrerseits nicht willkürlich, sondern angeleitet durch das Rechtswissen und umgrenzt durch das Vorwissen des entscheidenden Richters. Das Rechtswissen liefert dem Richter die notwendigen Orientierungspunkte, von denen ausgehend nach einer Lösung für den individuellen Fall gesucht werden kann⁵⁷³. Die stetige Erweiterung des Rechtswissens ermöglicht systemerhaltende Kontinuität der Normbeutung trotz gleichzeitiger Offenheit für einen erweiterten Sprachgebrauch⁵⁷⁴.

Die Erweiterung um neue Interpretationsbestandteile, deren Kohärenz mit dem bestehenden rechtlichen Sinnsystem bejaht werden kann, stellt die erste Möglichkeit der Modifikation rechtlichen Wissens dar. Das bestehende Rechtswissen wird in diesem Fall nicht aufgegeben, sondern nur um weitere Elemente ergänzt. Es erfolgt der bereits beschriebene „Typenvergleich“, bei dem vergangene Sprachgebrauchsweisen mit dem nun zu entscheidenden Fall abgeglichen werden. Darin liegt entgegen einer positivistischen Vorstellung nicht die erweiternde Anwendung des Normtextes auf neue Sachverhalte im Wege der Unterordnung unter die gesetzlichen Begriffe, sondern eine Erweiterung der in der Gesetzesnorm verkörperten Sprachgebrauchsbeispiele⁵⁷⁵.

Der Eindruck, der Wortlaut einer Norm begrenze ihre Interpretation, beruht auf der weitgehenden Internalisierung des Rechtswissens durch erfahrene Rechtsanwender, welche dazu führt, dass ein in der Rechtspraxis anerkannter Sprachgebrauch vom Rechtsanwender als evident empfunden wird⁵⁷⁶. Die Interpretationsoffenheit rechtlicher Normen wird durch eine empfundene *Sprachgebrauchsgrenze*⁵⁷⁷ eingegrenzt. Diese Grenze ist aufgrund ihrer Abhän-

⁵⁷¹ Siehe zur Verfestigung des Rechtssinnsystems *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 165.

⁵⁷² Dies entspricht auch dem rechtsrhetorischen Ansatz, siehe *Gräfin Katharina von Schlieffen*, Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung, Rechtstheorie 32 2001, 175, S. 182. Als Anstoßfaktoren für eine Entwicklung des Rechts sieht Schlieffen neben Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen auch rechtswissenschaftliche Untersuchungen an. .

⁵⁷³ Auch für das Problemdenken bedarf es eines Ausgangspunktes in einem gemeinsamen Verständnis, vgl. *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 41 f.

⁵⁷⁴ *Agnes Launhardt*, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, 2005, S. 92.

⁵⁷⁵ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 373 f.

⁵⁷⁶ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 383.

⁵⁷⁷ Die rechtliche Sprachgebrauchsgrenze beruht auf den Begrenzungen eines innerhalb der Rechtspraxis akzeptablen Sprachgebrauchs, bezieht sich also auch den fachsprachlichen Sprachgebrauch, welcher vom umgangs-

gigkeit von einem stets möglichen Wandel des Sprachgebrauchs nicht absolut ist, sondern stets fließend und relativ auf den aktuellen Bestand der zum materiellen Rechtswissen zählenden Sprachgebrauchsbeispiele⁵⁷⁸.

Bereits daran wird deutlich, dass die Richtigkeit eines richterlichen Sprachgebrauchs nicht objektiv feststellbar ist⁵⁷⁹. Wandeln sich die in das materielle Rechtswissen eingegangenen Sprachgebrauchsbeispiele, wandelt sich der Maßstab für den richtigen Sprachgebrauch. Auch kann eine Anpassung des Rechtswissens bereits durch eine gesetzliche Änderung erforderlich werden. Durch die Internalisierung des Rechtswissens der Öffentlichkeit und ihre Transformation in den rechtlichen Sprachgebrauch wandelt sich zudem das Vorwissen des Richters. Ist das aus der Sphäre der Gesellschaft stammende Wissen unvereinbar mit dem Wissen der Rechtspraxis, kann die Abweichung vom bestehenden Rechtswissen erforderlich werden⁵⁸⁰. Insofern gehen auch bereits Gerechtigkeitserwartungen in das Rechtswissen ein.

Veränderungen innerhalb des gesellschaftlichen Wertesystems können auch von der Rechtswissenschaft aufgenommen werden und zum Vorschlag einer Anpassung des bestehenden Systems führen. Möglicherweise auftretende soziale Konflikte, die zu rechtlichen Streitigkeiten führen können, können so antizipiert werden. Auch ohne direkten Fallbezug unternimmt die Rechtswissenschaft Bemühungen, das bestehende System rechtlichen Wissens zu verbessern, also für zukünftige Fallentscheidungen besser nutzbar zu machen⁵⁸¹.

Unterscheidet sich der neue Fall jedoch maßgeblich von den im Rechtswissen verarbeiteten vergangenen Sprachgebrauchsbeispielen, ist deren Orientierungswirkung eingeschränkt. Die Orientierungslücke⁵⁸² zwischen Rechtswissen und Sachverhalt ist größer als in Fällen, die eine weitgehende Ähnlichkeit mit den im aktuellen Rechtswissen enthaltenen Sprachgebrauchsbeispielen aufweisen. Kann durch das bestehende Rechtswissen das neu auftretende

sprachlichen in erheblicher Weise abweichen kann. Eine völlige Loslösung des juristischen vom allgemein-sprachlichen Sprachgebrauch ist jedoch aufgrund der Eingebundenheit des Richters in den gesamtgesellschaftlichen Sprachgebrauch weitgehend ausgeschlossen.

⁵⁷⁸ Zur dynamischen Veränderung auch dogmatischer Begriffe schon *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 323 ff.

⁵⁷⁹ *Christian Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 54 ff. mit der sprachtheoretischen Begründung, dass aufgrund der Unmöglichkeit, sprachliche Bedeutung kontextunabhängig zu erfassen, die semantische Bedeutung eines Begriffes nicht den Maßstab der richtigen Verwendung eines Begriffes bilden kann.

⁵⁸⁰ Den Einfluss sozialen Wandels auf das Recht beschreibt ebenfalls *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 332 ff. Der Wandel gesellschaftlicher Werte kann zu Rechtsprechungsänderungen führen; bezogen auf das Verfassungsrecht wird dies bezeichnet als Verfassungswandel, auf den im nachfolgenden Abschnitt VI.1. noch gesondert eingegangen werden soll.

⁵⁸¹ Vergleiche *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 165.

⁵⁸² *Coendet* spricht von einer „Wissens-lücke“, welche Argumentation erforderlich macht, vgl. *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 122. *Wohlrapp* bezeichnet dies als „thetische Konstruktion (...)“, in der epistemischen Theorie zu thetischer weiterkonstruiert wird, um eine Orientierungslücke zu überbrücken.“, vgl. *Harald Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 136.

Problem also nicht angemessen gelöst werden, muss der Richter aus dem Bereich des Rechtswissens in den Bereich des bloß *Meinungsmäßigen* wechseln. Auf der Darstellungsseite wechselt er damit in den Bereich *juristischer Argumentation*, in welchem er die Plausibilität eines neuen Sprachgebrauchs begründen muss⁵⁸³. Jede neue Interpretationsweise muss dabei an das vorhandene rechtliche Wissen anschließen, da dieses aufgrund der Gesetzesbindung der Judikative immer die Basis der richterlichen Auslegungsarbeit bilden muss.

Der Richter muss zur Anknüpfung des neuen Sprachgebrauchs an das Rechtswissen auf außerhalb dessen liegende Elemente zurückgreifen, die ihm erlauben, die Lücke zu überbrücken. Dazu kann er sich anerkannter juristischer *Topoi* bedienen, um die Rechtspraxis von der rechtlichen Richtigkeit dieser Konstruktion überzeugen. Ein Reservoir solcher *Topoi* bietet die Methodenlehre.

Im Vorgang der Argumentation können sich auch Einwände gegen das bestehende rechtliche Wissen ergeben, welche zu dessen Modifikation führen können. Das materielle Rechtswissen bildet zwar den Ausgangspunkt der Argumentation, nicht aber einen Fixpunkt, da es in jedem Argumentationsvorgang auch modifiziert werden kann⁵⁸⁴. Alte Präjudizien können durch eine Rechtsprechungsänderung der Höchstgerichte aufgegeben werden, durch neue Argumente können dogmatische Sätze in Frage gestellt werden. Eine Meinung innerhalb der Rechtspraxis kann nicht nur durch Bestätigung zu einer herrschenden Meinung werden; eine herrschende Meinung kann ihren Status als solche auch verlieren, wenn gegen sie Einwände erhoben werden, die nicht entkräftet werden können und sich die richterliche Entscheidungspraxis nicht mehr an ihr orientiert. So gelangt sie vom Bereich des rechtlichen Wissens wieder in den Bereich des Meinungsmäßigen, muss also ihrerseits an die rechtliche Wissensbasis angeschlossen werden.

⁵⁸³ An dieser Stelle kann das zuvor erläuterte Problemdenken der Topik erneut helfen, welches von dem Prinzip der „Systemauslese“ anstelle der „Problemauslese“ ausgeht. Vergleiche etwa *Agnes Launhardt*, Topik und Rhetorische Rechtslehre, 2005, S. 84.

⁵⁸⁴ In diesem Sinne auch *Harald Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 137 Dieser erläutert, dass die einfache Vorstellung, eine These könne nur verifiziert oder falsifiziert werden, nicht zutrifft. Jede These schließt vielmehr an vorhandene epistemische Theorie an, welche die Grundlage unseres Handelns und Wissens bildet. Ist eine neue These mit dem vorhandenen Wissen nicht vereinbar, muss sie nicht verworfen, sondern kann modifiziert oder reduziert werden, aber auch die alte Theorie kann abgeändert oder gar verworfen werden. Bei thetischer Theorie handelt es sich *Wohlrapp* zufolge darum nie um etwas Abgeschlossenes, sondern etwas Flüssiges, sich in Entstehung Befindendes, daher spricht er von „Forschungsprojekten“. Argumentation verläuft nicht linear, die einmal gesetzten Prämissen in Form epistemischer (und thetischer) Theorie sind kein unveränderliches, festes Fundament, auf dem die Argumentation zwingend aufbauen müsse. Die thetische Konstruktion stürzt nicht automatisch in sich zusammen, wenn eines ihrer Elemente seine Tragfähigkeit – seine thetische oder epistemische Gültigkeit – verliert.

Jedoch ist eine Modifikation des Rechtswissens aufgrund der das Recht gegenüber anderen Wissenssystemen auszeichnenden Erwartung der Rechtssicherheit nicht ohne weiteres möglich. Über bestehendes Rechtswissen hinausgehende oder diesem widersprechende Entscheidungen von Höchst- und Obergerichten werden in der rechtswissenschaftlichen Debatte in der Regel vorerst kritisch aufgenommen⁵⁸⁵. Rechtsprechungsänderungen bedürfen der argumentativen Begründung zum einen, um innerhalb der Rechtspraxis überzeugen zu können, zum anderen, damit die bleibende Kohärenz des Rechtswissens auch für die Öffentlichkeit dargestellt werden kann⁵⁸⁶.

IV. Elemente des Rechtswissens als *Autoritäten* in der richterlichen Entscheidungsbegründung

Gerichte können sich nicht allein auf die inhaltliche Überzeugungskraft ihrer Begründungen verlassen, sondern stützen sich zugleich auf Elemente des Rechtswissens als *Autoritäten*. Beruhend auf den Erkenntnissen der vorausgehenden Abschnitte zeigt sich, dass die Stellung als Autorität mit der Stellung als Bestandteil des Rechtswissens der Praxis korreliert. Während Autoritäten auf der Herstellungsseite zur Kohärenzsicherung dienen, dienen sie auf der Darstellungsseite der Absicherung der Anknüpfbarkeit der Entscheidungsbegründung an das Gesetz. Die Bezugnahme auf ein Präjudiz als Bedeutungselement des Rechtswissens erleichtert die Orientierung im Recht⁵⁸⁷. Ihre Orientierungswirkung und damit ihre Stellung als Autorität erlangen Bestandteile des Rechtswissens aufgrund der Anerkennung als geltendes Recht durch die Rechtspraxis und Rechtswissenschaft⁵⁸⁸.

Rechtliche Autoritäten können in der Entscheidungsbegründung in unterschiedlicher Weise zum Einsatz kommen. Kann ein Gericht mit seinem Interpretationsergebnis *unmittelbar* an die

⁵⁸⁵ Richten die unterinstanzlichen Gerichte sich trotz einer höchstgerichtlichen Rechtsprechungsänderung bei ihrer Entscheidungstätigkeit an dem bestehenden rechtlichen Wissen aus, kann von einer Realisierung des neuen Sprachgebrauchs in der Praxis im oben beschriebenen Sinne noch keine Rede sein. Auch höchstrichterliche Präjudizien können somit – zumindest zeitweise – im Bereich bloßer juristischer Meinungen verbleiben.

⁵⁸⁶ Ähnlich bereits *Angelika Nußberger*, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, *Juristenzeitung* 15 2006, 763, S. 764.

⁵⁸⁷ Ähnlich bereits *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 542: „Die Suche nach Autoritäten im Recht impliziert dabei nicht Unterordnung unter überlegenes Wissen, sondern Einordnung in das Geflecht von Orientierung durch verbindliche Interpretation.“

⁵⁸⁸ Dies entspricht der Definition von *Jansen*, demzufolge rechtlichen Texten durch die institutionelle Rechtspraxis Autorität zugeschrieben wird. Diese Annahme belegt *Jansen* beispielhaft mit der Erweiterung der Anwendbarkeit der Grundrechte auch in Verhältnissen zwischen Privaten durch die dogmatische Lehre der mittelbaren Drittwirkung, mit welcher die Rechtspraxis die auf Privatrechtsverhältnisse anwendbaren rechtlichen Texte erweitert habe. In diesem Beispiel zeigt sich die Vereinbarkeit von *Jansens* Autoritätsverständnis mit dem in dieser Untersuchung skizzierten realistischen Rechtsverständnis. Vergleiche dazu *Nils Jansen*, *The Making of Legal Authority*, 2010, S. 45 ff.

in einem höchstrichterlichen Präjudiz, einer ständigen Rechtsprechung oder der herrschenden Meinung enthaltene Sprachgebrauchsweise anknüpfen, bedarf es keiner weitergehenden Argumentation zur Stützung seines Interpretationsergebnisses. In diesen Fällen wird mit der Bezugnahme auf den Sprachgebrauch aus der autoritativen Quelle auf die Normbedeutung des Gesetzestextes im gelebten Recht Bezug genommen.

Zum anderen können Autoritäten genutzt werden, um einen neuen Sprachgebrauch zu begründen, der nicht als Element der Normbedeutung anerkannt ist⁵⁸⁹. Sie werden in diesem Fall mit besonderem Gewicht ausgestattete Elemente einer Argumentation, in der die rechtliche Richtigkeit eines Interpretationsergebnisses durch die Vereinbarkeit mit einer zum Rechtswissen gehörenden Autorität begründet werden soll.

Mit dem Verweis auf höchstrichterliche Entscheidungen und herrschende Meinungen nimmt das zitierende Gericht Bezug auf das, was hier die *epistemische Autorität* der jeweiligen Quelle genannt werden soll⁵⁹⁰. Das Charakteristikum einer epistemischen Autorität liegt darin, dass sie keinen Befolgungsanspruch erhebt, sondern ihre Aussagen für richtig oder für wahrscheinlich richtig gehalten werden⁵⁹¹. Epistemische Autoritäten haben einen unterschiedlich hohen Überzeugungswert abhängig davon, in welchem Maße diese Richtigkeitsvermutung besteht. Die Überzeugungskraft solcher Autoritäten folgt aus ihrer Stellung in der Rechtspraxis, nicht aus ihrer inhaltlichen Begründung, ist also *institutioneller* nicht substanzieller Natur.

Die Anerkennung der epistemischen Autorität gerichtlicher Entscheidungen folgt aus der *Vermutung der Rechtmäßigkeit* gerichtlicher Entscheidungen als Ergebnisse des juristischen Diskurses in der Rechtspraxis. Die Vermutung der Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem materiellen Rechtswissen folgt aus der notwendigen Ausrichtung des Diskurses auf das Gesetz⁵⁹². Sie wird zudem abgesichert durch die Notwendigkeit der Einhaltung der Prozessord-

⁵⁸⁹ Der sich gegen diese Einstufung von Autoritäten als rechtliche Argumente wendende Einwand eines „naturalistischen Fehlschlusses“ verkennt die Realität der autoritativen Herstellung von Recht in der Rechtspraxis. Mit diesem Einwand etwa Coendet: „(...) als Argument soll X gelten, weil es von Autorität Y vertreten wird. Das ist gleich ein doppelter Kategorienfehler. Erstens wird damit, ohne eine Begründung vorauszusetzen, von einem Sein auf ein Sollen geschlossen. Doch lediglich aus der Tatsache, dass jemand eine bestimmte Lösung vertritt, folgt nun einmal nicht, dass sie gelten soll. Die gegenläufige Konzeption impliziert also den klassischen naturalistischen Fehlschluss.“ Siehe Thomas Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 15.

⁵⁹⁰ Dies entspricht der Begriffbestimmung durch George, welcher eine Institution oder Person als epistemische Autorität bezeichnen will, welcher von einer oder mehreren anderen ein überlegenes Wissen auf einem bestimmten Gebiet zugesprochen wird, vgl. Richard T. de George, *The nature and limits of authority*, 1985, S. 27.

⁵⁹¹ Siehe dazu auch Josef M. Bochénski, *Was ist Autorität? Einführung in die Logik der Autorität*, 1974, S. 57-60. Dieser unterscheidet zwischen wahren und wahrscheinlichen Aussagen. Für den Bereich des Rechts kann das Kriterium der Wahrheit durch das passendere Kriterium der Richtigkeit ersetzt werden.

⁵⁹² In ähnlicher Weise ging auch Kriele von einer *präsumtiven Verbindlichkeit* von Präjudizien aus, da der Rechtsanwender davon ausgehen müsse, dass „alle vorgegebenen (...) unausgeräumten präjudiziellen Dezisio-

nungen sowie der Darstellungsstandards der Rechtspraxis im Gerichtsverfahren. Damit haben vorausgegangene Gerichtsentscheidungen dem aktuell zu einer Entscheidung berufenen Richter immer eines voraus: Sie haben in der Rechtspraxis Erfolg gehabt. Einer aufgehobenen Entscheidung kommt deshalb – was in der Rechtspraxis keiner weiteren Überlegung bedarf – keine Autorität zu⁵⁹³.

Maßgeblich für den Grad der Autorität der Entscheidungen eines Gerichts – also der institutionellen Überzeugungskraft des Verweises auf diese – ist zunächst, wie sehr diese die Entwicklung des materiellen Rechtswissens beeinflussen, wie stark sich also andere Gerichte an diesen orientieren. Je stärker diese allgemeine Orientierungswirkung der Entscheidungen eines Gerichtes ist, desto größer ist ihre Autorität.

Neben ihrer Position im Instanzenzug liegt die geringe Orientierungswirkung der Entscheidungen der Gerichte unterer Instanzen auch in der großen Zahl der vor ihnen zu entscheidenden Verfahren begründet. Schon aus dem rein praktischen Grund, dass etwa ein Richter am Landgericht die Spruchpraxis aller Gerichte auf derselben Ebene der Gerichtshierarchie nicht kennen kann, bilden sich unterschiedliche Spruchpraxen unterschiedlicher Landgerichte heraus.

Dies bedeutet, wie aufgezeigt, nicht, dass sich nicht auch auf dieser Ebene eine einheitliche Rechtsprechungslinie entwickeln könnte. Entwickelt sich eine solche, kann sie einen Orientierungspunkt für die Gerichte dieser Ebene bilden und zum Bestandteil des Rechtswissens werden. Auch auf der Ebene der Berufungsinstanzen können sich unterschiedliche Sprachgebräuche entwickeln, wenn das materielle Rechtswissen noch keine festen Orientierungspunkte für die relevante rechtliche Frage beinhaltet, da der relevante gerichtliche Sprachgebrauch noch nicht von der Rechtsdogmatik aufgenommen oder höchstrichterlich entschieden wurde.

Die Überzeugungskraft der Entscheidung des Oberlandesgerichtes kann in einem solchen Fall etwa davon abhängen, ob es sich in angemessener Weise mit der landgerichtlichen Rechtsprechung auseinandergesetzt hat, da diese als Bestandteil des juristischen Meinungsstandes gültige Einwände gegen die Entscheidung des Richters darstellen kann. Somit stärkt die Ausei-

nen unparteilich und vernünftig“ und daher zu berücksichtigen seien, vgl. *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 243.

⁵⁹³ Hingegen kann das Gericht im Rahmen der Entscheidungsbegründung auf Literaturmeinungen verweisen, obwohl diese keinen Bestandteil des Rechtswissens darstellen können. Dies wird bereits daran deutlich, dass in der Kommentarliteratur neben der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung auch für relevant erachtete Literaturmeinungen dargestellt werden. Eine Rechtmäßigkeitsvermutung kann Literaturmeinungen aber nicht zukommen. Weil sie für den Untersuchungsgegenstand nicht relevant sind, werden ihre Funktionen in der richterlichen Entscheidungsbegründung auch nicht weiter betrachtet.

nersetzung mit der landgerichtlichen Rechtsprechung die substanzielle Überzeugungskraft der obergerichtlichen Entscheidung. Jedoch kommt dem Verweis auf Präjudizien von Amts- oder Landgerichten *immer* eine geringere institutionelle Überzeugungskraft zu als solchen des Bundesgerichtshofs als Höchstgericht.

Auch die in der Regel längere Berufserfahrung der Richter an Ober- oder Höchstgerichten ist ein, wenn auch weicher, Faktor der größeren Autorität der Entscheidungen dieser Gerichte. Eine längere Berufserfahrung spricht für eine stärkere Ausprägung des maßgeblich in der Praxis erworbenen richterlichen Judizes. Damit soll den Richtern unterer Instanzen nicht etwa ein geschultes Judiz abgesprochen werden. Vielmehr gibt es auch in diesen Instanzen selbstverständlich Richter mit großer Berufserfahrung, jedoch auch viele Berufsanfänger. Daher geht die Vermutung eher in die Richtung einer generell längeren Berufserfahrung und damit eines geschulteren Judizes der Richter an höheren Gerichten. Erfahreneren Richtern wird allgemein eine größere Treffsicherheit beim Finden einer mit dem materiellen Rechtswissen vereinbaren Lösung zuzutrauen sein. Die Stützung auf das eigene Judiz soll hier auch nicht im Sinne einer Entscheidung nach einem bloßen Rechtsgefühl missverstanden werden⁵⁹⁴. Das Judiz ist geprägt durch das vom Richter verinnerlichte Rechtswissen. Von diesem ausgehend sucht er nach einer Lösung für jedes ihm begegnende rechtliche Problem. Ein geschultes Judiz ermöglicht dem Richter eine schnelle Entscheidungsfindung mit einer großen Wahrscheinlichkeit der methodisch korrekten Anknüpfbarkeit an das aktuelle materielle Rechtswissen⁵⁹⁵. Ein geschultes Judiz steigert daher die Wahrscheinlichkeit des erfolgreichen Entscheidens in der Rechtspraxis.

Ein weiteres weiches Kriterium für den Grad der Autorität ist die Qualität der mit dem Gericht verbundenen Entscheidungen⁵⁹⁶. Eine hohe Qualität der Entscheidungen eines Gerichts folgt aus der Erfüllung der Anforderungen zum einen an die Entscheidungsergebnisse, zum anderen an die Entscheidungsbegründungen. Eine anhaltend hohe Qualität von Entscheidungen eines Gerichtes kann eine Vermutung der generell hohen Qualität der Entscheidungen

⁵⁹⁴ Anders wohl *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, S. 121: „Rechtsbewusstsein in diesem Sinne ist das Wissen davon, was Recht ist, ist Rechtsgewissheit. Dementsprechend gibt es auch ein positives Rechtsgefühl, eine rechtliche Intuition. Man nennt sie, besonders bei Fachjuristen, Judiz.“ Das Judiz ist mehr als eine bloße Intuition, es beruht auf dem juristischen Erfahrungsschatz des Richters.

⁵⁹⁵ In dieser Richtung auch *Oliver Lembcke*, Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Gabriel/Gröschner (Hg.), Subsumtion, 2012, 73, S. 85. „Judiz besitzt, wer durch Erfahrungen geschult und mit einem sicheren Verständnis für die dogmatischen Anforderungen der Rechtsanwendung schnell und treffsicher darüber entscheidet, was er mit dem vorgelegten Streitfall anzufangen hat.“

⁵⁹⁶ Auch *Martini* sieht die Qualität der mit einem Gericht verbundenen Entscheidungen als ein Kriterium der Autorität an. Was unter der Qualität der Entscheidungen genau zu verstehen sei, klärt er jedoch nicht weiter auf. Vgl. *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 542.

dieses Gerichts begründen, ebenso wie eine anhaltend geringe Qualität die Vermutung einer generell geringen Qualität der Entscheidungen begründen kann.

Ob eine allgemeine Erwartung der Qualität der Entscheidungen eines Gerichtes tatsächlich besteht, ist empirisch kaum nachprüfbar, da es für deren Beurteilung auf die Wahrnehmung der Akteure der Rechtspraxis ankommt. Dafür, dass die mit den Entscheidungen eines Gerichts verbundene Qualität die Autorität des Gerichtes stärkt, spricht, dass in der Praxis die Gerichte mit großer Häufigkeit auf eigene vorausgehende Entscheidungen oder auch eine eigene Entscheidungslinie verweisen. Der Verweis auf eigene erfolgreiche Entscheidungen kann die Kontinuität und Verlässlichkeit der gerichtlichen Entscheidungspraxis demonstrieren. Zudem enthält die Selbstreferenz implizit den Hinweis, dass sich in der Institution ein großes juristisches Wissen verkörpert, welches die relative Richtigkeit der Entscheidungen und die Auseinandersetzung mit den relevanten Gesichtspunkten aus dem aktuellen juristischen Meinungsstand ermöglicht. Die Selbstreferenz kann also im Falle tatsächlichen Erfolgs der Entscheidungen eines Gerichts in der Praxis die Vermutung der Qualität seiner Entscheidungen und damit seine Autorität steigern.

Eine herrschende Meinung oder ständige Rechtsprechung können eine gegenüber einzelnen Präjudizien *gesteigerte Richtigkeitsvermutung* für sich beanspruchen. Denn die Anerkennung einer Sprachgebrauchsweise in einer Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen oder im Falle einer herrschenden Meinung die Anerkennung durch die relevanten Autoritäten, erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um eine (relativ) richtige Lösung handelt⁵⁹⁷. Die in ihnen enthaltene Sprachgebrauchsweise hat sich im juristischen Diskurs unter optimalen Diskursbedingungen bewährt.

Die epistemische Autorität einer herrschenden Meinung beruht somit auf der kollektiven Autorität der eine Meinung vertretenden Institutionen und Akteure der Rechtspraxis. Dazu gehören neben den Gerichtsentscheidungen, die den Inhalt der herrschenden Meinung bildenden Sprachgebrauch vertreten, auch zustimmende rechtswissenschaftliche Beiträge. Zwar eignet

⁵⁹⁷ Ähnlich Thomas Drosdeck, Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle, 1989, S. 95: „Im Idealfall – idealtypisch gedacht und deshalb nicht existierend – stellt sich die hM als das Ergebnis einer rationalen, langandauernden institutionalisierten kritischen Diskussion dar, das im Entscheidungsprozeß nicht vernachlässigt werden kann, weil es durch die in der zeitlichen Dimension gewonnene Reflexivität diverser Lösungsvorschläge als ein Entscheidungsoptimum angesehen werden muß. Es scheint deshalb gerechtfertigt, für die hM als Idealtypus die gleichen Funktionen zu reklamieren, wie sie der Dogmatik und den Präjudizien zugestanden werden, nämlich Stabilisierung, Orientierung, Entlastung und Kontrolle. Mit diesen Funktionen kann expliziert werden, was unter dem Autoritätsanspruch der hM zu verstehen ist.“

sich wie gesehen das Ideal eines Konsenses nicht als Rationalitätskriterium⁵⁹⁸, jedoch kann der implizite Verweis auf einen institutionell – durch das Schrifttum oder die Gerichtspraxis – abgestützten Konsens die Überzeugungskraft einer richterlichen Entscheidungsbegründung steigern.

Kann die den Gegenstand der herrschenden Meinung bildende Sprachgebrauchsweise evident auch in dem vom zitierenden Gericht zu entscheidendem Fall verwendet werden, ist eine weitere Argumentation nicht erforderlich. So verhält es sich insbesondere bei den bereits erwähnten Standardfällen, welche durch den Rückgriff auf den ein Element einer herrschenden Meinung bildenden Sprachgebrauch gelöst werden können. Kann der in der herrschenden Meinung enthaltene Sprachgebrauch nicht unmittelbar Verwendung finden, wird mit dem Verweis auf die herrschende Meinung die These aufgestellt, der neue Sprachgebrauch sei an diese anknüpfbar. Auch in diesem Fall wird über die herrschende Meinung an das materielle Rechtswissen angeknüpft, jedoch in indirekter Weise, mit einer thetischen Konstruktion hin zur herrschenden Meinung. Die Überzeugungskraft des Verweises auf die herrschende Meinung hängt in der zweiten Verwendungsweise von der Überzeugungskraft der zu ihr hinführenden Konstruktion ab.

Bei dem Verweis auf eine herrschende Meinung in der richterlichen Entscheidungsbegründung werden regelmäßig einige Produzenten dieser Meinung zitiert⁵⁹⁹. Dies geschieht durch die Angabe von Fundstellen hinter der relevanten Passage. Als Fundstellen werden in den Entscheidungen deutscher Gerichte vorwiegend Standardkommentare wie der Großkommentar *Palandt* und gegebenenfalls ergänzend Gerichtsentscheidungen angegeben. Dies entspricht der Beobachtung, dass sich die deutsche Rechtspraxis wesentlich an Kommentaren orientiert, welche in der Erwartung stehen, den aktuellen Stand des materiellen Rechtswissens und somit die Normbedeutung wiederzugeben. Bei Verfügbarkeit höchst- und obergerichtlicher Entscheidungen werden aufgrund ihrer größeren Orientierungswirkung vorwiegend diese zitiert.

⁵⁹⁸ Zu der mangelnden Eignung eines Meinungskonsenses als Richtigkeitskriterium siehe bereits weiter oben S. 71 ff.

⁵⁹⁹ Mit den Faktoren der Autorität der Autoren, Redakteure und Verlage von Kommentaren und Zeitschriften in Deutschland sowie von Textbüchern und Enzyklopädien in England beschäftigt sich *Tuschak* ausführlich. Dabei untersucht sie vor allem, aus welchen Berufsfeldern die Produzenten der herrschenden Meinungen in Standardkommentaren und Fachzeitschriften in Deutschland respektive Textbüchern und Enzyklopädien in England stammen und stellt ein Überwiegen von akademischen Berufsträgern in der deutschen und von Praktikern in der englischen Rechtsordnung fest. Die Bedeutung einzelner Werke (z.B. des *Palandt* in Deutschland) als Bezugsquelle einer herrschenden Meinung begründet sie mit den Faktoren der *Zuverlässigkeit*, *Vollständigkeit* und *Aktualität*, welche sich aus Sicht des Rechtsanwaltes, als zentral für die Auswahlentscheidung darstellten. Siehe dazu *Bernadette Tuschak*, Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur, 2009, S. 224 ff. Zur Bedeutung dieser praktischen Vorteile für die Anerkennung der Autorität von Kommentaren allgemein in der Rechtspraxis vgl. *Nils Jansen*, The Making of Legal Authority, 2010, S. 123 f.

V. Juristische Methodenlehre und Erwartungserfüllung durch den Auslegungskanon

Aufgrund der Ausrichtung der juristischen Methodenlehre auf die Gelingenstrukturen juristischer Argumentation in der Rechtspraxis handelt es sich bei der juristischen Methodenlehre um eine pragmatisch ausgerichtete Kunstlehre:

„Die juristische Methodenlehre ist eine Kunstlehre und keine abstrakte Wissenschaft: sie ist, wie die Methodenlehre eines Handwerks, der Versuch, ein vor ihr daseiendes und auch unabhängig von ihr tradiertes Meisterwissen systematisch zu formulieren. Das aristotelische Verhältnis von Techne und Theorie ist ihr Vorbild viel eher als das moderne Verhältnis von Technik und Wissenschaft.“⁶⁰⁰

Auf der Grundlage des zuvor dargestellten Rechtsverständnisses ist die Einsicht, dass auch die juristische Methodenlehre kein abgeschlossenes Regelwerk sein kann, nicht überraschend. Juristische Argumentformen können sich in ihrem Aussagegehalt ändern oder ihre Relevanz als Argument verlieren. Die Topik spricht daher von der Methodenlehre nicht als Regelwerk, sondern als juristischem Topoikatalog, in dem im Recht zulässige Gesichtspunkte, deren Relevanz in vorausgehenden richterlichen Entscheidungen anerkannt wurde, ohne Hierarchisierung aufgelistet sind⁶⁰¹.

Das Konzept von Topoikatalogen bietet zugleich Ordnung und Flexibilität, da diese einerseits das Hinzukommen neuer Gesichtspunkte nicht ausschließen, aber andererseits die Gesichtspunkte ordnen, welche anerkanntermaßen in der jeweiligen Entscheidungssituation Relevanz besitzen können. Im Recht zeigen sich solche Gesichtspunkte unter anderem in den Prüfungsschemata, in denen relevante problemspezifische Fragen formuliert werden, wodurch die „Strukturierung des betreffenden rechtlichen Problembereichs“ ermöglicht wird⁶⁰². Die Offenheit des topischen Systems beruht darauf, dass es durch neue Problemlösungen stets rekonstruiert wird, also nicht als feststehend zu begreifen ist⁶⁰³.

Der Wert von Topoikatalogen liegt in ihrer Fähigkeit, der Situationsbezogenheit juristischer Argumentation Rechnung zu tragen. Sie berücksichtigen, dass der konkrete Aussagegehalt der in ihnen enthaltenen Gesichtspunkte in der jeweiligen Anwendungssituation bestimmt werden muss. Abstrakte Topoi wie der „Vertrauensschutz“ oder die „Natur der Dinge“ können sowohl für die eine als auch für die andere Seite mit variabler Schlagrichtung genutzt werden.

⁶⁰⁰ Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 46.

⁶⁰¹ Siehe dazu *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Rhetorische Analyse des Rechts*, in: Soudry (Hg.), *Rhetorik*, 2006, 42, S. 62 f.

⁶⁰² Heino Garrn, *Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik*, in: Schirren/Ueding (Hg.), *Topik und Rhetorik*, 2000, 499, S. 503.

⁶⁰³ Kye Il Lee, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, S. 103.

Bezogen auf ein Problem können mehrere Topoi in Frage kommen, ohne dass zwischen diesen eine feste Rangfolge zu etablieren wäre⁶⁰⁴. Es muss im Rechtsdiskurs bei jedem rechtlichen Problem aufgrund seiner notwendigen Einmaligkeit überprüft werden, welche Gesichtspunkte relevant sind und wie diese zu gewichten sind.

Die grundlegende These, eine realistische Argumentationstheorie müsse die Bedingungen erfolgreicher juristischer Argumentation in der Rechtspraxis aufnehmen, ruft wie auch das ihr zugrundeliegende Rechtsverständnis die Kritik hervor, die Trennung zwischen Sein und Sollen zu verwischen. Aus der Sicht der normativen Argumentationstheorien ist der Erfolg einer Argumentationsform in der Rechtspraxis ein unbefriedigendes Kriterium für deren methodische Zulässigkeit. Von Vertretern normativer Ansätze werden daher Versuche unternommen, abstrakte Kataloge zulässiger Argumentformen aufzustellen⁶⁰⁵.

Es folgt aber aus der Anerkennung der Entstehung der Maßstäbe rechtlicher Argumentation aus dem Diskurs heraus kein vollkommener Verzicht auf Richtigkeitsansprüche an die juristische Argumentation. Die Ausrichtung auf die Rechtspraxis führt vielmehr dazu, „*die Frage nach der Legitimität des Argumentes in die Frage nach der Überzeugungskraft des Argumentes umzugestalten*“⁶⁰⁶. Juristische Methodenlehre bildet einen aus der Rechtspraxis heraus entwickelten theoretischen Maßstab für die Überzeugungskraft juristischer Argumentation, kann aber keine normative Anleitung für die richtige richterliche Entscheidung sein⁶⁰⁷. Die Anforderungen der Methodenlehre entsprechen den Erwartungen von Rechtmäßigkeit und Gerechtigkeit juristischer Entscheidungen.

Dies soll beispielhaft anhand der klassischen vier Auslegungsmethoden aufgezeigt werden. Gerade die Ausrichtung der juristischen Argumentation auf Gesetz und Verfassung wird an der rechtsordnungsübergreifenden Bedeutung der vier klassischen Auslegungsmethoden in der gerichtlichen Entscheidungspraxis deutlich. Die Verabsolutierung der vier klassischen Auslegungsgesichtspunkte zu *der* Methodik juristischer Auslegung, welche verlässliche Ergebnisse garantieren kann, führte zu einer reinen Methodenfiktion⁶⁰⁸. Eine solche falsche Vereinfachung führte zu einer Verschleierung anderer Auslegungsgesichtspunkte, welche die

⁶⁰⁴ Gerhard Struck, *Topische Jurisprudenz*, 1971, S. 55.

⁶⁰⁵ Mit einer besonders viel beachteten Aufstellung Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Aufl. 1978.

⁶⁰⁶ Thomas Drosdeck, *Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle*, 1989, S. 97.

⁶⁰⁷ Siehe auch Benjamin Lahusen, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, 1. Aufl. 2011, S. 128: „Den Weg zur Entscheidung können methodische Anweisungen nicht weisen.“

⁶⁰⁸ Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, 1966, S. 44.

juristische Methodenlehre gerade zu verhindern sucht⁶⁰⁹. Weitere Argumente finden in die richterliche Entscheidung Eingang; für die juristische Interpretation besteht ein „*numerus apertus*“⁶¹⁰ der Auslegungsmethoden.

Sowohl in *Civil Law* als auch in *Common Law* Rechtsordnungen werden aber unter unterschiedlicher Bezeichnung und Akzentuierung Wortlaut, Systematik, Geschichte und Zweck der zu interpretierenden Norm als Argumente herangezogen⁶¹¹. In einem realistischen Verständnis juristischer Argumentation enthält der Auslegungskanon allgemein anerkannte Gesichtspunkte juristischer Argumentation. Die Bedeutung dieser Gesichtspunkte für die Praxis erklärt sich vor allem aus ihrer Eignung dazu, die Erwartung der Rechtmäßigkeit richterlichen Entscheidens zu erfüllen, indem sie die Kohärenz in Bezug zum materiellen Rechtswissen sichern⁶¹².

Die systematische Auslegungsmethode dient in herausgehobener Weise der Darstellung der Vereinbarkeit eines Sprachgebrauchs mit dem Rechtswissen. Die Anforderungen der Kohärenz und der Konsistenz des Rechtssystems bilden Hintergrundannahmen der systematischen Auslegung⁶¹³. Die Kohärenz eines Interpretationsergebnisses mit dem aktuellen Bestand rechtlichen Wissens ist Voraussetzung seiner argumentativen Gültigkeit, es sei denn, die Notwendigkeit der Modifizierung des Rechts kann argumentativ begründet werden.

Der auf das Rechtswissen bezogenen systematischen Auslegung kommt daher eine besondere Bedeutung zu. Jedoch ist ihr Gegenstand, anders als in der klassischen Methodenlehre formuliert, nicht die allein gesetzgeberisch entworfene Systematik der *Normtexte*, sondern diejenige des in den gesetzlichen Normen verkörperten Rechtswissens der Praxis. Die Vereinbarkeit eines Sprachgebrauchs mit dem Bestand des Rechtswissens bestärkt dessen relative Richtigkeit mit besonderem Nachdruck. Zudem dient die Aufrechterhaltung der Kohärenz des juristischen Meinungsstandes durch die systematische Argumentation der Rechtssicherheit.

⁶⁰⁹ So sollen vielmehr durch eine gelungene juristische Methodenlehre die wahren Entscheidungsgründe aufgedeckt werden, vgl. *Martin Kriele*, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, S. 8

⁶¹⁰ *Martin Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 205.

⁶¹¹ Mit einer Darstellung der Heranziehung des Auslegungskanons u.a. in der Schweiz, Österreich, Frankreich, und Spanien siehe *Thomas Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, 2012, S. 45 ff.; Siehe *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 1254 ff.

⁶¹² So in der Sache bereits *Hans-Joachim Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, 479, S. 514 f.

⁶¹³ *Martin Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 188; Auch Alexy begründet mit dem Kohärenzerfordernis des Rechts die besondere Stellung systematischer Auslegung, vgl. *Robert Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1. Aufl. 1995, S. 90.

Die klassische Methodenlehre begegnet bei der Nutzung des „Wortlautarguments“ dem Problem, dass die umgangssprachliche von der fachsprachlichen Bedeutung eines Begriffes abweichen kann. In der gerichtlichen Praxis werden auch in der Umgangssprache genutzte Begriffe teils abweichend verwendet, sodass beispielsweise die Frage diskutiert werden kann, ob eine Wand ein „gefährliches Werkzeug“ im rechtlichen Sinne sein kann. An Beispielen dieser Art wird besonders deutlich, dass das Wortlautargument eigentlich ein *Sprachgebrauchsargument* darstellt, was in der klassischen Methodenlehre an sich zwar teilweise erkannt, nicht aber mit seinen Konsequenzen *anerkannt* wird⁶¹⁴.

Das „Wortlautargument“ kann sich richtigerweise nur auf den aktuell möglichen rechtlichen Sprachgebrauch beziehen, da der Wortlaut verstanden als Normtext an sich keine Bedeutung trägt⁶¹⁵. Die empfundene Grenze des Sprachgebrauchs ist aufgrund der Dynamik rechtlichen Wissens wandelbar; sie besteht nur im *aktuell* möglichen Sprachgebrauch. Aufgrund dieser Kontingenz der Sprachgebrauchsgrenze kann der Rechtsanwender bei der Bedeutungsherstellung regelmäßig nicht beurteilen, wo diese liegt⁶¹⁶. Allein in den weiter oben beschriebenen evidenten Fällen kann die Grenze im Vorhinein bestimmt werden. Die Argumentation mit dieser wird sich dann aber regelmäßig als überflüssig erweisen. Anders als die klassische Methodenlehre dies vermittelt, ist die Sprachgebrauchsgrenze somit nicht die letzte Instanz juristischer Auslegung.

Das „Wortlautargument“ in seiner pragmatischen Form als *Sprachgebrauchsargument* dient auf der Darstellungsebene der Rückbindung an das aktuelle materielle Rechtswissen. Auf der Herstellungsseite sichert das Bewusstsein des Rechtsanwenders für die Bedeutung der „Wortlautgrenze“ die Kohärenz der Rechtsentwicklung ab⁶¹⁷.

Die historische Auslegung im Sinne der *genetischen* Auslegung, also verstanden als Ermittlung des subjektiven „Willens des Gesetzgebers“, ist nicht mit einem realistischen Rechtsverständnis zu vereinbaren⁶¹⁸. Dem Text einer Norm kann der Wille ihres Autors nicht entnom-

⁶¹⁴ So in der Sache auch bereits *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 2011, S. 437 ff.

⁶¹⁵ Siehe zur Konstruktion des Wortlauts durch den Sprachgebrauch der Rechtspraxis bereits ausführlich S. 49 ff.

⁶¹⁶ Ähnlich auch *Christian Becker*, *Was bleibt? Recht und Postmoderne*, 2014, S. 68 f., der darauf hinweist, dass man als Teilnehmer einer Praxis, in der Bedeutung hergestellt wird, nicht bei Vollzug der Praxis den "erst mitkonstituierten Maßstab zur Überprüfung" anlegen kann.; ähnlich auch *Friedrich Müller*; *Ralph Christensen*; *Michael Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 133 ff.

⁶¹⁷ Ähnlich auch bereits *Martin Morlok*, *Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: *Ehrenzeller/Gomez/Kotzur* (Hg.), *Präjudiz und Sprache*, 2008, 28, S. 70.

⁶¹⁸ Ein wichtiger Verfechter der subjektiven Auslegung ist, wie bereits erwähnt, *Rüthers*, der in der Ermittlung und Verwirklichung des Normzweckes - verstanden als die Interessenbewertung des Gesetzgebers – das Ziel der Auslegung schlechthin sieht, vgl. *Bernd Rüthers*; *Christian Fischer*; *Axel Birk*, *Rechtstheorie und juristische Methodenlehre*, 11. Aufl. 2020, S. Rz 717–730.

men werden, wenn die konkrete Bedeutung des Textes erst im Interpretationsvorgang, eingebunden in den (aktuellen) Sprachgebrauch der Rechtspraxis konstruiert wird. Durch das Festhalten an dieser Ausrichtung auf einen personifizierten Willen des Gesetzgebers wird der Einfluss der Gerichte auf die Normbedeutung gerade verdeckt⁶¹⁹. Einen einheitlichen Willen können die Unterlagen aus dem Gesetzgebungsprozess aufgrund der Pluralität der von den Abgeordneten eingebrachten Interessen nicht wiedergeben⁶²⁰. Da der Normzweck ebenfalls erst hergestellt werden muss, kann er ebenso wenig wie der Wortlaut einen außerhalb des Rechtsdiskurses stehenden Maßstab für die Richtigkeit der Diskursergebnisse bilden.

Auf Grundlage der Gesetzgebungsunterlagen darstellbare Zwecke eines Gesetzes können dennoch ein Element des juristischen Diskurses bilden und diesen begrenzen⁶²¹. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gesetzesbegründung auf den in der Rechtspraxis geführten Diskurs Bezug nimmt. Durch die Anknüpfung an die in der Praxis aktuell gültigen Rechtsmeinungen kann die Gesetzesbegründung, wie bereits dargestellt, auf die Rechtspraxis einwirken. Allein eine Bindung an einen zu ermittelnden „Willen des Gesetzgebers“ kann aber nicht begründet werden⁶²².

Die historische Auslegung im weiteren Sinne, bei der die Situation bei Entstehung des Gesetzes in den Blick genommen wird, meint bei realistischer Betrachtung die Ermittlung des Sprachgebrauchs zum Zeitpunkt der Entstehung des Gesetzes. Wie schon im Rahmen der Umformulierung der Diskurstheorie ausgeführt, ist die Gebundenheit des juristischen Diskurses an die Ergebnisse des Gesetzgebungsdiskurses aufgrund der Abhängigkeit der Normbedeutung vom Sprachgebrauch in der Rechtspraxis begrenzt. Der Gesetzgeber kann durch die Formulierung des Normtextes als Ausgangspunkt der Bedeutungskonstitution die Normbedeutung nur nach dem aktuellen Sprachgebrauch der Rechtspraxis eingrenzen. Je mehr sich der Sprachgebrauch der Rechtspraxis wandelt, desto geringer wird die Bindungswirkung der ursprünglichen Bedeutungszuschreibung des Normtextes. Ein Wertewandel innerhalb der Gesellschaft seit dem Entstehungszeitpunkt einer Verfassungs- oder Gesetzesnorm kann daher

⁶¹⁹ *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 201: „Das Festhalten am Begriff des Gesetzgebers hat dabei einerseits die rhetorische Funktion, die rechtsgestaltende Wirkung des Interpretens (und damit auch des Verfassungsgerichts) zu kaschieren, die mit der Objektivierung verbunden ist.“

⁶²⁰ In diesem Sinne auch *Friedrich Müller; Ralph Christensen*, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 2013, S. 374 ff. Dies gilt auch für den „Willen des Verfassungsgebers“, vgl. *Werner Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 229 f.

⁶²¹ Vergleiche auch *Christian Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 86 ff. Dieser stellt anhand eines Beispiels aus dem Gesellschaftsrecht dar, dass etwa durch einen Satz der Gesetzesbegründung, der die konkret umschriebene herrschende Rechtsprechung zu einem Paragraphen als durch das Gesetz abgeschafft beschreibt, die Behauptung eben diese Rechtsprechung entspreche dem Zweck des Gesetzes unmöglich wird. .

⁶²² Siehe hierzu auch *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 431 f.

als Argument für einen gewandelten Sprachgebrauch genutzt werden⁶²³. Jedoch ist die Überzeugungskraft eines solchen historischen Argumentes dadurch beschränkt, dass die tatsächlichen Auswirkungen der Entstehungssituation einer Norm auf den ihr zugrundeliegenden Sprachgebrauch nicht sicher bestimmt werden können. Sichere Aussagen lassen sich stets nur anhand des Bestandes materiellen Rechtswissens über den aktuellen Sprachgebrauch der Rechtspraxis machen.

Die Orientierungswirkung der historischen Auslegung für die richterliche Entscheidungspraxis (also auf der Herstellungsseite) ist insgesamt daher eher gering. Bei einer realistischen Betrachtung kann sie nur der Ermittlung des Sprachgebrauchs zum Zeitpunkt der Entstehung der Norm dienen. Schon weil das Vorverständnis des heutigen Interpreten von demjenigen eines damaligen Verfassers abweichen kann, wird ein eindeutiges Ergebnis meist nicht zu erreichen sein⁶²⁴. Zudem würde die Ausrichtung auf den vergangenen Sprachgebrauch bei der richterlichen Interpretationsarbeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Ergebnissen führen, die mit dem aktuellen gelebten Recht in Widerspruch stehen, jedenfalls würde sie im Extrem zu einer „Herrschaft der Toten über die Lebenden“ führen⁶²⁵.

Nach dem Verständnis der klassischen Methodenlehre findet im Rahmen der „teleologischen Auslegung“ eine Auseinandersetzung mit dem der zu interpretierenden Norm innewohnenden Regelungszweck statt. Mit der Einsicht, dass die Bedeutung gesetzlicher Normen stets erst innerhalb der Rechtspraxis konstruiert wird, ergibt sich auch diejenige, dass die Bestimmung des Normzweckes weitgehend dem entscheidenden Richter zukommt. Gerade dieses Erkenntnis ist zugleich der Hauptgrund der Kritik an einer starken Einbeziehung teleologischer Argumentation in die gerichtliche Entscheidungsbegründung. Denn auch die klassische Methodenlehre erkennt an, dass der Normzweck einer Norm nicht als objektive Größe entnommen werden kann. Daraus folgert sie aber teilweise, bei der Nutzung der teleologischen Auslegungsmethode sei der Richter daher zu frei, da für ihn große „Spielräume“ bei der Formulierung des Normzweckes bestünden⁶²⁶.

⁶²³ Mit zwei treffenden Beispielen für einen Wertewandel *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 190.

⁶²⁴ Ähnlich bereits für das Verfassungsrecht *Werner Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 231 f.

⁶²⁵ Siehe dazu auch *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 199.

⁶²⁶ *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 202 f.; kritisch daher *Bernd Rütters*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristenzeitung 61 2006, 53, S. 59 f.

Erkennt man hingegen an, dass die Bedeutung der Norm *stets* erst in der Rechtspraxis konstruiert wird, erübrigt sich diese gegen die teleologische Auslegung im Speziellen gerichtete Kritik. Die Legitimität der durch den Richter vorzunehmenden Zweckbestimmung folgt aus ihrer Begründbarkeit auf der Grundlage anerkannter juristischer Argumentationsformen⁶²⁷. Mit den Prämissen dieser Untersuchung vereinbar will *Morlok* den größten Vorteil der teleologischen Auslegung gerade in der Steigerung der Rationalität des juristischen Diskurses sehen, da im Rahmen dieser Auslegungsmethode die Zweckermittlung in besonderer Weise argumentativ begründet werden müsse und eine „Verständigung über das rechtlich Richtige“ erforderlich mache⁶²⁸.

Die Funktion der teleologischen Auslegung kann tatsächlich in einer Rationalisierung der Entscheidungsfindung liegen, da eine stetig neue Bestimmung des Zweckes einer Norm in der Rechtspraxis – und ebenso in der Öffentlichkeit – keine Akzeptanz finden würde. Der Zweck einer Norm kann zwar in unterschiedlichen Entscheidungen erweiternd oder verengend konstruiert werden, jedoch können einer Norm nicht gleichzeitig mehrere widersprechende Zwecke zugeschrieben werden. Das materielle Rechtswissen der Praxis um den Zweck einer Rechtsnorm muss in sich kohärent sein.

Zudem muss aufgrund der gesellschaftlichen Erwartungen an das Recht der Zweck einer Norm als „vernünftig“ oder „gerecht“ dargestellt werden können⁶²⁹. Aufgrund der tatsächlichen Erwartung der Gerechtigkeit an das Recht riskieren in der Gesellschaft überwiegend als ungerecht empfundene Entscheidungen, nicht akzeptiert zu werden. Die Ergebnisse des juristischen Diskurses müssen mit den mehrheitlichen gesellschaftlichen Wertevorstellungen vereinbar sein. Dies sichert neben der Begrenzung der Interpretationsfreiheit durch das sozial konstruierte Vorwissen auch die Einbeziehung der Ergebnisse des allgemeinen praktischen Diskurses des Gesetzgebungsverfahrens als textlicher Ausgangspunkt der richterlichen Interpretationsarbeit. Durch die Ausrichtung auf einen „vernünftigen“ Zweck im Rahmen der teleologischen Auslegung wird der Gerechtigkeitserwartung an die richterliche Entscheidungstätigkeit entsprochen.

Aufgrund der Fähigkeit der vier klassischen Auslegungsmethoden, die Ausrichtung des juristischen Diskurses an Verfassungs- und Gesetzesnormen – in Form der Ausrichtung auf das

⁶²⁷ Ähnlich bereits *Friedrich Müller; Ralph Christensen*, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 2013, S. 383 f., welche jedoch .

⁶²⁸ *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 204.

⁶²⁹ *Morlok*, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 208.

materielle (Verfassung-)Rechtswissen – zu sichern, ist der Aussage „*daß sie in einer schriftlich fixierten Rechtsordnung notwendige, also unverzichtbare Instrumente der Auslegungsgarbeit an einer Norm sind*“⁶³⁰, zuzustimmen. Sie stellen in hohem Maße eine Rückbindung an das materielle Rechtswissen sicher. Als besonders nützlich für die kongruente Entwicklung des Rechts haben sich die systematische sowie die teleologische Auslegung erwiesen, während insbesondere die historische Auslegung aufgrund der Ausrichtung auf einen vergangenen Sprachgebrauch der Rechtspraxis in ihrer Orientierungswirkung beschränkt sein kann. Zudem dient vor allem die teleologische Auslegung der Erfüllung der Gerechtigkeitserwartung.

Bereits daraus aber, dass eine Feststellung *des* richtigen Sprachgebrauchs auch durch den Auslegungskanon nicht erreicht werden kann, zeigt sich, dass zur Stützung des richterlichen Sprachgebrauchs weitere Argumentformen zugelassen sein müssen. Bei den vier klassischen Auslegungsmethoden handelt es sich dementsprechend um anerkannte methodische Topoi⁶³¹, um Argumentationsgesichtspunkte, nicht um die alleinigen Methoden juristischer Argumentation. Die Einordnung als Topoi entspricht der Flexibilität des Auslegungskanons, dessen Elemente nicht in eine feste Rangfolge gebracht werden können, sondern deren Gewichtung von Fall zu Fall erfolgt⁶³². Zwingende, beweisartige Begründungen kann auch der Auslegungskanon schon aufgrund der Entwicklungsoffenheit des Rechts nicht bieten⁶³³. Dies wird vor allem bei seiner Reformulierung aus Sicht einer realistischen Argumentationstheorie deutlich.

Dennoch haben dem Auslegungskanon entsprechende Argumente in der richterlichen Entscheidungspraxis einen hohen Stellenwert, eine große Überzeugungskraft. Die Berufung auf die Gesetzssystematik oder den Zweck einer Norm ist ein innerhalb der deutschen Rechtspraxis akzeptiertes Argument, welches Erfolg für eine vom Gericht neu entwickelte Sprachgebrauchsweise verspricht. Es ist für die juristische Methodenlehre zu Orientierungszwecken sinnvoll, „*gewisse Musterhaftigkeiten zu kennzeichnen, die als das Rangverhältnis der Endoxa Anhaltspunkte für das unterschiedliche rhetorische Gewicht einer Formel geben können*“,

⁶³⁰ Morlok, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Ralf (Hg.), Subsumtion, 2012, 179, S. 204.

⁶³¹ Heino Garrn, Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik, in: Schirren/Ueding (Hg.), Topik und Rhetorik, 2000, 499, S. 507. Entsprechungen der Auslegungsmethoden finden sich nach Analysen von Agnes Launhardt, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, 2005, S. 46 f.

⁶³² Auch die Gewichtung geschieht anhand von Topoi wie demjenigen, dass je älter das Gesetz sei, die Entstehungsgeschichte umso schwächer zu gewichten sei. Interessanterweise führt diese Beweglichkeit der klassischen Auslegungsmethoden dieser gegenüber soweit ersichtlich nicht zu dem gegen die komparative Methode erhobenen Einwand der Willkürlichkeit ihrer Ergebnisse.

⁶³³ Ähnlich bereits Agnes Launhardt, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, 2005, S. 47.

also die unterschiedlich starke Überzeugungskraft verschiedener Argumentationsformen abzubilden⁶³⁴.

Um einen umfassenden Überblick über die Erfolgsstrukturen der richterlichen Entscheidungspraxis zu erlangen, wäre die detaillierte Analyse einer repräsentativen Zahl von Entscheidungen erforderlich, welche im Rahmen dieser Untersuchung nicht geleistet werden kann und zu ihren Zwecken auch nicht geleistet werden muss. Dennoch lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass die Herstellung der Normbedeutung in der Rechtspraxis durch das in der juristischen Methodenlehre verfügbar gemachte und in der Rechtspraxis gelebte Wissen um akzeptierte juristische Argumentationsformen strukturiert wird.

VI. Besonderheiten verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Die Erkenntnisse zur Bedeutungskonstitution in der Rechtspraxis und die Konsequenzen für die Bindung an den Gesetzestext gelten auch für den Fall des Verfassungsrechts. Auch für dieses ist festzuhalten, dass Bindungslosigkeit nicht Willkür bedeutet, weil auch das Verfassungsgericht den Erwartungen und Anforderungen der Rechtspraxis an juristisches Entscheiden grundsätzlich unterliegt. Auf den Punkt gebracht:

„Verfassungsgerichte entscheiden auf der Grundlage ihrer bereits ergangenen Rechtsprechung, selbst wenn im Einzelfall frühere Präjudizien aufgegeben oder overruled werden können, denn zumindest zwingen diese die Gerichte zu einer argumentativen Auseinandersetzung. Die Verfassungsgerichte entscheiden ferner nur im Horizont der Interpretationsgemeinschaft der juristischen Öffentlichkeit, welche die verfassungsrechtliche Rechtsprechung mit kritischer Aufmerksamkeit begleitet. Und schließlich sind selbst die Verfassungsgerichte vom Konsens der übrigen Verfassungsorgane und der demokratischen Öffentlichkeit abhängig.“⁶³⁵

Dem Streben nach einem objektiven Maßstab für die Rationalität der Verfassungsinterpretation muss naturgemäß ebenso eine Absage erteilt werden wie für die Interpretation von Rechtstexten im Allgemeinen⁶³⁶. Auch die Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen muss die Rechtmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwartungen an richterliches Entscheiden erfüllen.

⁶³⁴ Katharina Sobota, *Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, S. 89.

⁶³⁵ Werner Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, S. 238.

⁶³⁶ Dieses Streben wird in der Staatsrechtslehre weiterhin deutlich, vgl. etwa Christian v. Starck, *Verfassungen*, 2009, S. 125 ff.; Helge Sodan, *Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2010, S. 50 ff.

1. Entscheidungsmaßstab Verfassung - Charakteristika des Verfassungsrechtswissens und das Bundesverfassungsgericht als Letztinterpret der Verfassung

Hinsichtlich der grundsätzlichen Prämissen, die in den letzten beiden Abschnitten dieser Untersuchung erörtert wurden, unterscheidet sich das Verfassungsrecht nicht vom einfachen Recht. Auch die Interpretation der Verfassung wird durch den subjektiven Interpretationsakt des entscheidenden Richters bestimmt, welcher durch sein gesellschaftliches Vorwissen geprägt ist und seinen Ausgangspunkt im aktuell bindenden Verfassungsrechtswissen findet⁶³⁷. An der Bedeutungskonstitution des gelebten Verfassungsrechts sind maßgeblich die Gerichte beteiligt. Diese formen verfassungsrechtliche Begriffe wie denjenigen der „Ehe“ oder des „Eigentums“ im Rahmen ihrer Entscheidungstätigkeit aus⁶³⁸.

Auch bei der Interpretation des einfachen Rechts müssen die Gerichte sich am Verfassungsrechtswissen ausrichten. Um die Vereinbarkeit der Norminterpretation mit der Verfassung feststellen zu können, muss der entscheidende Richter in einer unteren Instanz die Konstruktion des Verfassungsrechts daher fortsetzen. Zudem beeinflussen auch alle Verfassungsorgane, Behörden und Bürger die Verfassungsinterpretation als Normadressaten bereits im gesellschaftlichen Zusammenleben; *Häberle* bezeichnet diese als „Verfassungsinterpreten im weiteren Sinne“⁶³⁹. Die Gesetzgebung selbst nimmt an der Verfassungsinterpretation durch die Ausformung von Verfassungsprinzipien in einfachen Gesetzen teil⁶⁴⁰, deren Bedeutung wiederum maßgeblich durch die Rechtspraxis bestimmt wird. Auch kann der Gesetzgeber durch einfache Gesetze an der Ausgestaltung der Verfassungsbedeutung teilnehmen, indem er auf einen veränderten gesellschaftlichen Kontext reagiert und somit auch die Bedeutungskonstitution durch das Verfassungsgericht beeinflusst⁶⁴¹. Dass trotz ihrer unmittelbaren Teilnahme am Verfassungsleben die Organe der Exekutive und Legislative weniger Einfluss auf das gelebte Verfassungsrecht haben, ist bedingt durch die Institutionalisierung des Gerichtsverfahrens als *das Medium des Rechts*⁶⁴².

⁶³⁷ Ein Verständnis der materiellen Verfassung als Basisschicht des gelebten Rechts kann der Tatsache gerecht werden, dass auch die Bedeutung von Verfassungsnormen erst in der Rechtspraxis hergestellt wird. In einem realistischen Rechtsverständnis kann unter der Verfassung nicht die Gesamtheit der in einer Verfassungsurkunde enthaltenen rechtlichen Regelungen verstanden werden, ein formelles Verfassungsverständnis ist ausgeschlossen. Ähnlich *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 177.

⁶³⁸ *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 228 f.

⁶³⁹ *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, *Juristenzeitung* 30 (1975), 297, S. 297; bestätigend auch *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 426.

⁶⁴⁰ *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, *Juristenzeitung* 30 1975, 297, S. 299 f.

⁶⁴¹ *Ulrich Becker; Jens Kersten*, Phänomenologie des Verfassungswandels, *Archiv des öffentlichen Rechts* 141 2016, 1, S. 14-16, 35.

⁶⁴² Ausführlich dazu siehe *Alexander Somek; Nikolaus Forgo*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, 1996, S. 306 ff.

Auch das Verfassungsrechtswissen entsteht in einem Zusammenspiel von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft⁶⁴³. Dennoch nimmt das Bundesverfassungsgericht die Hauptrolle bei der Herstellung der Verfassungsbedeutung ein⁶⁴⁴. Die starke Ausrichtung der Rechtspraxis und der Staatsrechtswissenschaft auf die abstrakte Bedeutungskonstitution durch das Bundesverfassungsgericht wird in der deutschen Rechtswissenschaft als *Bundesverfassungsgerichtspositivismus*⁶⁴⁵ kritisiert. Die besondere Autorität des Bundesverfassungsgerichts beruht auf der ihm zukommenden Deutungshoheit über die Verfassung⁶⁴⁶. Zwar können andere Akteure der Rechtspraxis von der Bedeutungskonstitution durch das Bundesverfassungsgericht abweichen, die Letztentscheidung verbleibt jedoch bei den Verfassungsrichtern⁶⁴⁷.

Einwände gegen eine große Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit werden bereits wegen der geringen Möglichkeiten des einfachen Gesetzgebers zur Abänderung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung erhoben. Der einfache Gesetzgeber muss das Verfassungsrecht als oberste Normebene achten, weil verfassungswidrige Gesetze ihre Geltung durch eine Entscheidung des Verfassungsgerichts verlieren können⁶⁴⁸. Zwar besteht die Option der formellen Verfassungsänderung, diese ist aber gegenüber dem regulären Verfahren der Gesetzesänderung besonderen Hürden, im deutschen Verfassungsrecht denjenigen des Art. 79 GG, ausgesetzt. Hinzu kommt, dass das in Dogmatik und Präjudizien verkörperte Verfassungsrechts-

⁶⁴³ Bestätigend in der Sache bereits *Ingwer Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, S. 70: „[Es] kann kein Zweifel daran bestehen, dass in vielen zunächst offenen Fragen durch weichenstellende Verfassungsrechtsprechung, darauf aufbauende literarische Systembildung und deren Übernahme in der Verfassungsrechtsprechung eine gewisse dogmatische Verfestigung eingetreten ist, die die Abweichung von derart eingeführten Maximen in die Nähe des rechtlich Unvertretbaren rückt.“

⁶⁴⁴ Zur Produktion der Verfassungsbedeutung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht bestätigt *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer (Hg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, 107, S. 108: „Das deutsche Verfassungsrecht ist im Grunde Präjudizienrecht geworden.“

⁶⁴⁵ Zum Begriff *Bernhard Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), 161; *Bernhard Schlink*, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, *Juristenzeitung* 2007. In ähnlicher Weise bezeichnet Isensee die Staatsrechtslehre als "brave Magd", die dem Bundesverfassungsgericht die Schleppe hinterher trägt, vgl. *Josef Isensee*, Bundesverfassungsgericht - quo vadis?, *Juristenzeitung* 51 (1996), 1085, S. 1086. Auch in anderen Rechtsordnungen wird aber an der Ausrichtung der Rechtspraxis an Leitsätzen der Höchstgerichte durch die Rechtswissenschaft Kritik geübt vgl. *Raimo Siltala*, A theory of precedent, 2000, S. 141 f.

⁶⁴⁶ *Lepsius* spricht von der Anerkennung der „Kompetenz“ des Bundesverfassungsgerichts zu Verfassungsauslegung, vgl. *Oliver Lepsius*, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza (Hg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, 103, S. 105; *Matthias Jestaedt*, Verfassungsinterpretation in Deutschland, in: Lienbacher (Hg.), Verfassungsinterpretation in Europa, 2011, 5, S. 10 fasst zusammen: „In puncto Verfassungsdeutung besitzt das BVerfG eine nachgerade alles übrige und alle übrigen verdrängende Präsenz und Autorität.“

⁶⁴⁷ *Mehrdad Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 1. Aufl. 2017, S. 431; *Herbert Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 31, S. Rz 19; *Klaus Schlaich*; *Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, S. 409 *Uwe Kischel*, Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren?, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), 219, S. 227.

⁶⁴⁸ Dies gilt zumindest in denjenigen Rechtsordnungen, in denen die Verfassungsgerichte die Kompetenz zur abstrakten und/oder konkreten Normenkontrolle besitzen und verfassungswidrige Gesetzesnormen so wie das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklären können.

wissen aufgrund seiner Offenheit nur bei drastischen Verfassungstextänderungen angepasst werden müsste. Auch die belegbare Praxis der Rechtsprechungsänderung im Verfassungsrecht, mit der Möglichkeit auch einer Anpassung an Entscheidungen des einfachen Gesetzgebers, kann das Kräfteverhältnis nicht zugunsten der Legislative verschieben, da hierbei die Gestaltungsmacht beim Verfassungsgericht verbleibt⁶⁴⁹.

Auf dem Gebiet des Verfassungsrechts zeigt sich am „Verfassungswandel“ der Einfluss gesamtgesellschaftlicher Werte auf das institutionalisierte Rechtswissen, welcher auf einer Anpassung der Interpretationsweise eines Verfassungsgrundsatzes aufgrund gesellschaftlichen Wertewandels beruht. Der Begriff des Verfassungswandels bezeichnet die Situation, dass der Sprachgebrauch einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung in Bezug auf den Text einer Verfassungsnorm vom aktuell gültigen Sprachgebrauch offensichtlich abweicht⁶⁵⁰. Die aktuelle Sprachgebrauchsgrenze wird überschritten, sodass das Interpretationsergebnis nicht als Deduktion aus der Verfassungsnorm dargestellt werden kann⁶⁵¹. Dabei weitet die Verfassungsgerichtsbarkeit den verfassungsrechtlichen Sprachgebrauch mitunter derart aus, dass er dem Sprachgebrauch zur Zeit der Entstehung der Verfassungsnormen eindeutig nicht mehr entsprechen kann⁶⁵².

Übersehen wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der Zulässigkeit des *Verfassungswandels* häufig, dass die Verfassungsbedeutung einer stetigen Entwicklung durch die Interpretation von Verfassungsnormen in der Rechtspraxis unterliegt, das „Phänomen“ Ver-

⁶⁴⁹ Auch in Case Law Systemen werden dem „*Judicial Law-Making*“ strenge Grenzen gesetzt und von dem Richter eine strikte Begrenzung seiner Entscheidung auf die Lösung des Einzelfalles verlangt. Dem entspricht es, dass traditionell im Common Law nicht der Text eines Präjudizes bindend sein soll, sondern die *ratio decidendi*, bei deren Ermittlung den der Entscheidung zugrundeliegenden „material facts“ große Bedeutung beigemessen wird, vgl. *Jan Komárek*, Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent, Society and Economy Working Papers 2012, S. 3.

⁶⁵⁰ Unter „Verfassungswandel“ wird die Bedeutungsänderung einer Verfassungsnorm ohne Textänderung verstanden. Vergleiche zum Begriff: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Badura (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 1993, 3, S. 3,6; *Heinrich Amadeus Wolff*, Unge-schriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000, S. 98 f.; *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1. Aufl. 1982, S. 254. Auch in anderen Rechtsordnungen wird die Zulässigkeit einer Änderung der Interpretation der Verfassung ohne Textänderung diskutiert, in der amerikanischen Rechtswissenschaft etwa Debatte etwa als Debatte zwischen den einander gegenüberstehenden Lehren der „living constitution“ und des „original intent“.

⁶⁵¹ Trotz der Erkenntnis, dass eine Ableitung der Bedeutung von Rechtsnormen weder aus dem Verfassungsnorm noch aus dem Gesetzestext möglich ist, dient die Darstellung in Form des Justizsyllogismus der Darstellung der Anknüpfbarkeit an Gesetz bzw. Verfassung. Überschreitet der richterliche Sprachgebrauch aber die gesellschaftliche Sprachgebrauchsgrenze, wird offenbar, dass die Entscheidung sich nicht in einer lückenlosen Prämissenkette auf den Verfassungstext zurückführen lässt.

⁶⁵² Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, welches dem Einzelnen die Bestimmungsmacht über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten verschafft, ebenso wie die erst kürzlich erfolgte Erweiterung des Ehebegriffs des Grundgesetzes auf homosexuelle Partnerschaften, stimmen mit dem Sprachgebrauch und den entsprechenden Wertevorstellungen zum Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes etwa wohl nicht überein.

fassungswandel sich also in der Bedeutungskonstitution durch die Rechtspraxis erschöpft⁶⁵³. Die Veränderung des Sprachgebrauchs ist in vielen Fällen allein so geringfügig, dass sie von der Rechtspraxis nicht als Veränderung wahrgenommen, sondern als Konkretisierung der Verfassungsbedeutung angesehen wird. Durch die als *Verfassungswandel* bezeichneten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts werden dem Verfassungsrechtswissen neue Bedeutungsfragmente hinzugefügt oder bestehende Element modifiziert. Nicht aber wird eine in der Verfassung selbst bereits enthaltene Bedeutung verändert, wie es die Bezeichnung als „*Verfassungsänderung ohne Textänderung*“ nahelegt⁶⁵⁴. Parallel dazu stellt sich die „verfassungskonforme Auslegung“ einfachen Rechts als „Teilnichtigkeitserklärung ohne Normtextänderung“ dar⁶⁵⁵.

Der besondere Einfluss gesellschaftlicher Werte auf das Verfassungsrechtswissen korreliert mit einer besonders starken *Gerechtigkeits*erwartung an das Verfassungsrecht und damit an die Verfassungsrechtsprechung. An das Verfassungsrecht wird der Anspruch erhoben, die Gerechtigkeit der gesamten Rechtsordnung zu gewährleisten⁶⁵⁶.

Die als *Verfassungswandel* wahrgenommene Veränderung der Verfassungsinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht beruht auf dem Einfluss des sozialen Kontextwandels auf das gesamtgesellschaftlich konstruierte Vorwissen der Richter⁶⁵⁷. Die Verfassung bildet eine „objektive Werteordnung“, indem sie den Rahmen bildet, innerhalb dessen gesellschaftliche Werte ins Recht übersetzt werden können⁶⁵⁸. Die Abhängigkeit der Verfassungsbedeutung von gesellschaftlichen Entwicklungen kommt auch in dem von *Häberle* geprägten Be-

⁶⁵³ Aus Sicht einer realistischen Rechtslehre „ist Rechts-(Verfassungs-)wandel selbstverständlich, da Recht im Prozeß der Rechtsanwendung gesucht wird.“. So bereits *Brun-Otto Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1. Aufl. 1982, S. 256. Auch *Peter Häberle*, *Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten" Verfassungsverständnis*, in: Dreier (Hg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, 248, S. 316 f., demzufolge der Begriff des Verfassungswandels den Blick auf die Freiheit des Interpreten verschleierte.

⁶⁵⁴ Ähnlich bereits *Otto Depenheuer*, *Der Wortlaut als Grenze*, 1988, S. 39 f.

⁶⁵⁵ *Matthias Jestaedt*, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77, S. 140.

⁶⁵⁶ Eingehend zur Verfassung als Gerechtigkeitsreserve siehe *Martin Morlok*, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1988, S. 91 ff. Dies auch unter dem Hinweis, dass sich das Bundesverfassungsgericht selbst in seinen Entscheidungen auf die Gerechtigkeit beruft, was aus Sicht der Verfasserin ein Zeichen für das Bemühen um die Erfüllung der Gerechtigkeitsersparung zu werten ist.

⁶⁵⁷ Dies können *Becker/Kersten* anhand des demographischen Wandels in der Bundesrepublik verdeutlichen: Die Alterung der Bevölkerung aufgrund geringerer Geburtsraten und einer verlängerten Lebenserwartung führt ihrer Darstellung nach perspektivisch zu einem – durch menschliche Arbeitskraft – nicht zu deckenden Bedarf an Pflegepersonal. Daher sei die umfassende Unterstützung und Überwachung älterer Menschen durch technische Mittel erforderlich. Durch eine fast lückenlose technische Kontrolle der Lebensführung verlören die Betreuten aber zugunsten der Bewahrung ihrer Selbstständigkeit die Hoheit über ihre personenbezogenen Daten, weshalb durch diese Änderung der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine Anpassung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erforderlich würde, vgl. *Ulrich Becker; Jens Kersten*, *Phänomenologie des Verfassungswandels*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 141 2016, 1, S. 35 ff.

⁶⁵⁸ *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 190 f.

griff von der „Verfassung als Kultur“⁶⁵⁹, welche die kulturelle Prägung des Verfassungsrechts als dessen wesentliches Merkmal bestimmt, zum Ausdruck.

Trotz der grundsätzlichen Parallelität der Herstellung des Verfassungsrechtswissens mit derjenigen des (einfachen) Rechtswissens, ergeben sich aufgrund der Funktionen der Verfassung Besonderheiten in der Struktur des Verfassungsrechtswissens: „(...) *We must never forget that it is a constitution we are expounding.*“⁶⁶⁰ Auf Verfassungsebene stehen sich in besonderem Maße offene Verfassungsprinzipien gegenüber, deren Kollision eine größere Fülle an Entscheidungsmöglichkeiten offenlässt als der Ausgleich einander gegenüberstehender Interessen anhand der Normen des einfachen Rechts. Der rechtswissenschaftliche Topos der Offenheit der Verfassung unterscheidet das Verfassungsrecht bei einem realistischen Rechtsverständnis nicht kategorial vom „einfachen“ Recht. Dennoch ist der Verfassungstext durch die besondere Abstraktheit seiner Normierungen gekennzeichnet, welche die Veränderlichkeit des gelebten Verfassungsrechts, die „Lernbereitschaft der Verfassung“, impliziert⁶⁶¹.

Die Offenheit und Veränderbarkeit des Verfassungsrechts korrelieren mit der erschwerten formalen Abänderbarkeit der Verfassung⁶⁶². Diese hat ihren Grund in der Funktion der Verfassung als normative Grundlage gesellschaftlichen Zusammenlebens⁶⁶³ hat. Das Verfassungsrecht soll grundsätzlich *alle* – rechtlicher Regelung zugänglichen und bedürftigen – Bereiche gesellschaftlichen Zusammenlebens erfassen und die Verhaltenserwartungen der Mitglieder der Gesellschaft stabilisieren können. Ein zu anforderungsloser Änderungsmechanismus für Verfassungsbestimmungen würde die Anpassung ihres Inhaltes an aktuelle politische Mehrheiten ermöglichen und könnte die Verlässlichkeit der Verfassung beeinträchtigen.

⁶⁵⁹ Peter Häberle, Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht, Archiv des öffentlichen Rechts 131 (2006), 621, S. 636 ff.

⁶⁶⁰ John Marshall, Opinion of Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), in: Thompson/Harris/Tribe (Hg.), *It is a constitution we are expounding*, 2009, 51, S. 52.

⁶⁶¹ Mit diesem Hinweis auf die Lernbereitschaft der Verfassung *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 108 f.

⁶⁶² Peter Häberle, Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten" Verfassungsverständnis, in: Dreier (Hg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, 248, S. 307 f. weist darauf hin, dass die Kontinuität der Verfassung nur durch die Offenheit der Verfassungsinterpretation gesichert werden kann.

⁶⁶³ Das heutige Verfassungsverständnis ist ein normatives. Die Entwicklung eines normativen Verfassungsbegriffes wurde durch die Amerikanische und die Französische Revolution Ende des 18. Jahrhundert angestoßen, im Zuge derer inhaltliche Anforderungen an den Typus Verfassungsstaat gestellt wurden. Der berühmt gewordene Artikel 16 der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 formuliert prägnant: „*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*“ In diesem Sinne spiegelt die Verfassung nicht bloß die staatliche Grundordnung wider, sondern schreibt die Ausgestaltung dieser Grundordnung vor. Sie wird „ausgedrückt mit den Worten *Hesses*, – die eine Verbindung von Sein und Sollen voraussetzen – die Verfassung als die normative Grundordnung eines Staates verstanden, vgl. *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

Gleichzeitig wird durch die fortgesetzte Herstellung der Verfassungsbedeutung in der Rechtspraxis die kohärente Ausweitung der Verfassungsbedeutung ermöglicht⁶⁶⁴.

Da der Anwendungsbereich verfassungsrechtlicher Normen die Anwendungsbereiche einfachrechtlicher Normen grundsätzlich übersteigen *muss*, um eine Grundlage des gesellschaftlichen Zusammenlebens im Staat bilden zu können, muss auch das Verfassungsrechtswissen offener für gesellschaftliche Veränderungen bleiben. Eine zu regelmäßige, erkennbare Modifikation des Verfassungsrechts durch die Aufgabe alter und die Entwicklung neuer Bedeutungsfragmente von Verfassungsnormen würde die Stabilität der Verfassung gefährden. Eine als Verfassungswandel in Erscheinung tretende Anpassung des Verfassungsrechtswissen unterliegt zudem aufgrund der Rechtmäßigkeitserwartung einer besonderen Argumentationslast⁶⁶⁵.

Die fortgesetzte Konstitution der Verfassungsbedeutung in der Rechtspraxis muss das Vertrauen in die Verfassung bewahren können, indem sie nach innen und außen die *Kontinuität* der Bedeutung sichert⁶⁶⁶. Vor dem Hintergrund des erhöhten Stabilitätsbedürfnisses im Bereich des Verfassungsrechts erklärt sich auch das vom Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur herangezogene Prinzip der „Einheit der Verfassung“⁶⁶⁷. Dieses stellt das Verfassungsrecht – entgegen der Realität der Entstehung des gelebten Verfassungsrechts – als lückenloses Sinnsystem dar⁶⁶⁸. So kann das Bundesverfassungsgericht jede Entscheidung als durch die Verfassung begründbar darstellen⁶⁶⁹.

Textlich verankerte Verfassungsprinzipien gleichen insofern den Generalklauseln des einfachen Rechts, aus denen nach klassischem Verständnis anhand der ihnen zugrundeliegenden Rechtsprinzipien die im Einzelfall geltende Rechtsregel entnommen werden kann. Zwar ist

⁶⁶⁴ Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVdStRl 20 1963, 53, S. 68 spricht von einem „notwendigen Zusammenhang“ zwischen der Wachstumsfähigkeit einer Verfassung und der Festigkeit ihrer Grundlagen.

⁶⁶⁵ Ähnlich auch Stefan Martini, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 508: „Will Verfassungsrechtsprechung auf gesellschaftliche Änderungen reagieren, muss der Wandel der „living constitution“ verständlich gemacht werden – durch rationale Argumentation bzw. gute Gründe, da gerade der Wandel und noch mehr der Einfluss des Wandels auf die Bedeutung der Verfassung in einer pluralistischen Gesellschaft umstritten sein dürfte.“

⁶⁶⁶ Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, 1. Aufl. 1982, S. 262.

⁶⁶⁷ Eine umfassende Auseinandersetzung mit der Begriffsverwendung in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts unternimmt Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung - Kritik des juristischen Holismus, 2. Aufl. 2007. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass der Topos der Einheit in höchst unterschiedlichen Konstellationen zum Einsatz kommt und letztlich zur Leerformel verkomme, vgl. ebenda S. 225 ff., S. 235.

⁶⁶⁸ Der Topos der "Einheit der Verfassung" weist eine unübersehbare Gemeinsamkeit mit der systematischen Auslegung auf. So auch Helge Sodan, Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2010, S. 51 ff.; ebenso und auf die Überschneidung mit der Idee der praktischen Konkordanz hinweisend auch Michael Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 232 ff.

⁶⁶⁹ Ähnlich bereits Gerd Rolke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: v. Starck (Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 22, S. 32 f.

die Vorstellung von in ihrem Inhalt feststehender Rechtsprinzipien vor dem Hintergrund eines realistischen Rechtsverständnisses nicht haltbar. Jedoch ist in der Rechtspraxis anerkannt, dass Rechtsprinzipien eine größere Fülle im Verhältnis zueinander nicht notwendig geordneter Bedeutungselemente enthalten können. Diese ermöglichen als Grundpfeiler des Rechtssystems in ihrer Abstraktheit und Abwägungsoffenheit eine dynamische Stabilisierung des Rechtssystems⁶⁷⁰. Wie alles Rechtswissen können aber auch Verfassungsprinzipien neu auftretende Fälle nicht vorhersehend in sich aufnehmen. Auch ihre Bedeutung entsteht erst durch richterliche Entscheidungen⁶⁷¹. Sie bilden jedoch zugleich einen Ausgangspunkt für eine besonders breite Wissensbasis für zukünftige Entscheidungen

Dieser Offenheit entspricht auch die Interessenabwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht, welche dazu dient, sich gegenüberstehende Prinzipien zum möglichst optimalen Ausgleich zu bringen. Der Kontrollmaßstab des Gerichts bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einfachen Rechts richtet sich allein auf die Frage, ob die gesetzgeberische Lösung mit der Verfassung vereinbar ist, nicht, ob sie deren ideale Ausgestaltung darstellt⁶⁷². Auch dem trägt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung, indem er die abstrakte Gegenüberstellung von Verfassungsprinzipien und somit die Festsetzung einer Hierarchie zwischen ihnen vermeidet. Die Feststellung eines Vor- oder Nachrangverhältnisses von Verfassungsprinzipien wird als Abwägungsentscheidung auf die konkrete Entscheidung von gesellschaftlichen Konflikten begrenzt.

Die normative Kraft der Verfassung wird durch die Ausrichtung der Rechtspraxis auf das Verfassungsrechtswissen gestärkt, da die Verfassung erst durch die Ausformung ihrer Bedeutung in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen Relevanz für die Entscheidung konkreter Lebenssachverhalte erhält⁶⁷³. Zugleich ist die Ausstrahlungswirkung der Verfassung auf das einfache Recht ein wesentlicher Faktor für die Kohärenz der Gesamtrechtsordnung⁶⁷⁴.

Kontinentaleuropäische Verfassungsgerichte bestimmen die Bedeutung von Verfassungsnormen vielfach in derart abstrakt-genereller Weise, dass die Urteilsformulierungen den Formulierungen eines Gesetzestextes ähneln. Die allgemeinen Bestimmungen der Normbedeutung

⁶⁷⁰ *Kye Il Lee*, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010, S. 169; ähnlich auch *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 300 ff.

⁶⁷¹ So auch in Bezug auf Rechtsprinzipien im Allgemeinen bereits *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 267 ff.

⁶⁷² *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVdStRl 20 1963, 53, S. 69.

⁶⁷³ *Mehrdad Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 1. Aufl. 2017, S. 420: „Ebenso wie fachgerichtliche Präjudizien die Normativität primär des Gesetzesrechts stärken, stabilisieren verfassungsgerichtliche Präjudizien die Normativität des Verfassungsrechts.“

⁶⁷⁴ *Thomas Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, S. 224 ff.

lassen sich daher auf eine Vielzahl von Einzelfällen anwenden⁶⁷⁵. Es sind diese abstrakten Rechtssätze, welche in nachfolgenden Entscheidungen zitiert und Bestandteil der verfassungsrechtlichen Dogmatik, des Verfassungsrechtswissens, werden.

In der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts wird dies an der Aufteilung der Entscheidungsgründe in einen Maßstäbeteil und einen Anwendungsteil besonders deutlich⁶⁷⁶. Die Abfassung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgründe unter Entwicklung abstrakter Rechtssätze trägt so zu einer *kohärenten Entwicklung* des gelebten Verfassungsrechts bei. Der positive Effekt des Entscheidungsmodus des Bundesverfassungsgerichts – und kontinentaleuropäischer Verfassungsgerichte im Allgemeinen – liegt in einer Steigerung der Rechtssicherheit⁶⁷⁷. Diese beruht sowohl auf der teilweisen Konkretisierung der Bedeutung von Verfassungsnormen, welche diese überhaupt erst anwendbar macht, als auch auf der gleichzeitigen Offenhaltung ihres Anwendungsbereiches für weite Teile gesellschaftlicher Interaktion. Die Orientierung der Rechtspraxis – auch des Bundesverfassungsgerichts selbst – an den gerichtlich entwickelten Rechtssätzen bei unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen festigt das Verfassungsrechtswissen. Das Bundesverfassungsgericht ist zwar nicht – im Sinne einer strikten Selbstbindung – in späteren Entscheidungen an die abstrakten Rechtssätze seiner eigenen Entscheidungen gebunden⁶⁷⁸, dennoch zeichnet sich seine Rechtsprechung durch eine große Kontinuität aus⁶⁷⁹.

Den Entscheidungen von Verfassungsgerichten kommt eine gesteigerte Autorität zu. Diese folgt zunächst aus ihrer Stellung in der nationalen Gerichtshierarchie⁶⁸⁰. Die herausgehobene

⁶⁷⁵ Diese Art richterlicher Entscheidungsdarstellung wird als „legislatives Modell“ bezeichnet, da die abstrakten Entscheidungssätze von ihrem Kontext gelöst in der Rechtspraxis rezipiert werden, vgl. *Jan Komárek*, Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent, Society and Economy Working Papers 2012, S. 8 ff.

⁶⁷⁶ Siehe nur *Oliver Lepsius*, Entscheiden durch Maßstababildung, in: van Ooyen/Möllers (Hg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2015, 119, S. 123 ff.

⁶⁷⁷ Ähnlich bereits *Mehrdad Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 1. Aufl. 2017, S. 423; *Victor Ferreres Comella*, Constitutional courts and democratic values, 2009, S. 20 ff. *Ferreres* beschreibt die herausgehobene Rolle von Verfassungsgerichten für die Erhaltung von Rechtssicherheit als traditionellen Hauptgrund für die Kompetenz europäischer Verfassungsgerichte zur Verwerfung von Parlamentsgesetzen. Zugleich kritisiert er eine zu starke Fokussierung auf die Rechtssicherheitsfunktion wie sie Kelsens Ideal der Verfassungsgerichtsbarkeit entspricht.

⁶⁷⁸ Siehe dazu etwa *Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 31, S. Rz 14–20.

⁶⁷⁹ *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1. Aufl. 1982, S. 163; ausführlich auch *Thomas Lundmark*, Stare decisis vor dem Bundesverfassungsgericht, Rechtstheorie 28 (1997), 315, S. 327 ff. Auch gerade wegen ihrer stabilisierenden Funktion werden die Bildung abstrakter Maßstäbe und die damit einhergehende Verringerung des Sachverhaltsbezugs verfassungsgerichtlicher Entscheidungen kritisiert. Dadurch werde die dynamische Entwicklung des Verfassungsrechts behindert, da die Abgrenzung von früheren Entscheidungen durch einen Vorgang des *Distinguishing* nicht mehr möglich sei. Vergleiche *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 159, S. 259 f.

⁶⁸⁰ Zu den Faktoren institutioneller Überzeugungskraft innerstaatlicher Gerichtsentscheidungen siehe bereits S. 129 ff.

Stellung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts äußert sich bereits darin, dass das Gericht aus dem Instanzenzug der ordentlichen Gerichtsbarkeit wie auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgegliedert ist⁶⁸¹. Das Gericht nimmt in der deutschen Rechtspraxis zudem dadurch eine Sonderstellung ein, dass es die Verfassungsmäßigkeit der Entscheidungen aller übrigen Gerichte zu kontrollieren befugt ist⁶⁸². Diese Kompetenz, die Verfassungsinterpretation durch andere Gerichte – auch die höchsten Bundesgerichte – zu kontrollieren, unterscheidet das Bundesverfassungsgericht von europäischen Pendants wie dem französischen Conseil constitutionnel⁶⁸³.

Verfassungsgerichte haben auch gegenüber Höchstgerichten im Verfassungsstaat westlicher Prägung regelmäßig eine Sonderstellung inne. Diese folgt bereits aus ihrer Aufgabe der Verfassungsinterpretation und der ihnen zukommenden Deutungsmacht über die Verfassung als oberste Normebene⁶⁸⁴. Die Abhängigkeit der Überzeugungskraft richterlicher Entscheidungen von ihrer Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrechtswissen zeigt sich innerhalb der deutschen Rechtspraxis an der großen Bedeutung „verfassungskonformer Auslegung“ als Argumentationsmittel⁶⁸⁵. Die Ausrichtung der gesamten Rechtsordnung am Verfassungsrecht, mit welchem das richterliche Interpretationsergebnis auch bei der Interpretation des einfachen Rechts vereinbar sein muss, verleiht dem Argument der Verfassungskonformität eine herausgehobene Bedeutung.

Die institutionelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Rechtsordnung ist auch im Vergleich zu anderen europäischen Verfassungsgerichten besonders stark⁶⁸⁶. Dies wird in historischer Sicht durch die „tabula rasa“, die der Nationalsozialismus hinterließ, sowie die Autoritätsgläubigkeit und Hochschätzung des Rechts im Deutschland der Nachkriegs-

⁶⁸¹ Mehrdad Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 432.

⁶⁸² Matthias Jestaedt, *Verfassungsinterpretation in Deutschland*, in: Lienbacher (Hg.), *Verfassungsinterpretation in Europa*, 2011, 5, S. 12.

⁶⁸³ Der Conseil constitutionnel kann nicht direkt zur Überprüfung der Entscheidungen der französischen Höchstgerichte angerufen werden, welche – auch gerade deshalb – wichtige Akteure der Verfassungsinterpretation sind, vgl. Nikolaus Marsch; Yoan Vilain; Mattias Wendel (Hg.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, S. 100.

⁶⁸⁴ Kritisch hinsichtlich der Überlassung der Deutungsmacht an das Bundesverfassungsgericht durch die anderen Akteure der Verfassungsinterpretation Eberhard Luetjohann, *Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1991, S. 14–24, 141.

⁶⁸⁵ Zur großen Bedeutung verfassungskonformer Auslegung Matthias Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77, S. 138 ff.

⁶⁸⁶ Im rechtsvergleichenden Überblick Rainer Wahl, *Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, 45, S. 45 ff.; Christian Tomuschat, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in: Badura/Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, 245, S. 245 ff.

zeit begründet, welche dem Bundesverfassungsgericht die Rolle des Erziehers zu demokratischen Werten erleichterten⁶⁸⁷.

Das Gericht unterscheidet sich, wie bereits erwähnt, von seinen europäischen Pendanten auch durch seine erhebliche Kompetenzfülle, welche die abstrakte Normenkontrolle ebenso umfasst wie die Individualverfassungsbeschwerde gegen Gesetze und Urteile⁶⁸⁸. Die beobachtete Konstitutionalisierung der deutschen Rechtsordnung wird zudem der Tendenz des Bundesverfassungsgerichts zugeschrieben, den Bereich verfassungsrechtlicher Relevanz, der zugleich seine materielle Prüfungskompetenz begründet, auszuweiten⁶⁸⁹. Vor allem die extensive Anwendung von Grundrechten – insbesondere als alle Lebensbereiche umfassende objektive Werteordnung (Elfes) und auch als in Beziehungen zwischen Privaten hineinwirkend (Lüth) – ist ein wichtiger Faktor dieser Entwicklung⁶⁹⁰. Zudem liegt die besondere Autorität des Bundesverfassungsgerichts in seiner Anerkennung als Letztinterpret des Grundgesetzes begründet⁶⁹¹.

Die gesteigerte Autorität verfassungsgerichtlicher Entscheidungen wird bereits daran sichtbar, dass für Verfassungsgerichte teilweise einfachgesetzlich weitergehende Entscheidungswirkungen als sonst für gerichtliche Entscheidungen angeordnet sind. So binden Entscheidungen

⁶⁸⁷ Christoph Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, S. 40 ff.

⁶⁸⁸ Werner Heun, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 1–2, 87.

⁶⁸⁹ Vergleiche etwa Werner Heun, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, S. 280 f. Dieser begründet unter Verweis auf das Gegenbeispiel des *US Supreme Court* diese Tendenz damit, dass das Bundesverfassungsgericht nur so Einfluss auf die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts, welche der Fachgerichtsbarkeit obliegt, erlangen kann.

⁶⁹⁰ Vgl. Shu-Perng Hwang, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat?, 2011, S. 161 ff.; Zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Verfassungsbeschwerde durch die Grundrechtsdogmatik vgl. Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, S. 120 f. Zur Kritik am Werteordnungsgedanken Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, Recht, Staat, Freiheit, 2013, S. 67 ff.; Denninger E., Freiheitsordnung - Werteordnung - Pflichtordnung. zur Entwicklung des Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Tohidipur (Hg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, 1976, S. 167 ff.

⁶⁹¹ Die Interpretationshoheit des Bundesverfassungsgerichts anerkennend, aber dennoch mit dem Versuch, die Bindung an die Verfassung methodisch abzusichern Helge Sodan, Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2010, S. 47–57; Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, S. 81–82, 88–89. Als wichtige Weichenstellungen dafür sieht Jestaedt (1) die Verortung des Grundgesetzes als rechtlicher Prüfungsmaßstab an der Spitze der Normenhierarchie, (2) die Konzipierung einer von den Fachgerichten isolierten Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Professionalität aber durch die Richterauswahl gesichert sei, sowie (3) die Überordnung über die Fachgerichtsbarkeit durch die Eröffnung der Urteilsverfassungsbeschwerde und die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Grundrechte.

des Bundesverfassungsgerichts gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht nur die Verfahrensbeteiligten, sondern alle Verfassungsorgane unmittelbar⁶⁹².

Die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG umfasst hingegen nicht die Verfassungsverinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht allgemein, sondern nur das Interpretationsergebnis für den entschiedenen konkreten Lebenssachverhalt, die Präjudizienwirkung der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen folgt also gerade nicht aus (der in der Rechtspraxis hergestellten Bedeutung) dieser Norm⁶⁹³. Eine vom Einzelfall gelöste formelle Bindungswirkung begründet allein die Gesetzeskraft einiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gem. § 32 Abs. 2 BVerfGG. Diese kommt verfassungsgerichtlichen Entscheidungen im Verfahren der abstrakten, konkreten oder inzidenten Normenkontrolle zu⁶⁹⁴. Entscheidungen in diesen Verfahren sind gesetzlich mit einer Wirkung *inter omnes* versehen, weil ansonsten ein aufgrund seiner Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärtes Gesetz nicht ohne Verstoß gegen die Normenhierarchie weiter angewandt werden könnte. Die Normverwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts steigert somit seine Autorität als Verfassungsinterpret. Die Zitation einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung kann eine so große Überzeugungskraft entfalten, dass auf die zusätzliche Verwendung von Sachargumenten verzichtet werden kann⁶⁹⁵.

Die große Akzeptanz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beruht neben den beschriebenen institutionellen Faktoren, maßgeblich auf der Qualität seiner Entscheidungsgründungen⁶⁹⁶. Diese sind im Gegensatz zu den Entscheidungsgründungen anderer Gerich-

⁶⁹² Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 31, S. Rz 75–81; Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 31 BVerfGG, S. Rz 51–71 Die bereits im Zusammenhang mit der Bestimmung der *ratio decidendi* benannten Schwierigkeiten stellen sich offenkundig auch hier. Denn die formell bindenden Inhalte der verfassungsgerichtlichen Entscheidung werden ihrerseits durch nachfolgende Interpreten bestimmt.

⁶⁹³ Mehrdad Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 420.

⁶⁹⁴ Siehe dazu auch Oliver Lepsius, *Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen*, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza (Hg.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, 103, S. 107.

⁶⁹⁵ Mehrdad Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 1. Aufl. 2017, S. 13: „Ein Gericht, das eine Entscheidung im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung treffen will, muss diese Entscheidung in rechtlicher Hinsicht nicht mehr ausführlich selbst begründen, sondern kann sich auf die entsprechende Rechtsprechung berufen. Das Zitat ersetzt in diesem Fall das Sachargument, eine Technik, die allgemein akzeptiert und in ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit und Legitimität kaum angezweifelt wird. Ebenso wie die Gesetzesbindung die Tätigkeit von Gerichten legitimiert, kann auch die normative Orientierung an Präjudizien eine entsprechende legitimierende Wirkung entfalten.“ Ebenso Angelika Nußberger, *Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts*, *Juristenzeitung* 15 2006, 763, S. 763.

⁶⁹⁶ Matthias Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77, S. 110; so auch Heun, der darin auch einen wichtigen Grund dafür sieht, bestimmte juristische Qualifikationen zur Voraussetzung der Berufung als Verfassungsrichter zu machen, vgl. Werner Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, S. 111.

te besonders durch ihre Ausführlichkeit und ihren wissenschaftlich anmutenden Stil geprägt⁶⁹⁷.

2. Besonderheiten des Begründungsstil des Bundesverfassungsgerichts

Ein besonderes Merkmal der Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichts besteht in ihrer Aufteilung in einen Maßstäbeteil und einen Subsumtionsteil. Der Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung wird zunächst vom konkreten Fall gelöst entwickelt und dargestellt, bevor anhand dieses Maßstabs die Lösung für den konkreten Lebenssachverhalt begründet wird⁶⁹⁸.

In argumentativer Hinsicht trägt die Herausstellung des Entscheidungsmaßstabs der Rechtsmäßigkeitserwartung Rechnung, welche bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung im Wesentlichen zu einer *Erwartung der Verfassungsmäßigkeit* konkretisiert ist⁶⁹⁹. Das Bundesverfassungsgericht stellt nach außen dar, dass es die Maßstäbe für die Entscheidung an das – als Konkretisierung grundgesetzlicher Normen in der Rechtspraxis anerkannte – Verfassungsrechtswissen anknüpfen kann. Die Anwendung der zunächst abstrakt – wenngleich in der Sache auf die Lösung des konkreten Falles angepasst – dargestellten Maßstäbe auf den Einzelfall genügt so wiederum dem deduktiven Darstellungsstandard⁷⁰⁰.

Die Darstellungsform von verfassungsgerichtlichen Urteilen, vor allem die Voranstellung der relevanten rechtlichen Erwägungen in Leitsätzen, bietet Vorteile praktischer Natur. Sie erleichtert den Zugriff auf das in den Entscheidungen verkörperte Verfassungsrechtswissen. Eine gegebenenfalls mühselige und zeitaufwendige Analyse von Entscheidungen zum Herausarbeiten der entscheidungsprägenden rechtlichen Erwägungen bleibt dem Rechtsanwender

⁶⁹⁷ Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, S. 124 ff. Dieser Stil ist praktisch auch bedingt dadurch, dass dem Gericht für die Vorbereitung der Entscheidungen auf die Gutachten seiner wissenschaftlichen Mitarbeiter zurückgreifen kann, vgl. Brun-Otto Bryde, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer (Hg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, 107, S. 111 f.

⁶⁹⁸ Matthias Jestaedt, Verfassungsinterpretation in Deutschland, in: Lienbacher (Hg.), Verfassungsinterpretation in Europa, 2011, 5, S. 25 ausführlich dazu Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 159.

⁶⁹⁹ Auch die Erwartung der Verfassungsmäßigkeit zu erfüllen, eignen sich besonders die Canones der Auslegung, welche das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungsbegründungen zum Einsatz bringt. Zur Bedeutung der klassischen Auslegungsmethoden in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts siehe Michael Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 214 ff.

⁷⁰⁰ Wenngleich ohne die Unterscheidung von Darstellungs- und Herstellungsseite bewusst zu machen, beobachtet dies am Beispiel des Lebach Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 35, 202) auch Ingwer Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, S. 87: „ (...) das Bundesverfassungsgericht hat (...) ein deduktives Hauptschema produziert, mit welchem die Zivilgerichte gebunden werden können für die Anwendung des § 23 KunstUrhG (...)“. Vertreter normativer Argumentationstheorien verstehen die Aufstellung solcher Entscheidungsmaßstäbe als die Ableitung der Prämissen eines Justizsyllogismus aus den anwendbaren Verfassungsprinzipien. Ebenfalls Hans-Joachim Koch; Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 100.

dadurch erspart. Der Rechtsanwender kann bei seiner Interpretationsarbeit sofort bei den der Entscheidung zu entnehmenden abstrakten Rechtssätzen ansetzen. Dadurch verliert die rechtswissenschaftliche Dogmatik einen wichtigen Bestandteil ihrer Rolle bei der Bedeutungskonstitution, da die „Ent-kontextualisierung“ der in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen entwickelten Bedeutungselemente einer Verfassungsnorm oder eines Verfassungsprinzips bereits durch das Bundesverfassungsgericht selbst vorgenommen wird⁷⁰¹.

Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich in seinen Entscheidungsbegründungen in besonderem Maße auf seine eigenen vorausgehenden Entscheidungen⁷⁰². In Bezug genommen werden in der überwiegenden Mehrheit der Entscheidungen wiederum nur die Maßstäbeteile der Vorentscheidungen. Diese werden nicht verarbeitet als Präjudizien, sondern als „*normative Emanationen generell-abstrakter Maßstäbe*“⁷⁰³. Durch die Zitation der in vorausgehenden, eigenen Entscheidungen entwickelten allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze durch das Gericht selbst wird die eigene Deutungshoheit über die Verfassung gestärkt⁷⁰⁴. Diese Selbstreferenz ist zugleich ein zentrales Element der Erhaltung der Kohärenz und Konsistenz des Verfassungsrechtswissens⁷⁰⁵. Während sich die Entscheidung eines konkreten Lebenssachverhalts innerhalb eines Rechtssystems in ihrer Identität nicht wiederholt, wird die Entscheidungsweise auf einer abstrakteren Ebene durch ihre Aufnahme in das Verfassungsrechtswissen wiederholbar gemacht⁷⁰⁶.

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur Begründung der abstrakten Verfassungsrechtsätze des maßstabsbildenden Teils seiner Entscheidungsbegründungen ist hingegen

⁷⁰¹ Vergleiche *Matthias Jestaedt*, Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Vesting (Hg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, 2011, 317, S. 322 f.: „Der Maßstäbeteil (...) fungiert, wie leicht zu erkennen, als das dogmatische Herzstück der Entscheidung, können hier doch die beiden dogmatischen Hauptoperationen – das Dekontextualisieren und das Systematisieren – in voller Reinheit zu Entfaltung gelangen.“

⁷⁰² *Oliver Lepsius*, Entscheiden durch Maßstababildung, in: van Ooyen/Möllers (Hg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2015, 119, S. 124; *Matthias Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 77, S. 148; *Matthias Jestaedt*, *Autorität und Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts*, in: Detterbeck (Hg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, 2009, 513, S. 528.

⁷⁰³ *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159, S. 243.

⁷⁰⁴ *Matthias Jestaedt*, Verfassungsinterpretation in Deutschland, in: Lienbacher (Hg.), *Verfassungsinterpretation in Europa*, 2011, 5, S. 25; *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159, S. 171-175, 200-201.

⁷⁰⁵ Dies als zentrale Funktion der Selbstreferenz beschreibend *Matthias Jestaedt*, *Autorität und Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts*, in: Detterbeck (Hg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, 2009, 513, S. 530.

⁷⁰⁶ Dies beschreibt aus rechtsrhetorischer Sicht *Gräfin Katharina von Schlieffen*, *Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung, Rechtsatheorie* 32 2001, 175, S. 183, welche von der Repräsentation der Aktionen einer rechtlichen Systems in späteren Aktionen spricht.

von den Besonderheiten des konkret zu entscheidenden Sachverhalts stark gelöst⁷⁰⁷. Dies führt zu der weitreichenden Orientierungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen für eine Vielzahl von Entscheidungen. Gleichzeitig reduziert der Abstraktionsgrad der Argumentation im Maßstäbeteil ihre Eignung, die Entscheidung in einem konkreten Fall umfassend zu begründen, erheblich. Als abstrakte Bedeutungsfragmente des Verfassungsrechtswissens können verfassungsgerichtliche Präjudizien nur den Ausgangspunkt einer richterlichen Interpretation darstellen. Die Vereinbarkeit des konkreten richterlichen Interpretationsergebnisses mit dem durch den Präjudizienverweis in Bezug genommenen Verfassungsrechtswissen muss durch weitere juristische Argumente hergestellt werden. Die durch die Verfassungsgerichte entwickelten abstrakten Rechtssätze müssen wieder in den Kontext des der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts gesetzt werden, sollen sie als Präjudizienargumente Überzeugungskraft entwickeln⁷⁰⁸.

Die grundsätzliche Sachverhaltsabhängigkeit der Überzeugungskraft von Präjudizienverweisen folgt aus dem Einzelfallbezug gerichtlicher Entscheidungen⁷⁰⁹. Gerichte treffen nach ihrer Aufgabenzuschreibung im Rahmen der funktionalen Gewaltenteilung keine abstrakt-generellen Regelungen für eine Vielzahl von Fällen, sondern sind zur Entscheidung konkreter Einzelfälle berufen. Gerade in diesem Anwendungsbezug, in der Konfrontation mit der Lebenswirklichkeit, liegt der Kern der Herstellung der Normbedeutung und damit der Entwicklung des gelebten Rechts in der Rechtspraxis. Vor dem Hintergrund der Sachverhaltsabhängigkeit erklärt sich die Kritik an der weitgehenden Lösung vom Sachverhalt in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 159.

⁷⁰⁸ Oliver Lepsius, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza (Hg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, 103, S. 112 ff.; Oliver Lepsius, Entscheiden durch Maßstabbildung, in: van Ooyen/Möllers (Hg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2015, 119, S. 123 ff. Oliver Lepsius, Brauchen wir einen Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen? Replik auf Lothar Michael JZ 2015, 425 ff, JZ 70 (2015), 435, S. 441 f.

⁷⁰⁹ Ausführlich dazu Mehrdad Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 1. Aufl. 2017, S. 202 ff.

⁷¹⁰ Zur dieser Kritik siehe Christoph Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Höfling (Hg.), VVdStRl, 2012, 296, S. 320 ff.; Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, S. 147 f.; Roman Hensel, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, Der Staat 50 (2011), 581, S. 595; Mathias Hong, Ein Gericht oder zwei Gerichte?, Der Staat 54 (2015), 409, S. 418; Antje von Ungern-Sternberg, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 138 2013, 1, S. 1; Lothar Michael, Das Verbot echter Rückwirkung als Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen und eines Kernbereichs der Judikative, Zugleich Erwiderung zu Oliver Lepsius JZ 2014, 488 ff, JZ 70 (2015), 425, S. 433 f. Brun-Otto Bryde, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer (Hg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, 107, S. 112 ff. weist hingegen darauf hin, dass es Aufgabe der Staatsrechtslehre sei, "aus dem konkreten Fall verbindliche Aussagen zu gewinnen, diese aber auch mit Hilfe des konkreten Falles zu relativieren".

Eine umfassende Auseinandersetzung mit den an die Überzeugungskraft von Präjudizienverweisen zu stellenden Kontextualisierungserfordernissen kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht geleistet werden und ist für ihre Zwecke nicht erforderlich. Auf der Grundlage der zuvor erörterten Rechtsverständnisses kann aber festgehalten werden, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts trotz der fehlenden Kontextualisierung in ihren Maßstäbeteilen von der Rechtspraxis als epistemische Autoritäten in Bezug genommen werden. Die Abstraktheit der Darstellung des grundgesetzlichen Maßstabs in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wirkt sich auch auf die Art der Einbindung des Verweises auf fremde Rechtsmaterialien aus.

D. Verfassungsvergleichende Argumentation im Konzept eines offenen Institutionenpositivismus

Vor dem Hintergrund der in den beiden vorausgehenden Abschnitten eingeführten Prämissen wird deutlich, dass ein sinnvoller Umgang mit verfassungsvergleichender Argumentation weder durch eine allgemeine Öffnung der eigenen Rechtsordnung für fremde Rechtswissenselemente noch durch ihre generelle Abschottung gegen diese erreicht wird. Der Prämissenaustausch ermöglicht es, die im ersten Abschnitt dieser Untersuchung nachgezeichneten Vorbehalte gegen Verweise auf fremdes Recht auszuräumen (I.) und die realen Charakteristika verfassungsvergleichender Argumentation zu bestimmen (II.).

Die Einbeziehung fremder Rechtsmeinungen gefährdet weder die Verfassungsbindung der Judikative, noch riskiert sie das Entstehen eines nicht demokratisch legitimierten Richterrechts. Ihre Anerkennung als rechtliches Argument erweitert die Interpretationsfreiheit des Bundesverfassungsgerichts nicht. Die Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen führt zu einem Perspektivwechsel vom Vorgang der Vergleichung hin zur behaupteten Gleichsetzung mit oder Kontrastierung von fremdem Verfassungsrecht. Sie erlaubt es, die argumentative Funktion des Verweises auf fremdes Verfassungsrecht in der Entscheidungsbegründung zu erfassen. So kann aufgezeigt werden, dass komparative Argumente – unabhängig davon, ob sie zur Bekräftigung der eigenen Lösung oder als Negativbeispiel herangezogen werden – der *Steigerung der Überzeugungskraft* der richterlichen Entscheidungsbegründung dienen.

Die Überzeugungskraft verfassungsvergleichender Argumente verlangt deren Kontextualisierung. Dies folgt zum einen bereits aus der Abhängigkeit der Bedeutung der Begriffe des fremden Verfassungsrechts vom Verfassungsrechtswissen der fremden Rechtspraxis. Zum anderen wird durch die Richter des Bundesverfassungsgerichts selbst sowie durch die

Rechtswissenschaft die Forderung der Kontextualisierung erhoben. Überlegungen zu Anforderungen an die Kontextualisierung fremder Wissens Elemente verdeutlichen, dass auch für die hinreichende Übereinstimmung oder Abweichung verfassungsrechtlicher Kontexte keine abstrakten Kriterien aufgestellt werden können (III.). Vielmehr können Kontextkorrespondenz oder -differenz im Einzelfall argumentativ hergestellt werden oder auf anerkannten Vermutungen fußen.

Das Abrücken von rechtspositivistischen Prämissen ermöglicht die Anerkennung des Verweises auf fremdes Verfassungsrecht als *rechtliches Argument*. Dennoch beschränken die Rechtmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwartungen der Rechtspraxis das Gewicht komparativer Argumente. Die Rechtsmeinungen eines fremden Gerichts können nicht dieselbe Überzeugungskraft entwickeln wie die Autoritäten der eigenen Rechtsordnung. Weil sie einem fremden rechtlichen Wissensgefüge entstammen, besteht keine Pflicht für das Bundesverfassungsgericht, sie zu berücksichtigen (IV.).

I. Konsequenzen des Prämissenaustauschs für die Diskussion des Verweises auf fremdes Verfassungsrecht

Das entscheidende positivistische Kriterium für die Richtigkeit einer Norminterpretation ist deren Vereinbarkeit mit der dem Normtext „entnommenen“ Bedeutung selbst⁷¹¹. Die hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsvergleichung – vor allem in den USA unter dem Stichwort der „*countermajoritarian difficulty*“ – diskutierten Fragen demokratischer Legitimation beruhen auf dem Glauben an eine – zumindest weitestgehend – objektiv ermittelbare Bedeutung legislativ erzeugter Normen und der hinter ihnen stehenden Wertungen. Dasselbe gilt für die Position, die Praxis richterlicher Verfassungsvergleichung verstoße gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, da sie dem Richter gesetzgeberische Befugnisse verleihe.

Mit der Abkehr von dieser Vorstellung entfällt der objektive Maßstab dafür, wann die Gerichte sich über den in den Gesetzen zum Ausdruck kommenden Mehrheitswillen hinwegsetzen⁷¹². Wird anerkannt, dass die Normbedeutung stets erst in der Rechtspraxis entstehen kann, verliert der Vorwurf der Erweiterung richterlicher Interpretationsfreiheit durch die Methode der Verfassungsvergleichung seine Plausibilität. Bei einem realistischen Rechtsverständnis ist

⁷¹¹ Ähnlich bereits *Jens Dammann*, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, *Saint Thomas Law Review* 14 (2002), 513, S. 557. Diesem zufolge beruht die Unfähigkeit positivistischer Interpretationstheorien, die normative Relevanz rechtsvergleichender Argumentation zu erfassen gerade in der Gleichsetzung der Kriterien für die Richtigkeit einer Interpretation mit dem Interpretationsergebnis.

⁷¹² Allgemein zu der Tatsache, dass die Rechtsprechung selbst die Kriterien zwischen bloßer Machtanmaßung und Rechtsanwendung herstellen muss vgl. *Alexander Somek; Nikolaus Forgó*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, 1996, S. 62 ff.; Vergleiche auch *Benjamin Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, 1. Aufl. 2011, S. 189

handlungsanleitend in der gerichtlichen Entscheidungspraxis das Rechtswissen der Rechtspraxis, nicht der als solcher bedeutungsleere „Buchstabe des Gesetzes“. Da die richterliche Entscheidungspraxis über das internalisierte Rechtswissen stets über den Einzelfall hinauswirkt, ist eine schematische Trennung judikativer und legislativer Aufgaben anhand der Gegensatzpaare abstrakt-konkret und generell-individuell nicht möglich. Die Bindung an das Gesetz kann keine Grundlage der sachlichen demokratischen Legitimation richterlicher Entscheidungen darstellen⁷¹³. Die zu Beginn der Untersuchung beschriebene Diskussion zwischen objektiver und subjektiver Theorie verliert bereits ihren Anknüpfungspunkt, weil weder *der* Wille des Gesetzgebers noch *der* Zweck des Gesetzes erkannt werden können⁷¹⁴.

Beruhend auf diesen Prämissen eines realistischen Rechtsverständnisses ist auch die Begrenzung des Nutzens verfassungsvergleichender Erwägungen auf einen als abgrenzbar verstandenen Bereich der Rechtsfortbildung nicht überzeugend. Was von der herrschenden Methodenlehre als Rechtsfortbildung oder Verfassungswandel beschrieben wird, konnte als besonders offensichtlicher Fall der Modifizierung des Rechtswissens erkannt werden. Um eine Situation, in der der Richter ausnahmsweise als „Ersatzgesetzgeber“ und deshalb wie dieser rechtsvergleichend tätig wird, handelt es sich bei realistischer Betrachtung nicht.

Die gegen die judikative Verwendung verfassungsvergleichender Argumente erhobene Kritik der Willkürlichkeit wird bei einem realistischen Rechtsverständnis durch die Einsicht entkräftet, dass eine abstrakte Festlegung von im Einzelfall richtigen Argumenten allgemein unmöglich ist. Die Auswahl der Rechtsordnungen, auf die der Richter in einer bestimmten Entscheidungsbegründung Bezug nimmt, erfolgt wie jede Argumentation notwendig aufgrund subjektiver Erwägungen des entscheidenden Richters. Der Versuch, abstrakte Kriterien für die Auswahl relevanter Rechtsordnungen aufzustellen, wie etwa das Ansehen des fremden Gerichts, sprachliche Gemeinsamkeiten oder eine gemeinsame Rechtstradition, scheidet an der Realität selektiver Bezugnahme auf fremdes Verfassungsrecht⁷¹⁵. Der Erfolg rechtlicher Argumente wird stets durch die Rechtspraxis beurteilt. Aufgrund der Eigenrationalitäten des juristischen Diskurses folgt daraus jedoch gerade keine Willkürlichkeit, sondern eine flexible Bindung der Diskursteilnehmer.

⁷¹³ Dazu, dass die richterliche Rechtsfortbildung nicht am Maßstab demokratischer Legitimation kontrollierbar ist, siehe ausführlich *Phillipp Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentgesetz*, 2017, S. 91 ff.

⁷¹⁴ So decken aus nachpositivistischer Sicht auch *Somek* und *Forgó* die moralische und politische "Selbstentlastung" durch den Rückbezug auf eine dem Gesetz zu entnehmende Bedeutung auf vgl. *Alexander Somek*, *Rechtliches Wissen*, 1. Aufl. 2006, S. 69.

⁷¹⁵ So, bezogen auf die judikative Verfassungsvergleichung allgemein, auch bereits *Ran Hirschl*, *Comparative matters*, 1. Aufl. 2014, S. 68 ff.

Die Gefahr einer Lockerung der Verfassungsbindung besteht hingegen nicht, solange die Rechtspraxis an der Erwartung der Verfassungsmäßigkeit gerichtlicher Entscheidungen festhält und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an dieser misst. Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an das nationale Verfassungsrecht setzt der argumentativen Funktion der Verfassungsvergleichung somit Grenzen⁷¹⁶. Dass es sich dabei nicht um objektiv feststellbare, sondern wandelbare und fortlaufend zu ermittelnde Grenzen handelt, ist ein Kennzeichen der Eigenrationalität des juristischen Diskurses.

Das Bundesverfassungsgericht muss die Rückbindung seiner Entscheidung an das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab in der Entscheidungsbegründung auch dann darstellen, wenn der Maßstab der Entscheidung erst durch diese selbst geschaffen wird. Dies wirkt sich auf die Art der Einbeziehung fremder Rechtsmeinungen aus, welche nie eine alleinstehende Begründung für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung darstellen können⁷¹⁷. Es muss bei dem Verweis zum Ausdruck gebracht werden, dass die in Bezug genommene fremde Rechtsmeinung, obwohl deren Maßstab, also das fremde Verfassungsrecht, nicht zugleich den Maßstab der eigenen Entscheidung bildet, für die Auslegung der eigenen Verfassung Relevanz besitzt.

Weil die Verwendung verfassungsvergleichender Argumente nicht der Erfüllung der Erwartung der Verfassungsbindung der Judikative dienen kann, kann ihre Anerkennung als juristisches Argument nur in ihrer Fähigkeit begründet sein, die Überzeugungskraft einer richterlichen Entscheidung zu steigern, die sich als Auswahl zwischen mehreren rechtlich richtigen Lösungen darstellt. Überprüfbar aus der Außenperspektive ist dabei allein die Anschlussfähigkeit des Interpretationsergebnisses an das Rechtswissen der Praxis.

Die zu Beginn der Untersuchung aufgezeigte methodische Kritik an richterlicher Rechtsvergleichung als zu oberflächlich, zu selektiv und zu anfällig für Missverständnisse beruht auf der inzidenten Annahme, methodisch korrekte – rechtswissenschaftliche sowie richterliche –

⁷¹⁶ Denn das Argumentieren mit Verfassungsrecht, Verfassungsrechtsprechung und Literatur fremder Staaten hat sich, wie dies für jeden Auslegungsgesichtspunkt gilt, auszuweisen als »Bindung« an die Verfassung. So *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 904. Ähnlich auch bereits „*Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 99 1974, 193, S. 203; *Bernhard Großfeld*, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, 1984, S. 33; *Bernd Wieser*, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2006, S. 34 f.; *Wieser* sieht als Grenz die Eindeutigkeit der Verfassung, während *Thomas Coendet*, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 147 richtig zu bedenken gibt, dass die Eindeutigkeit sich erst im Wege der Interpretation ergeben kann.

⁷¹⁷ So stellt *Sauer* richtig fest, dass die Überzeugungskraft einer Verfassungsinterpretation nie alleine aus der Übereinstimmung mit den Rechtsmeinungen anderer Verfassungsgerichte abgeleitet werden kann, vgl. *Heiko Sauer*, *Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht*, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 194, S. 199.

Rechtsvergleichung setze die „richtige“ Erkenntnis des fremden Rechts voraus⁷¹⁸. Auf der Grundlage der Einsichten aus den vorausgehenden Untersuchungsabschnitten ist jedoch erkennbar, dass ein richtiges Verständnis des fremden Rechts aus der Perspektive des eigenen Recht nicht möglich ist. Der Rechtsanwender kann das fremde Recht stets nur ausgehend von der eigenen Wissensbasis verstehen, womit sich sein Verständnis notwendig von demjenigen der Teilnehmer der fremden Rechtspraxis unterscheidet.

Das „objektiv richtige“ Verständnis fremder Verfassungsbestimmungen kann aber schon deshalb keine Voraussetzung für die Überzeugungskraft fremder Rechtsmaterialien als Argumente darstellen, weil dies für die nationale Rechtspraxis nicht überprüfbar ist. Dem vergleichenden Juristen fehlt die Wissensgrundlage für das Verständnis des fremden Verfassungsrechts. Er hat weder umfassenden Einblick in das fremde Verfassungsrechtswissen, noch verfügt er über das dessen Herstellungsprozesse prägende – als Teilnehmer gesellschaftlicher Kommunikation zu erwerbende – Vorwissen⁷¹⁹. Die Kenntnis der Bedeutung der fremden Rechtsbegriffe fehlt ihm, weil er an der Bedeutungskonstitution durch die fremde Rechtspraxis nicht teilnimmt und deren Wissen auch nicht im Rahmen seiner juristischen Ausbildung erlangt hat. Das Ausgehen vom eigenen Rechtswissen ist unvermeidbar, da es zu jeder Interpretationstätigkeit einer Wissensgrundlage bedarf, um die Bedeutung einer sprachlich gefassten – präjudiziellen oder gesetzlichen – Rechtsnorm überhaupt erfassen zu können. Ausgangspunkt der Interpretation auch einer fremden Rechtsnorm ist deshalb primär das Rechtswissen der eigenen Rechtsordnung sowie das Vorwissen des Interpreten⁷²⁰.

Auch fremde Rechtsmaterialien kann der entscheidende Richter nur ausgehend von *seinem* Vorverständnis und *seiner* rechtlichen Wissensbasis – erworben in der nationalen Rechtspra-

⁷¹⁸ *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 34: „Es geht bei der Rechtsvergleichung also immer darum, Erkenntnisse aus der Heranziehung anderer nationaler Rechtsordnungen als Vergleichsgegenstand zu gewinnen, um die eigene oder eine übergeordnete Rechtsordnung zu fördern.“ Siehe auch *José Martínez*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsbund, in: *Calliess* (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 156 f.; *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 904; *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 156 f. jedenfalls für die von ihr aufgestellte Kategorie der dialogischen Interpretation.; allgemein zur Voraussetzung eines richtigen Verständnisses des fremden Rechts und seiner Methoden siehe *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 1. Aufl. 2019, S. 171 ff.

⁷¹⁹ Ähnlich zu den Auswirkungen der Sozialisierung innerhalb unterschiedlicher Gesellschaften bereits *Susanne Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 2004, 735, S. 745 ff.

⁷²⁰ Auch die Vertreter der funktionalen Rechtsvergleichung erkennen entgegen der Kritik die Kontextabhängigkeit der Bedeutung rechtlicher Normen und die darausfolgende Irrelevanz eines Textvergleiches an. Siehe auch *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 344. Dieser ordnet die funktionelle Methode sogar als „kontextualistischen Ansatz“ ein.

xis und als Teilnehmer (vorrangig) an der nationalen gesellschaftlichen Kommunikation – interpretieren⁷²¹. Während für den französischen Juristen selbstverständlich ist, dass der Käufer eines Fahrzeugs nach Abschluss des „*contrat de vente*“ auch der Fahrzeugeigentümer ist, fehlen für den deutschen Juristen noch die Einigung und Übergabe auf dinglicher Ebene. Obwohl der zugrundeliegende tatsächliche Vorgang derselbe ist und die Begriffe „*contrat de vente*“ und „Kaufvertrag“ als sprachliche Äquivalente erscheinen, unterscheiden sich die Rechte und Pflichten des Käufers nach dem Autokauf in beiden Rechtsordnungen⁷²². Das hinter der Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft stehende Abstraktionsprinzip beeinflusst das deutsche Konzept des Kaufvertrages, ohne dass dies anhand des Begriffes selbst erkennbar würde.

Die Sozialisierung in der französischen Rechtspraxis macht es für den französischen Juristen – ohne die Wahrnehmungsschemata der deutschen Rechtspraxis – unmöglich, diese Trennung wahrzunehmen. Er kann mit den nötigen Sprachkenntnissen den Begriff „Kaufvertrag“ zwar übersetzen, jedoch folgt dem übersetzten Begriff nicht sogleich das hinter dem ursprünglichen Begriff stehende Konzept. Es geht verloren, da der Rechtsanwender das französische Konzept des „*contrat de vente*“ mit dem übersetzten deutschen Begriff verknüpft, weil er in der Bedeutungsbestimmung durch die französische Rechtspraxis verhaftet bleibt. Ein mit dem der eigenen Rechtspraxis identisches rechtliches Konzept existiert in keinem anderen Wissensgefüge⁷²³. Ein Rechtskonzept lässt sich nicht übersetzen, es muss verstanden werden⁷²⁴.

Bei der Verwendung eines juristischen Begriffes im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird zugleich stets das hinter dem Begriff stehende rechtliche Konzept mitvermittelt bzw. gedanklich vorausgesetzt⁷²⁵. Die Übersetzungsprobleme sind noch größer, versucht man Begriffe aus in eine andere Rechtstradition zu übersetzen, so zum Beispiel aus der Terminologie des Common Law in die Terminologie des Civil Law⁷²⁶. Diese Problematik besteht jedoch ebenso,

⁷²¹ So meint etwa *Trantas* trotz grundsätzlicher Anerkennung "des hermeneutischen Problems des Vorverständnisses", dieses könne der Rechtsvergleicher ablegen: "Somit obliegt dem Rechtsvergleicher die Aufgabe der methodologischen Aufrichtigkeit, solche persönlich geprägten Vorverständnisse zu eliminieren." *Georgios Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öffentlichen Rechts, 1998, S. 54.

⁷²² Dieselbe Problematik am Beispiel von "lease" und "bail" verdeutlichend *Olivier Moreteau*, Les frontières de la langue et du droit : vers une méthodologie de la traduction juridique., *Revue internationale de droit comparé* 61 (2009), 695, S. 707.

⁷²³ Mit dem Beispiel des Konzepts der "rule of law" und des "principe de légalité" siehe *Ruth Sefton Green*, Compare and Contrast, *Revue internationale de droit comparé* 54 2002, 85, S. 92 f.

⁷²⁴ In diesem Sinne auch *Olivier Moreteau*, Les frontières de la langue et du droit : vers une méthodologie de la traduction juridique., *Revue internationale de droit comparé* 61 2009, 695, S. 712.

⁷²⁵ So auch bereits *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur (Hg.), *Präjudiz und Sprache*, 2008, 28, S. 40 f.

⁷²⁶ Siehe *Olivier Moreteau*, Les frontières de la langue et du droit : vers une méthodologie de la traduction juridique., *Revue internationale de droit comparé* 61 2009, 695, S. 705 ff. Besonders bekannter Kritiker der Über-

wenn die Rechtssprachen zweier Rechtsordnungen auf derselben natürlichen Sprache beruhen⁷²⁷ – der schweizerische Rechtsbegriff des Besitzes hat etwa nicht dieselbe Bedeutung wie der semantisch identische deutsche Begriff⁷²⁸, auch der Begriff der Gewalt wird im deutschen und österreichischen Strafrecht unterschiedlich genutzt⁷²⁹. Ebenso ergibt sich in der Vorstellung einer deutschen Nichtjuristin ohne Vorbildung im deutschen Recht schon aus dem Kaufvertrag, dass das Auto ihr „gehört“. Gerade dieses Nicht-Verstehen-Können semantisch identischer Begriffe verdeutlicht letztlich, dass es eine Bindung an den Wortlaut als solchen nicht gibt⁷³⁰.

Verfassungsnormen sind aufgrund ihrer erhöhten Interpretationsoffenheit besonders durch kulturelle, historische und wirtschaftliche Umstände der Bedeutungskonstitution geprägt⁷³¹. In der gerichtlichen Praxis ist jedoch die Versuchung besonders groß, wegen äquivalent erscheinender Rechtsbegriffe auf deren Bedeutungsidentität zu schließen. Verfassungsprinzipien, welche sich begrifflich ähnlich in fast allen demokratischen Verfassungsordnungen finden lassen, können zu falschen Identitätsannahmen verführen. So etwa der Annahme, der Gewährleistungsgehalt des Rechtsstaatsprinzips in der deutschen Rechtsordnung entspreche inhaltlich demjenigen in der französischen oder englischen Rechtsordnung⁷³². Besonders bei offenen Verfassungsprinzipien mit begrifflichen Entsprechungen in allen europäischen Staaten wie dem Rechtsstaatsprinzip mit unter anderem den Entsprechungen „*état de droit*“, „*rule of law*“

tragung rechtlicher Konzepte aus dem Common Law in das Civil Law oder andersherum ist Legrand, vgl. etwa *Pierre Legrand*, *European Legal Systems Are Not Converging*, *International & Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 52, S. 75: „... *I wish to argue ... that the common law and the civil law cannot ever reach perfect understanding between each other.*“

⁷²⁷ So weist auch Esser bereits darauf hin, dass dogmatische Figuren nicht "unveränderliche Bausteine (sind), sondern mit den Systemen wechselnde Ausdrucksmittel für bestimmte, dem historischen Wandel der Institutionen folgende Aufgaben". *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 324 f.

⁷²⁸ *Rodolfo Sacco*; *Jacob Joussen*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl. 2011, S. 37 f.

⁷²⁹ Mit einer Gegenüberstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des BGH und BVerfG und der Begriffsverwendung in der österreichischen Rechtspraxis siehe *Alexander Somek*; *Nikolaus Forgó*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, 1996, S. 213 ff.

⁷³⁰ *Theo Öhlinger*, *Vom Sinn und Nutzen der Verfassungsvergleichung*, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hg.), *Reflexionen zum internationalen Verfassungsrecht*, 2005, 11, S. 20: „Den Wortlaut nicht in Frage zu stellen, weil damit die Eindeutigkeit des Rechts vermindert werde, beruht in Wahrheit auf einer in den Wortlaut hineinprojizierten Klarheit, die die Sprache des Rechts tatsächlich nicht zu leisten vermag. Die Verfassungsvergleichung zerstört diese bequeme, aber letztlich nicht haltbare Position.“

⁷³¹ *Sebastian Müller-Franken*, *Verfassungsvergleichung*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 902 f.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße?*, in: Blankenagel/Häberle (Hg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, 2004, 355, S. 362: „*Freilich kann die Implementation derselben Normtexte regelmäßig durch die politischen, historischen und kulturellen Traditionen („Kontexte“) eines Landes so eingefärbt sein, dass es zu Formen einer unterschiedlichen Verfassungspraxis bei textidentischen Verfassungsnormen kommen kann.*“ Ebenso *Christian Calliess*, *Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, in: Calliess (Hg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund*, 2007, 187, S. 235.

⁷³² *Christoph Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 2010, 6, S. 24 f.

oder „*estado de derecho*“ divergieren die hinter den Begriffsäquivalenten stehenden Gewährleistungsgehalte⁷³³. Die Ausprägung einzelner in den meisten Rechtsordnungen anerkannter Aspekte des Rechtsstaatsprinzips wie des Vorrangs des Gesetzes weist in Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Werten und historischen Gegebenheiten Bedeutungsunterschiede auf⁷³⁴. Bei Zugrundelegung des hier dargestellten realistischen Rechtsverständnisses ist offenkundig, was bereits *Smend* formulierte: „*Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, meinen sie nicht dasselbe*“⁷³⁵.

Auch das Menschenrechtssystem unterschiedlicher Verfassungsordnungen ist von der jeweiligen sozio-ökonomischen Situation abhängig. Welchen Grundrechten größere, welchen geringere Bedeutung beigemessen wird oder wie die Funktionen von Grundrechten allgemein bestimmt werden, hängt unter anderem von der politischen und wirtschaftlichen Situation in einem Verfassungsstaat ab⁷³⁶. So enthalten beispielsweise die Verfassungen vieler junger Demokratien explizit als subjektive Rechte durchsetzbare „soziale Grundrechte“, deren Gewährleistungen in vielen westlichen Verfassungsstaaten höchstens im Rahmen anderer Grundrechte Berücksichtigung finden können⁷³⁷. Dennoch werden Konvergenzbewegungen auf dem Gebiet der Menschenrechte beobachtet, die mit dem Erstarken inter- und supranationaler Menschenrechtssysteme, in Europa insbesondere der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, zusammen-

⁷³³ Zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten zwischen dem deutschen "Rechtsstaat" und dem französischen "état de droit" siehe *Yvan Vilain*, § 3 Verfassungsprinzipien, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hg.), *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, 46, S. 94 ff.; Die "rule of law" und die kontinentaleuropäischen Konzepte des "Rechtsstaats" und des "état de droit" gegenüberstellend *Rainer Grote*, *Rule of Law, Rechtsstaat and »Etat de droit«*, in: v. Starck (Hg.), *Constitutionalism, universalism and democracy*, 1999, 270, S. 269 ff.; Zum spanischen „Estado de Derecho“ aus vergleichender Perspektive siehe *Jorge de Esteban; Pedro José González-Trevijano Sánchez*, *Curso de Derecho Constitucional Español*, 1993, S. 170 ff.; ebenfalls Unterschiede zwischen den verschiedenen Konzeptionen feststellend *Peter Huber*, § 6 Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, 1–113, S. Rz 93–101

⁷³⁴ Zur historischen Prägung rechtsstaatlicher Grundsätze in Deutschland, Frankreich und England *Rainer Grote*, *Rule of Law, Rechtsstaat and »Etat de droit«*, in: v. Starck (Hg.), *Constitutionalism, universalism and democracy*, 1999, 270.

⁷³⁵ *Rudolf Smend*, *Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*, *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 1 (1951), 1, S. 4.

⁷³⁶ *Susanne Baer*, *Verfassungsvergleich und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 2004, 735, S. 742 f. Etwa die Wirkung von Grundrechten auch in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten spielt in Gesellschaften eine Rolle, in denen den Bürgern grundsätzlich eine große Betätigungsfreiheit im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bereich zukommt, da erst in einer solchen Situation ein entsprechendes Schutzbedürfnis vor freiheitsrelevantem Handeln Privater entsteht.

⁷³⁷ Zur Abhängigkeit der Grundrechtskataloge von der sozio-ökonomischen Situation eines Verfassungsstaates vergleiche auch *Francois Venter*, *Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-Making*, *Verfassung und Recht in Übersee* 41 2008, 16, S. 25; siehe auch *Susanne Baer*, *Verfassungsvergleich und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 2004, 735, S. 742.

hängen⁷³⁸. Gerade diese Beobachtung eines *Prozesses* der Angleichung ist zugleich ein Beleg dafür, dass der Gehalt menschenrechtlicher Gewährleistungen a priori durch die nationale Rechtspraxis bestimmt wird.

II. Neue Weichenstellungen für eine Methodik der verfassungsvergleichenden Argumentation

Klassische Methodenvorschläge für die richterliche Verfassungsvergleichung beruhen auf der Fehlvorstellung, diese verfolge das Ziel der richtigen Erkenntnis des fremden Rechts⁷³⁹. Während jedoch die wissenschaftliche Rechtsvergleichung, wie in Abschnitt A.II. dargestellt, Erkenntniszielen dient, will das auf fremdes Verfassungsrecht verweisende Bundesverfassungsgericht die Begründung der eigenen Entscheidung argumentativ bestärken. Bereits aufgrund des Wechsels von der Herstellungs- auf die Darstellungsseite geht aber die Qualität der Zitiation fremder Präjudizien oder anderer Rechtsmaterialien in der Entscheidungsbegründung über die einer „Selbstvergewisserung“ oder einer rein inspirativen Wirkung hinaus. Sie dient der argumentativen Stützung des eigenen Interpretationsergebnisses und muss daher wie jedes rechtliche Argument den Anforderungen der Rechtspraxis an juristische Argumentation genügen⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Christoph Grabenwarter, § 169 Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Dederer/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, 2009, 1–57, S. Rz 45–57; zu Austauschbewegungen zwischen verschiedenen europäischen Verfassungsordnungen siehe Ingolf Pernice, Theorie und Praxis des europäischen Verfassungsverbundes, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 61, S. 71; Heiko Sauer; Mehrdad Payandeh, Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherheitsverwahrung, Jura 4 (2010), 289, S. 296

⁷³⁹ Dies verdeutlicht etwa die folgende Aussage von Mayer, welche die Aspekte der Steigerung der Autorität und der Verbesserung der Verständnis des eigenen durch das fremde Recht vermischt: „Grundsätzlich in Frage gestellt wird die Sinnhaftigkeit von Rechtsvergleichung heute schon deswegen nicht mehr, weil sie bei allen Schwierigkeiten auch eine Reihe von mittlerweile weithin anerkannten Vorzügen bietet, die auch für das öffentliche Recht gelten: Neben dem Effizienz- und Autoritätsgewinn für das eigene Recht, der aus dem Abgleich mit dem Recht anderswo folgen kann, trägt Rechtsvergleichung zum Verständnis des Rechts und seiner Natur und zu seiner Fortentwicklung bei – mit einem Wort: *besseres Recht*“. Vergleiche Franz C. Mayer, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 167, S. 183

⁷⁴⁰ So im Ergebnis auch Stefan Martini, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 567, der richtig feststellt: "Ist komparative Argumentation erst einmal in die Darstellung der Entscheidung aufgenommen, hat sie sich den Maßstäben argumentativer Qualität zu unterwerfen wie andere Argumentationspartikel auch."; auch Andrea Lollini, Legal argumentation based on foreign law, Utrecht Law Review 3 2007, 60, S. 66: "In order to buttress a certain interpretation, judges assert that it corresponds, falls in line or coincides with the interpretation of a foreign judge. The interpretation precedes the citation of foreign cases."

1. Unterscheidung zwischen Verfassungsvergleichung und verfassungsvergleichender Argumentation

Dass viele Untersuchungen die argumentative Funktion der richterlichen Verfassungsvergleichung nicht explizit betrachten, rührt daher, dass sie grundsätzlich nicht zwischen Interpretation und Argumentation unterscheiden. Die Erkenntnis, dass verfassungsvergleichende Argumentation – wie juristische Argumentation im Allgemeinen – dem subjektiven richterlichen Interpretationsvorgang als dessen Begründung nachgeschaltet ist, muss bei der Bestimmung des Begriffes der verfassungsvergleichenden Argumentation berücksichtigt werden. Der Vergleich mit fremden Lösungen soll im klassischen Verständnis ein Instrument für den Richter darstellen, die beste Lösung für die eigene Rechtsordnung zu finden⁷⁴¹.

Es bedarf aber einer Differenzierung zwischen dem Vorgang der Verfassungsvergleichung und verfassungsvergleichender Argumentation. Denn ein (verfassungs-)vergleichendes Argument spiegelt nicht einen Vergleichsvorgang wider, sondern behauptet ein Vergleichsergebnis.

Die Beschäftigung des Richters mit dem Lösungsreservoir fremder Rechtsordnungen kann auch bereits das Ergebnis seiner Interpretation der Normen des eigenen Rechts im Vorgang der *Herstellung* beeinflussen⁷⁴². So ist möglich, dass der nationale Verfassungsrichter im Interpretationsvorgang durch sein Verständnis von der Rechtsprechung anderer Verfassungsgerichte beeinflusst ist, ohne dass dies in der Entscheidungsbegründung sichtbar wird⁷⁴³. Solche Kenntnisse können beispielsweise durch einen Forschungsaufenthalt oder ein Studium im Ausland erworben oder aber durch zielgerichtete Recherche anlässlich eines konkreten Sachverhalts erarbeitet worden sein. Unabhängig von der Art des Kenntniserwerbs erfüllt diese Heranziehung fremder Rechtsmaterialien aber nie eine argumentative Wirkung, da sie auf der Herstellungsseite verbleibt.

Die rechtsvergleichende Tätigkeit des Richters wird in der Entscheidung (zumeist) nicht erkennbar sein, wenn es an einem entsprechenden Hinweis in der Entscheidungsbegründung fehlt. An Fälle inspirativer Verfassungsvergleichung im *process of discovery* können von der juris-

⁷⁴¹ Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, 2006, S. 198.

⁷⁴² Siehe Jens Dammann, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, *Saint Thomas Law Review* 14 2002, 513, S. 522 f.

⁷⁴³ Siehe nur Stefan Martini, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 59 ff. Dieser vermutet, rechtsvergleichende Erwägungen fänden auf der Seite der Herstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts weitaus häufiger vor als offene Verweise in den Entscheidungsbegründungen dies vermuten ließen. .

tischen Methodenlehre keine methodischen Anforderungen gestellt werden⁷⁴⁴. Die Annahme, der Richter könne auch durch eine „falsch“ verstandene⁷⁴⁵ fremde Entscheidung zu einer überzeugenden Lösung für das eigene Recht gelangen – zu dieser „inspiriert“ sein –, ist richtig⁷⁴⁶. Denn die für das durch den Verfassungsvergleich inspirierte Interpretationsergebnis – die neue Sprachgebrauchsweise – angeführten Argumente müssen nicht die Vereinbarkeit mit dem *fremden*, sondern mit dem *eigenen* Verfassungsrechtswissen argumentativ gültig darstellen. Ob die fremde Lösung, wie der Richter sie auf der Grundlage seines eigenen – in der nationalen Rechtspraxis erworbenen – Rechtswissens verstanden hat, sich kohärent in das Wissensgefüge der Ursprungsrechtsordnung einfügen könnte, ist irrelevant. Die durch verfassungsvergleichende Überlegungen gefundene fremde Lösung ist in diesem Fall eine *Interpretationshilfe* für den Richter, kein rechtliches Argument⁷⁴⁷.

Entscheidend ist allein, dass die übernommene fremde Lösung innerhalb der eigenen Rechtsordnung funktioniert⁷⁴⁸. Unterscheidet sich das Gesamtgefüge der fremden Rechtsordnung zu drastisch von demjenigen der zitierenden Rechtsordnung, fehlt regelmäßig die Grundlage für die erfolgreiche Übertragung. So wäre wohl der Verweis auf das deutsche Verständnis des Vorbehalts des Gesetzes gehaltlos, erfolgte er durch die Gerichte einer Rechtsordnung, der die Gesetzesbindung der Exekutive fremd ist. Zudem zeigt die postkolonialistische Erfahrung der 70er Jahre, dass auch die „Transplantation“ eines vollständigen Verfassungsmodells Abstoßungsreaktionen ausgesetzt sein kann: Die in afrikanische und asiatische Staaten übertragenen Verfassungen französischen oder britischen Vorbilds wurden innerhalb weniger Jahre, im

⁷⁴⁴ Jens Dammann, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, Saint Thomas Law Review 14 2002, 513, S. 522 f.

⁷⁴⁵ „Falsch verstanden“ ist die fremde Lösung möglicherweise aus Sicht der fremden Rechtsordnung, da sie in dieser eine andere Funktion erfüllt oder anderen Voraussetzungen unterliegt als in der eignen rezipierenden Rechtsordnung. Aus Sicht der eigenen Rechtsordnung ist eine solche Bewertung hingegen nicht möglich, weil die fremde Lösung nur aus diesen heraus verstanden werden kann.

⁷⁴⁶ Michal Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 246: „*A judge can become inspired usefully and for the future workably even if completely misreading the foreign model. What is needed is an idea presumably compatible with the domestic legal environment. Whether such a distilled idea is indeed present in the original legal system is of little relevance, provided that judges look for functional inspiration, not foreign authority for the purpose of representation.*“ Ähnlich Brun-Otto Bryde, *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*, Tulane Law Review 80 2005, 203, S. 214.

⁷⁴⁷ Verfassungsvergleichende Argumentation wird jedoch häufig als ein solches Hilfsmittel beschrieben, etwa von Jörg Manfred Mössner, *Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung*, Archiv des öffentlichen Rechts 99 1974, 193, S. 193, 203 Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, Harvard Law Review 119 (2005), 109, S. 109.

⁷⁴⁸ Michal Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013, S. 247: „*What is relevant is whether the solution taken and adapted from the donor system functions in the recipient. To take the idea to its metaphorical extremes: judicial comparative inspiration is a success even if what has been originally cut out was liver, but within the recipient it starts functioning as kidney, as long as it works and makes itself useful.*“ Bobek selbst begrenzt diese Annahme jedoch auf die Fälle der rein inspirativen Nutzung der Rechtsvergleichung durch den Richter und will an die argumentative Nutzung ebenfalls erhöhte Anforderungen stellen.

Falle afrikanischer Staaten durch Militärregime oder Ein-Parteiensysteme, im Falle asiatischer durch autoritäre oder Militärregime, ersetzt⁷⁴⁹.

Auch verfassungsrechtliche Methodik wird teilweise zwischen verschiedenen Verfassungsstaaten „übertragen“⁷⁵⁰. So ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach deutschem Vorbild heute ein Element der verfassungsrechtlichen Methoden einer Vielzahl von Verfassungsstaaten⁷⁵¹. Ebenso orientierten sich die Autoren neuer Verfassungen regelmäßig am Verfassungsrecht etablierter Verfassungsordnungen wie der USA oder Frankreich⁷⁵². In solchen Fällen erfolgt jedoch kein Verweis auf die fremde Verfassungsordnung, die Tatsache der Orientierung an fremden Konzepten oder Arbeitstechniken oder der Inspiration durch diese wird nicht *argumentativ* genutzt, sondern Elemente des fremden Verfassungsrechtswissens innerhalb des eigenen Rechtsdiskurses in das eigene Wissensgefüge eingepasst. Hingegen soll bei der argumentativen Heranziehung fremder Rechtsmaterialien eine eigene neue Sprachgebrauchsweise gestützt werden, die Orientierung am Fremden also nach außen erkennbar werden⁷⁵³.

Die zur Beschreibung der Inspirationswirkung der Rechtsvergleichung herangezogene Metapher der Organtransplantation eignet sich daher nicht zur Beschreibung der Wirkungsweise verfassungsvergleichender *Argumentation*. Diese ist darauf angewiesen, das fremde Recht als fremdes in Bezug nehmen zu können. Ein verfassungsvergleichendes Argument setzt das Be-

⁷⁴⁹ Brun-Otto Bryde, Constitutional Law in "old" and "new" Law and Development, *Verfassung und Recht in Übersee* 41 (2008), 10, S. 10 ff.

⁷⁵⁰ Die Übertragung ist durch ihre weitgehende Unabhängigkeit von einzelnen Verfassungsinhalten generell vermutlich sogar erleichtert, da sie sich in ein fremdes Wissensgefüge besser einfügen lässt; so auch *Anna-Bettina Kaiser*, "It Isn't True that England Is the Moon": Comparative Constitutional Law as a Means of Constitutional Interpretation by the Courts?, *German Law Journal* 18 2017, 293, S. 308.

⁷⁵¹ *Vlad Perju*, Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations, in: Rosenfeld/Sajó (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2013, 1304, S. 1315; *Angelika Nußberger*, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, *Juristenzeitung* 15 2006, 763, S. 768.; *Ran Hirschl*, *Comparative matters*, 1. Aufl. 2014, S. 25; *Juliane Kokott*, From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization - with Special Reference to the German Basic Law, in: v. Starck (Hg.), *Constitutionalism, universalism and democracy*, 1999, 74, S. 101 f.

⁷⁵² So sind nachweislich beispielsweise Artikel der spanischen sowie der portugiesischen Verfassung durch das Grundgesetz inspiriert, vgl. *Juliane Kokott*, From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization - with Special Reference to the German Basic Law, in: v. Starck (Hg.), *Constitutionalism, universalism and democracy*, 1999, 74, S. 76

⁷⁵³ Der hier genutzte Begriff der „Orientierung“ meint die nach außen dargestellte Anknüpfung an Orientierungspunkte zur Stützung des eigenen Interpretationsergebnisses. Die Orientierung an fremden Lösungsmodellen im Prozess der Entscheidungsfindung wird in dieser Untersuchung als „*Inspiration*“ bezeichnet, welche den Regeln der juristischen Methodenlehre gerade nur indirekt unterfällt. Mit einem abweichenden – positivistisch geprägten – Begriffsverständnis *Christian v. Starck*, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *Juristenzeitung* 52 1997, 1021, S. 1024 „Wenn die klassischen Auslegungscanones zunächst keine eindeutige oder keine brauchbare Lösung zeitigen, können entsprechende Problemlösungen in inhaltlich verwandten Rechtsordnungen Orientierung bieten.“

stehen zweier voneinander abgrenzbarer Verfassungsnormen voraus⁷⁵⁴. Mit der Eingliederung einer fremden Lösung in das eigene Verfassungsrecht verliert diese ihren Fremdheitscharakter hingegen gerade und wird als eigene Lösung zum Bestandteil des eigenen Wissenssystems⁷⁵⁵. Die Metapher der Organtransplantation kann daher allein die – stets mit deren Modifikation einhergehende – Übernahme einer fremden Lösung in das eigene Verfassungsrechtswissen beschreiben.

Gleiches gilt für den Begriff des „*legal transplant*“, welcher bei generalisierender Betrachtung die Übertragung von Rechtsinstituten und/oder -konzepten einer Rechtsordnung in eine andere bezeichnet; der Begriff des „*borrowing*“ wird weitgehend synonym verwendet⁷⁵⁶. Rechtswissenschaftlicher Kritik ist diese Begriffswahl als Forschungsfolie der Verfassungsvergleichung zudem ausgesetzt, weil mit ihr allein die positive Übernahme fremden Verfassungsrechts in den Fokus gerückt wird, insbesondere die bewusste Abgrenzung von fremden Lösungen hingegen aus dem Blick gerät⁷⁵⁷.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion werden Fälle, in denen ein Verfassungsgericht die Relevanz fremder Autoritäten für die Interpretation der eigenen Verfassung behauptet, als Fall der Verfassungsvergleichung begriffen. Die zu Beginn der Untersuchung beschriebenen Anforderungen an einen Vergleich besitzen daher auch für die vergleichende Argumentation Relevanz⁷⁵⁸. Dementsprechend wird verlangt, dass die „vergleichenen“ Rechtsordnungen einer

⁷⁵⁴ Erforderlich ist die "Nichtidentität" der Vergleichsgegenstände siehe *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 916. Dagegen könnte der dekonstruktivistische Ansatz von *Thomas Coendet*, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012 allein erklären, warum es *keine* Rechtsvergleichung geben kann, da er davon ausgeht, dass die Spuren der verschiedenen Rechtsordnungen aufeinander verweisen, also miteinander verbunden sind. Verglichen werden kann nur ein *Vorher und ein Nachher*: das Spurengewebe des Zeichens, bevor es aus dem eigenen Kreis austritt und nachdem es über die Spuren des anderen Rechts wieder in den eigenen Kreis eingetreten ist. Dieses Ergebnis kann nur vermieden werden, akzeptiert man *Coendets* Hilfskonstruktion, dass die Rechtskontexte der eigenen und der fremden Rechtsordnung, obwohl sie kein „Außen“ gegenüber den jeweiligen Zeichen bilden, sondern zu dessen Spurengewebe gehören und so seine Bedeutung mitbestimmen, voneinander abgrenzbar seien.

⁷⁵⁵ Auch durch die Judikative betriebene Rezeptionsprozesse sind in einem realistischen Rechtsverständnis ohne weiteres zulässige Mittel der Rechtsentwicklung. Die einzige Zulässigkeitsanforderung besteht darin, dass die fremde Lösung sich argumentativ gültig an das Rechtswissen der eigenen Rechtspraxis anknüpfen lassen muss, soweit nicht die Modifikation des bestehenden Rechtswissens begründet werden kann.

⁷⁵⁶ Zum Konzept des *legal transplant*: *Vlad Perju*, *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*, in: *Rosenfeld/Sajó* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2013, 1304, S. 1306 ff.; sowie grundlegend zu diesem Konzept der Rechtsvergleichung *Alan Watson*, *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, 2. Aufl. 1993

⁷⁵⁷ *Neil Walker*, *The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: The Case of the EU*, in: *Choudhry* (Hg.), *The migration of constitutional ideas*, 2006, 320-352, S. 320. Dieser zieht den Begriff der *migration* vor, der „*all movements across systems, overt or covert, episodic or incremental, planned or evolved, initiated by the giver or receiver, accepted or rejected, adopted or adapted, concerned with substantive doctrine or with institutional design or some more abstract or intangible constitutional sensibility or ethos*“ erfasse.

⁷⁵⁸ So auch *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 304.

bestimmten Kategorie angehören⁷⁵⁹. Die Feststellung der Vergleichbarkeit des Verfassungsrechts zweier Staaten oder der zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen entstammenden Verfassungsnormen setzt wie jede Kategoriebildung einen vorgelagerten Vergleich voraussetzen⁷⁶⁰. Wie die Erörterungen zum Vorgang des Vergleichens zu Beginn der Untersuchung aufgezeigt haben, ist die Kategoriebildung nie unabhängig vom konkreten Vergleichsinteresse möglich. Im Falle des Verfassungsvergleichs also von der zu entscheidenden Rechtsfrage⁷⁶¹. Worauf bezogen die Gemeinsamkeiten mit der Vergleichsrechtsordnung bestehen müssen, entscheidet sich beruhend auf einem solchen Verständnis also wesentlich daran, welche Frage das Gericht, etwa das Bundesverfassungsgericht, beantworten muss⁷⁶².

Das *tertium comparationis* bildet für die Verfassungsvergleichung demnach nach verbreiteter Ansicht – parallel zur funktionalen Rechtsvergleichung – das jeweilige *verfassungsrechtliche Ordnungsbedürfnis*⁷⁶³, nicht ein konkretes textlich fixiertes Rechtsinstitut. Da die Begriffe des nationalen Verfassungsrechts sich nicht zur Bestimmung des Vergleichs Gesichtspunktes eignen, bedürfe es bei der Bestimmung des *tertium comparationis* der Distanzierung des Rechtsvergleichers vom eigenen Verfassungsrechtswissen. Durch die Lösung vom positivierten, nationalen Rechtswissensgefüge soll es gelingen, das gesellschaftliche Problem zu formulieren, welches einer rechtlichen Lösung zugeführt werden soll⁷⁶⁴. Obwohl immer wieder betont wird, eine einheitliche Methode der Rechtsvergleichung existiere im öffentlichen Recht

⁷⁵⁹ Die Einteilung verschiedener Rechtsordnungen in Rechtskreise, welche im Bereich des Privatrechts durch gemeinsame Rechtstraditionen gestützt wird, wie die Wurzeln des Privatrechts des romanischen Rechtskreises im Code Civil von 1804 soll etwa die Vergleichbarkeit von Rechtsordnungen im Zivilrecht plausibilisieren. Diese Einteilung beruht auf der Annahme der Verwandtschaft des Zivilrechts verschiedener Staaten aufgrund gemeinsamer Wurzeln im Römischen Recht. *Christian v. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Juristenzeitung 52 1997, 1021, S. 1026; *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 915; Ausführlich zu der Einteilung in Rechtskreise für die zivilrechtliche Rechtsvergleichung *Konrad Zweigert*; *Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 2. Aufl., S. 73 ff. Auch für das öffentliche Recht wird eine solche Einteilung in Rechtskreise teilweise unternommen Grote, AöR 126 (2001), S. 10 Hingegen die Einteilung in Rechtskreise kritisierend *Georgios Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öffentlichen Rechts, 1998, S. 71; auf die Probleme der Einteilung in Rechtskreise hinweisend *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 1. Aufl. 2019, S. 222 ff.

⁷⁶⁰ *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 918.

⁷⁶¹ *Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, Archiv des öffentlichen Rechts 99 1974, 193, S. 225.

⁷⁶² Siehe auch bereits *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 73 f.

⁷⁶³ *José Martínez*, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 157; auch *Sebastian Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 927.

⁷⁶⁴ *Ulrich Drobnig*, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, RabelsZ 18 (1953), 295, S. 304 ff. Die Lösung von eigenen Systembegriffen hingegen gerade zur Anforderung methodisch sauberer Verfassungsvergleichung machend *Christian v. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Juristenzeitung 52 1997, 1021, S. 1027.

nicht⁷⁶⁵, wird sowohl die Kategoriebildung als auch die Bestimmung des *tertium comparationis* in der rechtswissenschaftlichen Literatur einhellig vorausgesetzt. Es ist auch anerkannt, dass die Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen, also die Kategoriebildung, durch den Vergleichsgesichtspunkt mitbestimmt wird⁷⁶⁶.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion der richterlichen Verfassungsvergleichung wird häufig die Übereinstimmung mit in der nationalen Verfassungsordnung grundlegenden Verfassungsprinzipien wie dem Demokratieprinzip oder der Rechtsstaatlichkeit als Grundvoraussetzung der Überzeugungskraft verfassungsvergleichender Argumente angesehen⁷⁶⁷. Mit der Einordnung in diese Kategorie wird die Erfüllung einer Reihe von Minimalanforderungen wie etwa der Gewaltenteilung und des Vorrangs der Verfassung verbunden⁷⁶⁸. Aus Sicht eines realistischen Rechtsverständnisses bedeutet dies, dass die Relevanz fremder Rechtsmeinungen für die Bedeutung nationaler Verfassungsnormen von der Darstellbarkeit der Übereinstimmung oder Unterschiedlichkeit des eigenen und des fremden Verfassungsrechtswissen bestimmt wird. Verfassungsvergleichende Argumentation ist kontextualisierungsbedürftig. Diese Kontextualisierungsbedürftigkeit soll im folgenden Abschnitt näher betrachtet werden.

2. Kontextualisierungsbedürftigkeit verfassungsvergleichender Argumentation

Die Vorstellung von dem positiven Verfassungsrecht vorgelagerten Menschenrechten kann auf der Grundlage eines realistischen Rechtsverständnisses⁷⁶⁹ die Annahme übereinstimmen-

⁷⁶⁵ *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 323 f.; *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 17. *Trantas* identifiziert viele Methodenvorschläge, die für sich in Anspruch nähmen, "die" Methode der Rechtsvergleichung zu sein, vgl. *Georgios Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öffentlichen Rechts, 1998, S. 41 ff.; *Jochen Frowein*, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Die öffentliche Verwaltung 1998, 806, S. 806.

⁷⁶⁶ *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 19.

⁷⁶⁷ So will etwa *Mark Radhert*, Comparative Constitutional Advocacy, American University Law Review 56 2007, 553, S. 615 verfassungsvergleichende Argumente nur als relevant ansehen, wenn es sich bei der Ursprungsrechtsordnung um eine "liberal democracy" handelt.; ähnlich *Rex D. Glensy*, Which Countries Count?: Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, Virginia Journal of International Law 45 2004, 358, S. 414 f.; Bezogen auf die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts siehe *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 148; *Bernd Uyterhoeven*, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, 1959, S. 75 sieht die Rechtsstaatlichkeit als "Basis der Rechtsvergleichung bei der richterlichen Rechtsfindung" an. Die rechtsstaatliche Struktur sei "conditio sine qua non; fehlt sie, so sind die Gefahren und Fehlschlüsse nicht zu übersehen."; an diesen anschließend und bezogen auf die Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 74.

⁷⁶⁸ *Christian v. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Juristenzeitung 52 1997, 1021, S. 1029.

⁷⁶⁹ *Kischel* würde das dieser Untersuchung zugrundeliegend Rechtsverständnis daher wohl als ein postmodernes bezeichnen. Denn gerade die Ansicht, dass die Einnahme eines neutralen Standpunktes nicht möglich ist, sieht er als Charakteristikum der postmodernen Kritik an den Methoden der Rechtsvergleichung, vgl. *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 1. Aufl. 2019, S. 106 f.

der Verfassungsbedeutungen ebenso wenig begründen wie Textgleichheit⁷⁷⁰. Durch die Erkenntnisse um die Produktion des Verfassungsrechts in der nationalen Rechtspraxis wird die Annahme universeller, bedeutungsidentischer Rechtsprinzipien ad absurdum geführt⁷⁷¹. Das Ziel verfassungsvergleichender *Argumentation* kann auch nicht darin bestehen, ausgehend von der Bedeutung der eigenen Verfassungsprinzipien das Bestehen eines einheitlichen universellen Verfassungsrechts festzustellen⁷⁷². Von einem Gleichlauf der Bedeutungskonstitution in unterschiedlichen Rechtsordnungen kann bereits deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Akteure der verschiedenen Rechtspraxen unterschiedliche Vorverständnisse selbst an gleichlautende Verfassungsprinzipien herantragen⁷⁷³.

Vielmehr zwingt die Erkenntnis des Fehlens universeller Rechtsprinzipien dazu, die Abhängigkeit der plausibilitätssteigernden Wirkung verfassungsvergleichender Argumentation von der Kontextualisierung der fremden Rechtsmaterialien anzuerkennen. Die Bedeutung eines in mehreren Verfassungsordnungen zu findenden Verfassungsprinzips hängt von dem Verfassungsrechtswissen der jeweiligen Rechtspraxis ab. Der gesellschaftliche, politische und öko-

⁷⁷⁰ Auch die feststellbare Annäherung des gelebten Verfassungsrechts in einer steigenden Zahl von Verfassungsordnungen kann nicht auf das Bestehen eines universellen Naturrechts zurückgeführt werden, wie ein Blick auf die Geschichte auch alter Verfassungsstaaten wie der Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreich zeigt. Etwa die einstige Verfassungsmäßigkeit der Sklaverei und des Männerwahlrechts, welche offenkundig mit den Verfassungsprinzipien unserer Zeit nicht vereinbar sind, nehmen einer solchen Annahme die Plausibilität. Vergleiche hierzu auch *Jens Dammann*, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, *Saint Thomas Law Review* 14 2002, 513, S. 527. Anders ist es zu beurteilen, wenn die Verfassungsvergleichung der Feststellung des Bestehens *eines universell anerkannten Menschenrechtes* gilt, wie im Falle einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Frage, ob es ein Menschenrecht darauf gebe, nicht an einen anderen Staat ausgeliefert zu werden vgl. BVerfGE 4, 299, 303 f. (1956) - Auslieferung. Die Verfassungsvergleichung dient in dieser Verwendungsweise nicht der Interpretation des eigenen Verfassungsrechts, sondern hat das empirische Ziel des Auffindens eines rechtsordnungsübergreifend positiv normierten Menschenrechtes. Auch die Untersuchung der Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf die übereinstimmende Gehalte einer gemeinsamen Verfassungstradition unterscheidet sich von der Verwendung der Verfassungsvergleichung zur der Interpretation einer nationalen Verfassung dadurch, dass die Verfassungstraditionen als positiv rechtliche Erkenntnisquellen für die Grundrechtgehalte auf Unionsebene bestimmt sind, vgl. *Christoph Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 2010, 6, S. 21.

⁷⁷¹ Siehe bereits *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 327 ff.

⁷⁷² Siehe etwa bereits *Christoph Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 2010, 6, S. 27.

⁷⁷³ Auf der Grundlage eines institutionenpositivistischen Rechtsverständnisses wird auch deutlich, dass eine naturrechtliche Perspektive die Gesetztheit und Kontextabhängigkeit rechtlicher Normen übersieht. Während eine rechtspositivistische Position den Kontext nur insoweit für relevant hält, als dieser im Verfassungstext Ausdruck findet, verdeckt die naturrechtliche Annahme universeller Verfassungsprinzipien vollständig die Abhängigkeit des Verfassungsrechts eines Staates von den historischen, wirtschaftlichen und kulturellen Gegebenheiten, welche die Herstellung der Verfassungsbedeutung in der Rechtspraxis prägen. Die Beachtung der unterschiedlichen Entstehungs- und Geltungskontexte von Verfassungsnormen fordert etwa deutlich *Häberle* unter dem Schlagwort der „*Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung*“ in *Häberle*, *Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung*.

nomische Entstehungskontext der Rechtsbedeutung spiegelt sich in den Bestandteilen rechtlichen Wissens wider und bestimmt die Bedeutung von Verfassungsnormen und -prinzipien⁷⁷⁴.

Die Leistung der *funktionalen Methode* der Rechtsvergleichung besteht darin, die Prägung des Rechtsvergleichers durch die eigene Rechtspraxis bewusst zu machen. Jedoch verkennen ihre Vertreter, dass dem Rechtsvergleicher trotz dieses Bewusstseins die Einnahme einer wirklich neutralen Position nicht möglich ist⁷⁷⁵. Die Funktionen eigener und fremder Rechtsnormen werden zunächst zwangsläufig aus der Perspektive des eigenen Rechtswissens und anhand des eigenen Vorverständnisses konstruiert⁷⁷⁶. Natürlich gibt es Hilfsmittel, derer der Rechtsvergleichung betreibende Richter sich bedienen kann. Es besteht etwa die Möglichkeit des Austauschs mit ausländischen Kollegen⁷⁷⁷, einige Verfassungsgerichte verfügen auch über eine mit ausländischen Juristen besetzte Rechtsvergleichungsabteilung⁷⁷⁸, nicht zuletzt verfügen manche nationalen Richter selbst, beispielsweise aufgrund von Studien- oder Forschungsaufenthalten im Ausland, immer häufiger über fundierte Kenntnisse einer oder mehrerer fremder Rechtsordnungen⁷⁷⁹.

Selbst wenn durch ein – möglicherweise jahrelanges – Studium des fremden Rechts wesentliche Einsichten in das fremde Verfassungsrechtswissen erlangt wurde, fehlt ein ungleich schwerer zu erwerbendes, kulturelles und historisches Vorwissen⁷⁸⁰. Auch durch die Anwendung der Methoden des fremden Rechts kann die dem Richter zu dessen Verständnis fehlende Wissensbasis nicht ersetzt werden⁷⁸¹. Dies verkennen Vorschläge, die die richterliche Verfas-

⁷⁷⁴ Sebastian Müller-Franken, *Verfassungsvergleichung*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 909, 912. Auf diese Kontextabhängigkeit abstrakter Rechtsprinzipien weist – ausgehend von einem konstruktivistischen Rechtsverständnis – ebenfalls hin Christian Becker, *Was bleibt? Recht und Postmoderne*, 2014, S. 80-81, 105-106

⁷⁷⁵ Siehe zu dieser Kritik und ihrer Berechtigung auch Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung*, 1. Aufl. 2019, S. 98 f.

⁷⁷⁶ Ähnlich bereits Stefan Martini, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 135: „Der Einfluss der Wertung kann sich (...) auf die Vergleichsebene (Abstraktionshöhe), die Auswahl des Vergleichungsgesichtspunkts (tertium) oder die Vorverständnisse beziehen, auf deren Grundlage komparative Auswahlentscheidungen getroffen werden.“

⁷⁷⁷ Zum kanadischen Supreme Court Michel Bastarache, *The Globalisation of the Law and the Work of the Supreme Court of Canada*, in: Muller/Richards (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 41, S. 52; Guy Canivet, *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in: Muller/Richards (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 21, S. 24.

⁷⁷⁸ So zum Beispiel der italienische Corte Costituzionale.

⁷⁷⁹ Guy Canivet, *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in: Muller/Richards (Hg.), *Highest Courts and globalisation*, 2010, 21, S. 25.

⁷⁸⁰ Susanne Baer, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 2004, 735, S. 752: „Hier reicht juristisches Verständnis nicht aus, um den Kontext begreifen zu können; vielmehr müssen hier auch andere methodische Zugriffe, z.B. empirische oder kulturwissenschaftliche Methoden, genutzt werden.“

⁷⁸¹ Anderer Ansicht ist auch hierzu Sebastian Müller-Franken, *Verfassungsvergleichung*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 920.

sungsvergleichung durch strenge methodische Anforderungen zu einer in der richterlichen Entscheidung zulässigen Auslegungsmethode machen wollen.

So konzipiert etwa *Busse*⁷⁸² die Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht als eine dialektische Methode im Sinne *Tschentschers*⁷⁸³, wobei er die fremde Rechtsordnung ebenso wie die deutsche anhand des Auslegungskanons *Savignys* auslegen will. Sein Methodenvorschlag sieht einen Dreischritt vor. Zunächst soll der Richter das eigene Recht anhand der vier klassischen Auslegungsmethoden auslegen, dann das fremde Recht. Dabei soll er mögliche Lösungen des eigenen und fremden Rechts sammeln und schließlich durch eine Abwägung der Vor- und Nachteile eine Auswahlentscheidung treffen⁷⁸⁴. Die Anwendung des Auslegungskanons *Savignys* auch auf andere Rechtsordnungen sei möglich, weil es sich trotz ihres deutschen Ursprungs um einen universellen Auslegungskanon handele, der von *Savigny* gerade anhand eines rechtsordnungsübergreifenden methodischen Wissens entwickelt worden sei⁷⁸⁵. Dass im Vergleichungsvorgang eine deutsche Perspektive eingenommen und der Kontext der fremden Rechtsordnung übersehen werde, werde gerade durch die korrekte Anwendung der vier Auslegungsmethoden auf die fremde Norm verhindert. Denn dabei müsse der Richter beispielsweise den Willen des fremden Gesetzgebers ermitteln und die gesamte fremde Systematik, in der der ausländische Gesetzeskontext steht, in die Interpretation einbeziehen⁷⁸⁶.

Busse selbst gibt jedoch zu bedenken, dass der durch seinen Ansatz für den Richter entstehende „erhebliche Arbeits- und Zeitaufwand [...] ohne eine vorarbeitende, gerichts-externe Unterstützung nicht zu meistern“ wäre⁷⁸⁷, in deren Pflicht er die Rechtswissenschaft sieht. Die Aufgabe, die Voraussetzung für methodisch richtige Rechtsvergleichung zu schaffen, soll so auf Akteure mit größeren zeitlichen und häufig auch personalen Ressourcen verlagert wer-

⁷⁸² *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015. Der Methodenvorschlag von Busse beschäftigt sich mit der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht im Allgemeinen und bezieht die Verfassungsvergleichung mit ein. Anders als viele andere Autoren konzentriert er sich mit seiner Methode explizit auf die Gerichte als Akteure der Rechtsvergleichung.

⁷⁸³ *Axel Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, Juristenzeitung 2007, 807.

⁷⁸⁴ *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 587 ff.

⁷⁸⁵ *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 591, 595-597: „Denn die Auslegungsmethoden Savignys sind – auch wenn sie ursprünglich von einem deutschen Kopf für das deutsche Recht geschaffen wurden – ein universales und neutrales Mittel, welches sich zur Auslegung von Normen aller Rechtsordnungen eignet.“ Zudem führt *Busse* an, wie weit dessen Grundsätze aufgrund der Wurzeln der Methoden im römischen Recht auch in anderen Rechtsordnungen verbreitet seien.

⁷⁸⁶ *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 592 f.

⁷⁸⁷ *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 599.

den⁷⁸⁸. Gleichzeitig wird der Wert der Rechtsvergleichung durch die Judikative als beschränkt angesehen, weil diese nicht immer auf bereits vorhandene Erkenntnisse der Rechtswissenschaft zurückgreifen könne. Er stellt daher fest, der Nutzen der rechtsvergleichenden Methode begrenze sich auf eine „*Plausibilitätskontrolle zur Selbstvergewisserung für die eigentlich bereits durch nationale Interpretationsregeln getroffene Entscheidung*“⁷⁸⁹.

In zweifacher Hinsicht ist dies mit den Prämissen eines offenen Institutionenpositivismus unvereinbar. Zum einen bereits, weil der richterlichen Rechtsvergleichung die Erkenntnisziele wissenschaftlich betriebener Rechtsvergleichung übergestülpt werden. Zum anderen, weil keine Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen getroffen wird.

3. Die subsidiäre Natur verfassungsvergleichender Argumente

Aufgrund ihrer Eingebundenheit in ein abweichendes Verfassungsrechtswissen kann der Verweis auf fremde Autoritäten keine alleinstehende Begründung für eine richterliche Sprachgebrauchsweise sein⁷⁹⁰. Es bedarf weiterer Argumente, um die Anknüpfbarkeit einer neuen Sprachgebrauchsweise an das eigene Verfassungsrechtswissen darzustellen, an welches das Bundesverfassungsgericht gebunden ist⁷⁹¹.

Die Analyse der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen das Gericht verfassungsvergleichend argumentiert hat, belegt die Annahme der Komplementarität des Verweises auf fremde Rechtsmaterialien. Dies zeigt sich bereits an der sprachlichen Form der Einbindung verfassungsvergleichender Argumente in die Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichts, die besonders häufig mit der Konjunktion „auch“ eingeleitet wird, sowie der Stellung von Verweisen auf fremde Rechtsmaterialien am Ende einer Argumentationskette⁷⁹². Bereits *Kötz* und *Zweigert* stellen in Bezug auf die rechtsvergleichende Tätigkeit

⁷⁸⁸ So auch *Bernhard Großfeld*, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, 1984, S. 36, der meint, es sei "im allgemeinen besser, die Rechtsvergleichung durch die Filter der Literatur laufen zu lassen".

⁷⁸⁹ *Carl-David von Busse*, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, 2015, S. 602.

⁷⁹⁰ Den subsidiären Charakter verfassungsvergleichender Argumente betont auch *Ulrich Drobnig* (Hg.), *The use of comparative law by courts*, 1999, S. 143.

⁷⁹¹ Die Rechtmäßigkeitserwartung kann auch eine Erklärung für die Beobachtung darstellen, dass in Civil Law Staaten regelmäßig weniger explizite Verweise auf fremde Rechtsmaterialien festgestellt werden, vgl. *Marie-Claire Ponthoreau*, *Foreign Precedents in Constitutional Litigation*, in: *Schauer/Verschraegen/Fleischer* (Hg.), *General reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2017, 523, S. 531.

⁷⁹² Siehe zur Veranschaulichung etwa: BVerfGE 1, 144, 151 (1952) – *Gesetzesinitiativen*: „Auch das französische Verfassungsrecht (...)“; 4, 299, 304 (1955) – *Saarland-Auslieferung*: „Auch hier (...)“; BVerfGE 20, 162, 221 (1966) – *Spiegel (Sondervotum)*: „Auch ein Vergleich mit (...) kann keine überzeugenden Argumente (...) liefern.“; BVerfGE 133, 59, 80 (2013) – *Sukzessivadoption*: „Auch die Gesetzgebung in den anderen europäischen Staaten (...)“; BVerfGE 101, 1, 15 (1999) – *Hennenkäfighaltung*: „Auch ein Vergleich mit dem Schweizer Recht zeige, daß (...)“.

deutscher Obergerichte allgemein fest, rechtsvergleichende Argumente dienten allein „*der Bestätigung und Unterstützung eines Ergebnisses, das schon vorher mit Hilfe traditioneller Auslegungsmethoden gefunden worden*“ sei⁷⁹³.

Kann das Bundesverfassungsgericht sein Interpretationsergebnis im konkret zu entscheidenden Fall unmittelbar an eigene Präjudizien anknüpfen, erfolgt eine weitere Sachargumentation nicht. Verfassungsvergleichende Argumente können, anders als der Verweis auf eine herrschende Meinung oder ein verfassungsgerichtliches Präjudiz, weitere Sachargumente hingegen nicht ersetzen. Sie dienen nicht wie der Verweis auf Elemente des Verfassungsrechtswissens der eigenen Rechtsordnung dazu, die Argumentation in der Entscheidungsbegründung abkürzen⁷⁹⁴, sondern dazu, deren Überzeugungskraft zu steigern.

Der mit einem zu entscheidenden Fall konfrontierte Richter wird sich auf der Suche nach Autoritäten, die seine Entscheidung stützen können, zunächst im eigenen Verfassungsrecht umsehen. Sind die für die Lösung des Falles im eigenen Rechtswissen zur Verfügung stehenden Orientierungspunkte so aussagekräftig und gesichert, dass der Richter sich vollständig auf diese stützen kann, besteht kein Bedarf, verfassungsvergleichend tätig zu werden. Vorrangig sind eigene, rechtsordnungsinterne Orientierungspunkte bereits wegen der ihnen zukommenden Vermutung der Kohärenz mit dem Gesamtsystem verfassungsrechtlichen Wissens, ihrer – vermuteten – Rechtmäßigkeit. Aus fremden Wissensbeständen entnommene Autoritäten sind demgegenüber sekundär. Verfassungsvergleichender Argumentation bedarf es erst, wenn die Autoritäten im eigenen Recht als Anknüpfungspunkte für die argumentative Überbrückung einer Orientierungslücke nicht ausreichen, also neue Orientierungspunkte gesetzt werden müssen.

Auch handlungspraktische Erwägungen spielen dabei eine Rolle. Das eigene Recht ist leichter zugänglich. Zum einen, weil auf die gegenständlichen oder elektronischen Quellen eine bessere faktische Zugriffsmöglichkeit besteht. Zum anderen, wenn nicht gar vorwiegend, da die be-

⁷⁹³ Konrad Zweigert; Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 2. Aufl., S. 17. Nicht vereinbar mit einer realistischen Theorie juristischer Argumentation ist die Annahme, das Interpretationsergebnis beruhe auf der Anwendung der traditionellen Auslegungsmethoden wie sie in der Entscheidungsbegründung dargestellt sind. Vielmehr handelt es sich auch bei den traditionellen Auslegungsmethoden, wenngleich sie den richterlichen Habitus prägen, in erster Linie um Argumente, mit denen das Interpretationsergebnis des Richters nach außen gültig dargestellt werden muss. Zuzustimmen ist hingegen der Erkenntnis von Kötz und Zweigert insofern, als sie den subsidiären Charakter der Nutzung verfassungsvergleichender Argumente in der Entscheidungsbegründung zum Ausdruck bringt.

⁷⁹⁴ Angelika Nußberger, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, Juristenzeitung 15 2006, 763, S. 768; Dieter Horn, Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 6 (1975), 145, S. 185-159.

stehende Wissensbasis das subjektive Erfassen von Orientierungspunkten im eigenen Recht gegenüber solchen im fremden Recht erleichtert und dadurch ressourcenschonender ist.

Als Gründe für die Suche nach Autoritäten außerhalb der eigenen Rechtsordnung kommen zunächst *Orientierungslücken* oder *Orientierungsunsicherheiten* für den Richter innerhalb der eigenen Rechtsordnung in Betracht⁷⁹⁵. Lücken im Recht entstehen aus der Entscheidungsnotwendigkeit in der Konfrontation mit einem konkret zu lösenden Lebenssachverhalt. Neue Orientierung wird erforderlich, wenn der Rechtsanwender mit einem Lebenssachverhalt konfrontiert ist, den er unter Rückgriff auf die bestehenden Orientierungspunkte im eigenen Recht nicht entscheiden kann. Der von der Offenheit des Verfassungsrechts herrührende Vorteil der Kontinuitätssicherung führt zugleich zum Nachteil geringerer Orientierungssicherheit. Die bei der Lösung konkreter Lebenssachverhalte durch Argumentation zu überbrückende Lücke zum Verfassungsrechtswissen ist dadurch gegenüber dem einfachen Recht regelmäßig vergrößert. Die Anerkennung der Offenheit der Verfassung für Abwägungsentscheidungen verleiht dem Richter nicht nur einen größeren Entscheidungsspielraum, sondern erhöht zugleich den Begründungsbedarf für verfassungsgerichtliche Entscheidungen

Die Orientierungslücke ist (auf der Herstellungsseite) das Ergebnis eines subjektiven Interpretationsvorgangs, der zu dem Schluss führt, dass der relevante Sachverhalt sich nicht ohne erhebliche Zwischenschritte an das bestehende Verfassungsrechtswissen anknüpfen lässt. Auf der Darstellungsseite steigt damit der Begründungsaufwand dafür, das eigene Ergebnis an den verfassungsrechtlichen Maßstab anzuknüpfen. Aufgrund des somit gesteigerten Bedarfs an rechtlichen Argumenten steigt die Wahrscheinlichkeit, dass auch Autoritäten aus einer fremden Rechtsordnung als verfassungsvergleichende Argumente herangezogen werden.

Erschiene dem Rechtsanwender eine gesicherte Begründung der eigenen Lösung unter Rückgriff auf das bestehende Verfassungsrechtswissen möglich, wäre der Verweis auf fremde Rechtsmaterialien nicht nur überflüssig, sondern könnte die Überzeugungskraft der Entscheidungsbegründung sogar schwächen, indem er das Interpretationsergebnis – ohne dass dies Not täte – zur Diskussion stellte. Denn die argumentativ gültige Anknüpfung an Elemente des eigenen (Verfassungs-)Rechtswissen bezieht ihre besondere Überzeugungskraft gerade aus dessen zeitweiser Außerfragestellung. Dies zeigt sich besonders deutlich an der begründungs-

⁷⁹⁵ Der Begriff der Orientierungslücke meint nicht (im Sinne des Dekonstruktivismus) eine objektiv vorhandene „unbewusste Lücke“ im Gefüge des Rechtswissens. Keine Lücke also, die der Rechtsanwender aufgrund eines doppelten Nichtwissens – er weiß nicht und er weiß nicht, dass er nicht weiß – nicht kennt. Solches Nichtwissen kann es im Recht nicht geben, in diesem bestehen keine abstrakten – von der Entscheidungssituation unabhängigen – Lücken. Coendet sieht hingegen in der durch sie zu erreichende Transsubjektivität einen Hauptnutzen rechtsvergleichender Argumentation *Thomas Coendet, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 134 f.*

losen Zitation von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als Autoritätsargumente in den Entscheidungsbegründungen des Gerichts. Durch den Verzicht auf eine Begründung wird der Status verfassungsgerichtlicher Entscheidungen als Element des gelebten Verfassungsrechts als selbstverständlich dargestellt.

Mit dem Bestehen von Orientierungslücken sind vor allem junge Verfassungsgerichte konfrontiert⁷⁹⁶. Die Möglichkeit, sich an eigenen früheren Entscheidungen zu orientieren, besteht für sie nur in beschränktem Maße. Auch ist die eigene Autorität noch nicht gefestigt, sondern es können Konflikte mit anderen Akteuren der Verfassungsinterpretation bestehen, die die Deutungsmacht über die Verfassung für sich beanspruchen⁷⁹⁷. Die Bedeutung der Normen junger Verfassungen ist auch im Übrigen erst stark fragmentarisch durch die Rechtspraxis bestimmt und die Verfassungsnormen belassen daher dem Gericht einen größeren Interpretationsspielraum, in welchem Orientierungspunkte nur vereinzelt verfügbar sind. In dieser Situation wird das Gericht sich häufiger veranlasst sehen, nach Autoritäten außerhalb der eigenen Rechtsordnung zu suchen. Diese Annahme wird durch eine Reihe empirischer Untersuchungen bestätigt, deren Ergebnisse eine erhöhte verfassungsvergleichende Aktivität in den Anfangsjahren der rechtsprechenden Tätigkeit von Verfassungsgerichten aufzeigen⁷⁹⁸. Bei länger bestehenden Verfassungsgerichten nimmt die Zitation eigener vorausgehender Entscheidungen, in denen das relevante Verfassungsrechtswissen bereits verfügbar ist, hingegen zu. Aufgrund der Reduktion von Orientierungslücken tritt die verfassungsvergleichende Argumentation in den Hintergrund⁷⁹⁹. Die Offenheit für Fremdes kann auch aus Zweifeln jüngerer Verfassungsgerichte an der eigenen Autorität in einer sich noch entwickelnden Verfassungsord-

⁷⁹⁶ Nußberger bezeichnet die osteuropäischen Verfassungsgerichte in der Phase nach ihrer Gründung etwa als „orientierungssuchend“, da sie sich in Ermangelung einer eigenen Entscheidungspraxis an den Entscheidungen westeuropäischer Verfassungsgerichte, etwa des Bundesverfassungsgerichts orientierten, vgl. *Angelika Nußberger*, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, *Juristenzeitung* 15 2006, 763, S. 768. Vgl. auch *Johanna Kalb*, The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation, *The Yale Journal of International Law* 38 (2013), 423, S. 423 ff.

⁷⁹⁷ Zum Kampf des Bundesverfassungsgerichts um seine Deutungsmacht zu Beginn seiner Judikatur vgl. *Michael Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 114 ff.

⁷⁹⁸ Für das Bundesverfassungsgericht stellt *Martini* fest, dass dieses in den ersten zehn Jahren nach seiner Errichtung in besonders starkem Maße auf die Rechtsprechung etablierter Verfassungsgerichte verwiesen hat, vgl. *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 91 f.

⁷⁹⁹ Dies zeigen Studien zur verfassungsvergleichenden Argumentation durch Höchst- und Verfassungsgerichte verschiedener Staaten. Siehe etwa *Ulrich Drobnig* (Hg.), *The use of comparative law by courts*, 1999, S. 21 und passim; *Tania Groppi*; *Marie-Claire Ponthoreau*, The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, in: *Groppi/Ponthoreau* (Hg.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, 2013, 411, S. 415 f.; *Gabor Halmai*, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, in: *Rosenfeld/Sajó* (Hg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2013, 1328, S. 1333.

nung oder dem Ziel der Stärkung der eigenen Autorität durch den Verweis auf eine Fremdautorität folgen⁸⁰⁰.

Die Autorität eines Verfassungsgerichts hängt, wie gesehen, von der Anerkennung seiner Entscheidungskompetenz innerhalb der nationalen Rechtspraxis ab. Die Überzeugungskraft einer Entscheidung wird durch die Beachtung der in der Rechtspraxis anerkannten Methoden juristischer Argumentation in der Entscheidungsbegründung gestärkt⁸⁰¹. Der Verweis auf die Entscheidungen fremder Verfassungsgerichte oder einen rechtsordnungsübergreifenden Konsens als Autoritätsargument kann daher zwar die Überzeugungskraft einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung steigern, nicht aber unmittelbar die Autorität des Verfassungsgerichts selbst.

Auch trotz des Bestehens von Orientierungspunkten im eigenen Recht kann Anlass bestehen, nach Autoritäten im fremden Recht zu suchen, wenn die Orientierungspunkte des eigenen Rechts nicht sicher genug erscheinen, um die eigene Entscheidung abzustützen. Orientierungsunsicherheit kann insbesondere dann bestehen, wenn auf den zu entscheidenden Fall anwendbares Rechtswissen nicht besteht, weil die zu einer Frage existierenden Rechtsmeinungen einander widersprechen⁸⁰². Etwa bei Bestehen einander widersprechender Entscheidungspraxen verschiedener Gerichte oder Spruchkörper eines Gerichtes. Gleiches gilt für sich im rechtswissenschaftlichen Schrifttum gegenüberstehende, jeweils mit dem Verfassungsrechtswissen vereinbare, Rechtsmeinungen, soweit diese in der jeweiligen nationalen Rechtspraxis als Orientierungspunkte anerkannt sind.

Der Begründungsbedarf für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung ist zudem umso größer, je mehr ein Interesse der Öffentlichkeit an der verfassungsgerichtlichen Entscheidung besteht. Diese Annahme bestätigt ein Blick auf die verfassungsvergleichende Argumentation des Bundesverfassungsgerichts und anderer Höchst- und Verfassungsgerichte. Gerade bei in der Öffentlichkeit umstrittenen verfassungsrechtlichen Fragen wie der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung oder Anerkennung eines Rechts zur straflosen Abtreibung enthalten verfas-

⁸⁰⁰ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 545 f.: „Gleichzeitig färbt die bekundete (und unterstellte) Fremdautorität auf die Eigenautorität ab – selbst wenn man sich von der Positionierung einer fremden Rechtsprechung abgrenzt, setzt der Kontrast eine Vergleichsgrundlage voraus, die eine Ähnlichkeit (oder gar Gleichheit) der beiden Vergleichsobjekte voraussetzt; diese Gleich-Setzung ist die Brücke der Autorität.“

⁸⁰¹ Denn diese dienen der Erfüllung der Erwartungen an richterliches Entscheiden, vgl. S. 106 ff.

⁸⁰² Ähnlich bereits *Jens Dammann*, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, *Saint Thomas Law Review* 14 2002, 513, S. 555.

sungsgerichtliche Entscheidungsbegründungen vermehrt verfassungsvergleichende Argumente⁸⁰³.

Verfassungsvergleichende Argumentation kann auch dadurch veranlasst sein, dass bestehende Orientierungspunkte ihre orientierende Funktion nicht mehr erfüllen können, weil sich der nationale Rechtskontext seit ihrer Entstehung geändert hat. Dies ist etwa der Fall für Präjudizien, die zu einem weit zurückliegenden Zeitpunkt entstanden und damit durch einen differenteren Rechtskontext geprägt sind.

4. Elemente fremden Verfassungsrechtswissens als epistemische Autoritäten

Bezugspunkt verfassungsvergleichender Erwägungen kann daher nur die Verfassungspraxis eines Staates, das *gelebte Verfassungsrecht*, welches durch dessen sozialen, kulturellen und ökonomischen Kontext geprägt ist, sein⁸⁰⁴. Dies führt anerkanntermaßen dazu, dass ein Rechtsvergleich in Form eines reinen Textvergleiches keinen echten Erkenntnisgewinn verspricht⁸⁰⁵. Vor allem komplexe, von den gesellschaftlichen Werten in besonderer Weise beeinflusste Grundrechte wie die Religionsfreiheit unterscheiden sich trotz Textgleichheit erheblich in ihren konkreten Gewährleistungsgehalten⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Im Fall der Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung zeigen sich die gesellschaftlichen Spannungen auch daran, dass in einem Sondervotum mit verfassungsvergleichenden Erwägungen gegen die Mehrheitsmeinung argumentiert wird: BVerfGE 39, 1, 81, 94f. (1975) – Schwangerschaftsabbruch. Die Mehrheitsentscheidung spricht sich gegen die Relevanz der Lage in anderen Verfassungsstaaten aus (vgl. ebenda 66 ff.) und begründet dies damit, dass dem Grundgesetz „Prinzipien der Staatsgestaltung zugrunde(liegen), die sich nur aus der geschichtlichen Erfahrung und der geistig-sittlichen Auseinandersetzung mit dem vorangegangenen System des Nationalsozialismus erklären“ ließen. Daher sei der Schutz des menschlichen Lebens umfassend zu gewährleisten.

⁸⁰⁴ Vergleiche dazu *Helmuth Schulze-Fielitz*, Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße?, in: Blankenagel/Häberle (Hg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, 2004, 355, S. 364: „Der hohe Abstraktionsgrad von Verfassungsnormen erlaubt Interpretationen von oft erheblicher Bandbreite, die textunabhängig durch die unterschiedlichen (verfassungs-)kulturellen Kontexte entscheidend mitgeprägt werden; deshalb scheint ein Erfolg bei der Verfassungsvergleichung nur unter Einbeziehung der Verfassungspraxis im Wege einer Kulturvergleichung über den Textvergleich hinaus möglich zu sein: Verfassungslehre wird so zu einer Kulturwissenschaft.“

⁸⁰⁵ So bereits *Ernst Rabel*, *Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925, S. 4, der das Gesetz ohne Beachtung von Rechtsprechung und Dogmatik als nutzlosen Vergleichsgegenstand ansieht. Ebenfalls *Karl Neumeyer*, *Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 1970, 411; *Bernd Uterhoeven*, *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, 1959, S. 72 f.; *Georgios Trantas*, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öffentlichen Rechts*, 1998, S. 41. Für die Verfassungsvergleichung siehe: *Sebastian Müller-Franken*, *Verfassungsvergleichung*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hg.), *Verfassungstheorie*, 2010, 885, S. 912 f.; *Karl-Peter Sommermann*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, *Die öffentliche Verwaltung* 52 1999, 1017, S. 1021 f.

⁸⁰⁶ So auch *Axel Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht*, *Juristenzeitung* 2007, 807, S. 814 f., welcher aus diesem Grund den Schluss von Textgleichheit auf Inhaltsgleichheit nach Häberles Methode der Textstufenanalyse kritisiert. Die These von einer „Entwicklungsgemeinschaft“ der Staaten vom Typus Verfassungsstaat, auf welcher Häberles Methode beruht, sei nicht beweisbar und die Textstufenanalyse daher nur für Verfassungsnormen anwendbar, deren Inhalt in den verglichenen Staaten bereits standardisiert sei.

Die Ausrichtung an den Elementen des Verfassungsrechtswissens bildet eines der grundlegenden Handlungsschemata, die den Habitus der Rechtspraxis bestimmen. In der deutschen Rechtspraxis bedeutet dies maßgeblich die Ausrichtung an den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, welche auch in Grundgesetz-Kommentierungen einen wichtigen Ausgangspunkt für weitergehende Theoretisierung bilden. Das internalisierte, handlungspraktische Wissen, dass die Bedeutung rechtlicher Normen in Präjudizien verkörpert ist, wirkt sich auf die Bezugnahme auf fremdes Verfassungsrecht aus. Deswegen ist der argumentative Wert der Bezugnahme auf fremde verfassungsgerichtliche Entscheidungen größer als derjenige der Bezugnahme auf den fremden Verfassungstext oder auch einen Beitrag aus dem Schrifttum⁸⁰⁷. Es wird vermutet, dass das fremde Verfassungsrechtswissen in den Entscheidungen des fremden Verfassungsgerichts verkörpert ist⁸⁰⁸. Die Entscheidungen fremder Verfassungsgerichte können daher ebenso wie rechtsordnungsinterne Präjudizien als *epistemische Autoritäten* bezeichnet werden⁸⁰⁹.

Dass die Autorität fremder Verfassungsgerichte in der Rechtspraxis anerkannt ist, zeigt sich bereits in der Art der Zitation fremder Präjudizien in richterlichen Entscheidungsbegründungen⁸¹⁰. Dass eine bestimmte Meinung über die Bedeutung eines Verfassungsprinzips von einem fremden Verfassungsgericht vertreten wird, wird als autonomes Argument verwendet.

Weil der Grund für die Anerkennung ihrer Aussagen in der Überzeugung besteht, dass diese relativ zum jeweiligen Verfassungsrechtswissen richtig sind, sind sie legitime („*de jure*“) epistemische Autoritäten⁸¹¹. Als Ergebnisse eines fremden juristischen Diskurses erlangen sie

⁸⁰⁷ Stefan Martini, Lifting the Constitutional Curtain The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court, in: Groppi/Ponthoreau (Hg.), The use of foreign precedents by constitutional judges, 2013, 229, S. 252: „Compared to foreign law, the argumentation status of foreign case law seems to be higher as law can only be understood and then ultimately transferred into persuasive authority when its application is valued.“

⁸⁰⁸ Ähnlich bereits Bernd Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2006, S. 29; rechtshistorisch Regina Ogorsek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986, S. 190 ff. Siehe zudem Frederick F. Schauer, Thinking like a lawyer, 2009, S. 72: „She is persuaded that the source is more likely right than she would be if she made her own decision“.

⁸⁰⁹ Dies entspricht der Begriffbestimmung durch George, welcher eine Institution oder Person als epistemische Autorität bezeichnen will, welcher von einer oder mehreren anderen ein überlegenes Wissen auf einem bestimmten Gebiet zugesprochen wird, vgl. Richard T. de George, The nature and limits of authority, 1985, S. 27. Auch Sauer will ausländischen Gerichtsentscheidungen eine „eine ähnliche affirmative Funktion wie Präjudizien“ zusprechen, vgl. Heiko Sauer, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, Journal für Rechtspolitik 18 2010, 194, S. 198.

⁸¹⁰ Vergleiche Angelika Nußberger, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, Juristenzeitung 15 2006, 763, S. 763; Mattias Wendel, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, Der Staat 52 2013, 339, S. 359 f.; Mattias Wendel, Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, ZaöRV 2014, S. 666; Brun-Otto Bryde, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, Tulane Law Review 80 2005, 203, S. 205.

⁸¹¹ Richard T. de George, The nature and limits of authority, 1985, S. 34 f. Die Definition von George stellt für die Legitimität der der Autorität auf das Kriterium der Wahrheit ihrer Aussagen ab. Wenn bereits aufgrund der

epistemische Autorität jedoch nur bezogen auf das fremde Verfassungsrechtswissen⁸¹². Eine Rechtmäßigkeitsvermutung kommt ihnen bezogen auf das deutsche Verfassungsrecht nicht zu. Denn der in fremden Präjudizien enthaltene Sprachgebrauch beruht – selbst bei übereinstimmender natürlicher Sprache – auf dem Bedeutungsgefüge einer fremden Rechtspraxis⁸¹³.

Die Anerkennung der epistemischen Autorität der Entscheidungen fremder Verfassungsgerichte steht in auffälligem Widerspruch zu der zu Beginn dargestellten Diskussion über die *persuasive authority* fremder Rechtsmaterialien. Diese Widersprüchlichkeit liegt bereits darin begründet, dass, wie in Abschnitt A.I.3. dargestellt, der Begriff der Autorität in einem klassischen Verständnis die Verbindlichkeit der als Autorität zitierten Quelle – anders ausgedrückt ihre Eigenschaft als Rechtsquelle – indiziert. Diese ist für fremde Rechtsmaterialien ausgeschlossen. Schon bei der Betrachtung der Wirkung rechtsordnungsinterner Präjudizien in der deutschen Rechtspraxis hat sich jedoch gezeigt, dass das Gegensatzpaar verbindlich/unverbindlich deren Orientierungswirkungen in der Rechtspraxis und ihre argumentative Bedeutung in der richterlichen Entscheidungsbegründung nicht adäquat beschreiben kann. Es ist die *Richtigkeitsvermutung*, welche Präjudizien in der Rechtspraxis, der sie angehören, Autorität verleiht. In dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Verständnis kann also die Autorität einer Quelle als Voraussetzung der Überzeugungskraft des Verweises auf sie angesehen werden.

III. Überlegungen zu Anforderungen an die Kontextualisierung verfassungsvergleichender Argumentation

Die Überzeugungskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen wird, wie diejenige aller Gerichtsentscheidungen, maßgeblich durch die Rechtspraxis beurteilt⁸¹⁴. Auch verfassungsgerichtliche Entscheidungen werden in der Rechtspraxis nicht auf Akzeptanz stoßen, wenn sie

Anerkennung als epistemische Autorität den Aussagen dieser Person oder Institution Glauben geschenkt wird, handelt es sich um eine *de facto* epistemische Autorität. Bei Verzicht auf einen außerhalb des juristischen Diskurses liegenden Richtigkeits- oder Wahrheitsmaßstab und der Anerkennung der Herstellung der Verfassungsbedeutung durch die Rechtspraxis ist sie eng verknüpft mit *de facto* epistemischer Autorität. Die Anerkennung der Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts als Elemente der Verfassungsbedeutung durch die Rechtspraxis (*de facto* Autorität) verleiht diesen zugleich die Richtigkeitsvermutung, da sie mit dem Verfassungsrechtswissen gleichgesetzt werden (*de jure* Autorität).

⁸¹² So auch Mark Radhert, Comparative Constitutional Advocacy, American University Law Review 56 2007, 553, S. 616.

⁸¹³ Dies verdeutlicht bereits die Existenz von Vereinigungen, deren Ziel darin besteht, den Austausch zwischen Rechtsordnungen mit der gleichen natürlichen Sprache zu stärken, vergleiche Anna Chadidscha Schumann, Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français - Coopération des Cours au Service de L'État de Droit, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 78 zur Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français.

⁸¹⁴ So bereits Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVdStRL 20 1963, 53, S. 71 f.

der Erwartung der Verfassungs- und Gesetzesbindung der Judikative nicht gerecht werden⁸¹⁵. Auch die allgemeine Öffentlichkeit nimmt gegenüber der Verfassungsrechtsprechung eine Kontrollfunktion wahr und kann auf eine nicht überzeugende oder nicht akzeptable Entscheidung reagieren⁸¹⁶. Hierbei handelt es sich aber um eine Ergebniskontrolle, da die rechtliche Begründbarkeit nur von Teilnehmern des juristischen Diskurses beurteilt werden kann. Eine systematische und umfassende Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts findet, wie bereits dargestellt, durch die Staatsrechtslehre statt. Trotz der berechtigten Kritik am Bundesverfassungsgerichtspositivismus und der argumentativen Freiheit des Bundesverfassungsgerichts, könnte dieses die Regeln der Argumentationskunst nicht völlig beiseiteschieben, ohne sich dem Vorwurf des Dezisionismus auszusetzen.

Im Hinblick auf die verfassungsvergleichende Argumentation macht die im ersten Abschnitt dieser Untersuchung dargestellte Diskussion deutlich, dass in der Staatsrechtslehre noch keine Einigkeit über die methodischen Anforderungen an den Verweis auf fremdes Verfassungsrecht besteht. Dennoch zeigt die Analyse der Diskussionsbeiträge, dass jedenfalls die Anforderung der Kontextualisierung als zentrale Anforderung an verfassungsvergleichende Argumentation betont wird⁸¹⁷. Sie kann daher als ein in der Rechtspraxis anerkanntes Kriterium der Überzeugungskraft richterlicher Verfassungsvergleichung angesehen werden.

Auch von Richtern des Bundesverfassungsgerichts wurde die Kontextualisierungsbedürftigkeit verfassungsvergleichender Argumentation betont. Die durch die Richtermehrheit angeführten komparativen Argumente im *Spiegel-Urteil* kritisierend, führen die abweichend votierenden Richter zu der geringen Überzeugungskraft einer nicht kontextualisierten verfassungsvergleichenden Argumentation aus:

„Auch ein Vergleich mit der Rechtsordnung anderer demokratischer Staaten kann keine überzeugenden Argumente gegen die hier vertretene Auffassung liefern, wenn er sich allein auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer bestimmten gesetzlichen Ein-

⁸¹⁵ Daher wird auch in den Entscheidungsbegründungen von Verfassungsgerichten das Auslegungsergebnis, welches zuvor bereits hergestellt wurde, mit von der Rechtspraxis anerkannten, rechtlichen Argumenten begründet, vgl. *Matthias Jestaedt*, Verfassungsinterpretation in Deutschland, in: Lienbacher (Hg.), Verfassungsinterpretation in Europa, 2011, 5, S. 15 f.

⁸¹⁶ Siehe zur Öffentlichkeitsarbeit des Bundesverfassungsgerichts über die Entscheidungsbegründung hinaus *Uwe Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 1. Aufl. 2010, S. 253 ff.

⁸¹⁷ *Bernd Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2006, S. 35 f.; *Carl-David von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 549. Zur Kontextabhängigkeit der Verfassungsvergleichung mit der Forderung nach mehr interkultureller und intersubjektiver Kompetenz siehe auch *Susanne Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 2004, 735. Zur Betonung der Kontextabhängigkeit der Rechtsvergleichung im Allgemeinen vgl. auch *Bernhard Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 26.

*zelregelung beschränkt und weder das betreffende Rechtssystem im ganzen würdigt - das etwa wie in England oder dem Bundesrecht der USA überhaupt keinem Berufsstand ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht einräumt - noch die Rechtspraxis und das demokratische Bewußtsein der betreffenden Gesellschaft berücksichtigt.*⁸¹⁸

Die Ausführungen der Richter weisen hier zum einen darauf hin, dass die Bedeutung einer Einzelregelung nur im Lichte des gesamten relevanten (Verfassungs-)Rechtswissens verstanden werden kann und zum anderen darauf, dass sich die Bedeutung der jeweiligen Regelung erst in der Rechtspraxis ergibt⁸¹⁹. Fehlt somit eine Kontextualisierung, schwächt dies die Überzeugungskraft der Argumentation mit fremden Rechtsmeinungen⁸²⁰. Denn, noch mehr als bei zeitlich lang zurückliegenden rechtsordnungsinternen Präjudizien, stellt sich die Frage nach der Relevanz für die aktuelle Normbedeutung im Hinblick auf die Elemente fremden Verfassungsrechtswissens, da deren Richtigkeit in einem anderen Kontext beurteilt wurde.

Die Bezugnahme auf ein ähnliches Interpretationsergebnis eines fremden Verfassungsgerichts dient der Steigerung der Plausibilität der eigenen Interpretation, weil sie verdeutlicht, dass (auch) ein kompetenter Interpret einer korrespondierenden Verfassungsnorm zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt ist. Die Relevanz für die Interpretation des Grundgesetzes kann jedoch nur dann begründet werden, wenn das Bundesverfassungsgericht zugleich die Korrespondenz des fremden mit dem eigenen Verfassungsrecht behaupten kann. Dies kann auch anhand des *Fraport-Urteils* des Bundesverfassungsgerichts aufgezeigt werden.

Die Relevanz „*ähnlicher Kriterien*“ kanadischer oder amerikanischer Gerichte für die vom Bundesverfassungsgericht im *Fraport-Urteil* entwickelten Kriterien für die Bestimmung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit, setzt die Annahme voraus, dass die Bedeutung der Versammlungsfreiheit im fremden Verfassungsrecht in besonderem Maße mit der Bedeutung des entsprechenden deutschen Grundrechts übereinstimmt. Nur unter dieser Prämisse wird die grundgesetzliche Versammlungsfreiheit als Maßstab der verfassungsgerichtlichen Entschei-

⁸¹⁸ BVerfGE 20, 162, 208 (1966) – *Spiegel*.

⁸¹⁹ In dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Rechtsverständnis ist das „demokratische Bewusstsein der Gesellschaft“ keine von Rechtswissen unabhängige Größe, sondern ist in diesem – wenngleich niemals in idealer Weise – reflektiert.

⁸²⁰ Ähnlich bereits *Heiko Sauer*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 194, 198 die ohne erkennbare Kontextualisierung durch den bloßen Verweis auf „andere Länder“ stattfindende Bezugnahme auf fremdes Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als „Alibi-Vergleich“ kritisierend. Siehe auch *Carl-David von Busse*, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, 2015, S. 568 ff.

derung erkennbar⁸²¹. Gleichzeitig wird durch die Darstellungsweise des Bundesverfassungsgerichts das Leitbild des öffentlichen Forums als dem Grundgesetz immanent dargestellt:

„Zum anderen beantwortet sich die Frage, ob ein solcher außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegender Ort als ein öffentlicher Kommunikationsraum zu beurteilen ist, nach dem Leitbild des öffentlichen Forums (vgl. zu ähnlichen Kriterien: Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, <1991> 1 S. C. R. 139; Supreme Court of the United States, International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee, 505 U.S. 672 <1992>). Dieses ist dadurch charakterisiert, dass auf ihm eine Vielzahl von verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen verfolgt werden kann und hierdurch ein vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht entsteht.“⁸²²

Zwar unterscheiden sich die Kriterien des Bundesverfassungsgerichts dafür, in welchen öffentlich zugänglichen Räumen die Versammlungsfreiheit grundsätzlich gilt, von denjenigen der kanadischen wie auch der amerikanischen Dogmatik⁸²³. Jedoch wird durch den expliziten Verweis auf die Idee des „*public forum*“ als Äquivalent zu derjenigen des öffentlichen Forums die Relevanz der Bedeutung des fremden Verfassungsrechts für die Interpretation der eigenen Verfassung behauptet.

Übernimmt das Verfassungsgericht hingegen eine fremde Interpretationsweise als Argument für eine äquivalente Interpretation der eigenen Verfassung, ohne das fremde Bedeutungselement im Kontext des eigenen Verfassungsrechtswissens zu positionieren, ist die Überzeugungskraft als juristisches Argument beschränkt⁸²⁴. Zur Bestätigung des eigenen Interpretationsergebnisses in Bezug genommene fremde Autoritäten können ihre affirmative Funktion nur erreichen, wenn die ihnen entnommene Lösung auf der Grundlage eines ähnlichen *Verfassungsrechtsgefüges* entstanden ist. Kann die Korrespondenz des Verfassungsrechtswissens nicht argumentativ gültig hergestellt werden, besitzt der Verweis auf die eigene Interpretation

⁸²¹ Auf der Grundlage des in den vorausgehenden Abschnitten erläuterten Rechtsverständnisses kann dies nicht als Hinweis auf die Verkörperung universeller Rechtsprinzipien in den Verfassungen aller drei Staaten verstanden werden. Im Gegensatz dazu sieht Cardenas Paulsen gerade in der Anerkennung der Existenz universeller Rechtsprinzipien durch das Bundesverfassungsgericht den Grund für die Anerkennung der Relevanz fremder Rechtsmeinungen durch das Gericht, vgl. *Aura María Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 133: „Diese Entscheidungen behandeln Verfassungsprinzipien, die einer Vielzahl von Rechtsordnungen gleicher oder ähnlicher Verfassungsstruktur gemeinsam sind. Das Bundesverfassungsgericht erkennt bei der Auslegung dieser Prinzipien die Existenz übernationaler bzw. universeller Grundsätze an und befasst sich dementsprechend mit den Auffassungen anderer Staaten mit freiheitlicher Verfassungsordnung bzw. westlicher Demokratie.“

⁸²² BVerfGE 128, 226, 253 (2011) - *Fraport*.

⁸²³ Siehe hierzu *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 126 f.

⁸²⁴ Ähnlich auch *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 111.

bekräftigende fremde Wissens Elemente keine argumentative Wirkung⁸²⁵. Er kann von der Rechtspraxis nicht als gültiges juristisches Argument anerkannt werden. Dies wird auch daran deutlich, dass die Rechtswissenschaft verlangt, dass zwischen der eigenen und der fremden Verfassungsordnung hinreichende Übereinstimmung besteht⁸²⁶. Das Ziel verfassungsvergleichender Argumentation, die Plausibilität der eigenen Interpretation zu steigern, kann daher nur bei einer hinreichenden Menge von Gemeinsamkeiten zwischen der eigenen Rechtsordnung und der Vergleichsrechtsordnung erreicht werden⁸²⁷.

An dieser Stelle muss in Erinnerung gerufen werden, dass der nationale Rechtsanwender bei der Feststellung der Ähnlichkeit des fremden Verfassungswissens mit dem eigenen ebenso wie bei der Interpretation fremder Wissens Elemente notwendig von seinem eigenen Vorverständnis ausgeht⁸²⁸. Für die Überzeugungskraft eines verfassungsvergleichenden Argumentes ist darum die Perspektive der nationalen Rechtspraxis entscheidend. Aus der Sicht verschiedener Akteure derselben nationalen Rechtspraxis kann eine gemeinsame Verständnisgrundlage im Verfassungsrechtswissen angenommen werden⁸²⁹. Dennoch muss die angenommene Interpretation eines fremden Präjudizes oder einer fremden Verfassungsnorm plausibilisiert werden. Die von der juristischen Methodenlehre formulierten Voraussetzungen methodisch korrekter Verfassungsvergleichung setzen die *Darstellung* des richterlichen Interpretationsergebnisses als richtiges Verständnis der fremden Norm voraus.

Dass auch zwischen als demokratischen Verfassungsstaaten eingeordneten Staaten erhebliche verfassungsrechtliche Unterschiede bestehen können, steht ihrer Zusammenfassung in einer

⁸²⁵ Sebastian Müller-Franken, Verfassungsvergleichung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, S. 918.

⁸²⁶ Siehe etwa Jörg Manfred Mössner, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, Archiv des öffentlichen Rechts 99 1974, 193, S. 214.

⁸²⁷ Cardenas Paulsen identifiziert in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Kriterien für die Heranziehung einer Vergleichsrechtsordnung Gemeinsamkeiten hinsichtlich des historische und sozio-politische Umfelds sowie grundlegende Übereinstimmungen der verfassungsrechtlichen Strukturen., vgl. Aura María Cárdenas Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 65 ff. Ähnlich in der Sache auch bereits José Martínez, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 163: „(...) im Lichte der Funktion der Rechtsvergleichung (...) wird deutlich, daß ein Vergleich mit einem undemokratischen Rechtsinstitut zu keiner Rationalitätserhöhung führt.“

⁸²⁸ Denn wir bekommen „(...) die nebeneinander stehenden Systeme immer nur „nacheinander“ zu fassen, weil wir ja in einem System zu denken und zu urteilen beginnen, dort die Argumentation soweit wie möglich treiben, und dann die Argumente aus dem nächsten System auf diesen Meinungsstand beziehen und zu integrieren versuchen.“ So Harald Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, S. 383

⁸²⁹ Entsprechend geht Cardenas Paulsen selbstverständlich davon aus, dass die Beurteilung der Rechtsstaatlichkeit einer fremden Verfassungsordnung durch das Bundesverfassungsgericht "anhand der Merkmale Vorrang der Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Garantie der Grundrechte und Anerkennung allgemeiner Regeln des Völkerrecht" zu erfolgen habe. Ohne diese Merkmale hier einer Bewertung unterziehen zu wollen, machen sie das Ausgehen von der eigenen Verfassungsordnung deutlich. Vgl. Aura María Cárdenas Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 74.

gemeinsamen Kategorie nicht grundsätzlich entgegen. Dies bereits, weil die Bildung von Vergleichskategorien stets allein eine grundsätzliche Vergleichbarkeit, nicht eine absolute Übereinstimmung, herstellt. Ob eine Kategoriebildung, etwa in Form des Verweises auf „westliche Verfassungsstaaten“ überzeugend ist, hängt daher vom *tertium comparationis* ab⁸³⁰.

Wie die zu Beginn dargestellten Ergebnisse empirischer Betrachtungen des Verweises auf fremde Autoritäten durch das Bundesverfassungsgericht zeigen, kann in Fällen, in denen Unterschiede bestehen, eine argumentative *Kontrastierung* erfolgen. Diese Argumentationsweise beruht gerade auf der Annahme der Differenz des eigenen vom fremden Verfassungsrecht. So kann die Plausibilität der eigenen Interpretationsweise oder Lösung trotz des Widerspruchs zu einer mehrheitlichen Interpretationsweise durch den Verweis auf die Besonderheiten, die Individualität, der eigenen Verfassungsordnung argumentativ abgesichert werden.

Weicht das Verfassungsrechtswissen der fremden Verfassungsordnung – aus Sicht der eigenen Verfassungsordnung – sehr stark vom eigenen Verfassungsrechtswissen ab, ist die Gegenüberstellung der eigenen und der fremden Rechtsmeinung argumentativ überzeugender. Obwohl bei dieser Verwendungsweise verfassungsvergleichender Argumentation eine Abgrenzung zu der fremden Rechtsmeinung erfolgt, wird auch dabei die epistemische Autorität des fremden Verfassungsgerichts anerkannt. Denn das zitierende Verfassungsgericht spricht der in Bezug genommenen Entscheidung nicht die Eigenschaft als Bestandteil des fremden Verfassungsrechtswissen ab. Vielmehr wird die Spezifität des eigenen und des fremden Verfassungsrechts durch das Herausstellen der Unterschiede der relevanten Kontexte begründet.

Der Differenzierung zu der Lösung eines verfassungsrechtlichen Problems in einer fremden Verfassungsordnung ähnelt die Technik des *Distinguishing*⁸³¹. In der Entscheidungsbegründung stellt das zitierende Gericht bei dieser Art verfassungsvergleichender Argumentation die

⁸³⁰ Kritisch *Anna-Bettina Kaiser*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 2010, 203, S. 205: „Vorgeschlagen wird bisweilen eine Begrenzung auf Staaten mit westlicher Verfassungstradition. Diese Empfehlung zieht aber sogleich Folgeprobleme nach sich. Denn wie geht man mit dem Problem um, dass selbst Länder ‚mit ähnlichen Verfassungsstrukturen‘ beispielsweise die Todesstrafe akzeptieren, die nach der deutschen Rechtsauffassung nicht nur verfassungswidrig wäre, sondern eine eindeutige Verletzung der Menschenwürde darstellt und damit sogar gegen den deutschen Verfassungskern verstoßen würde?“

⁸³¹ Ähnlich bereits *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 119 f. Jedoch verfolgt das *Distinguishing* einen anderen Zweck als der kontrastierende Verweis auf fremde Autoritäten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Durch das *Distinguishing* soll in einem System strenger Präjudizienbindung die Abweichung von bindenden Präjudizien ermöglicht werden. Eine Pflicht zur Berücksichtigung oder gar Beachtung fremden Verfassungsrechtswissens besteht aber wie zuvor festgestellt nicht.

eine Kontrastierung rechtfertigenden Unterschiede zu einer fremden Rechtsmeinung dar⁸³², welche dem eigenen Interpretationsergebnis nicht entspricht. Die Technik des *Distinguishing* verdeutlicht in erster Linie die Abhängigkeit der in einem Präjudiz enthaltenen Interpretationsweise von der konkreten Entscheidungssituation. Übertragen auf die verfassungsvergleichende Argumentation durch den Verweis auf fremde Präjudizien, Rechtsprechungslinien oder Konsense findet ein Abgrenzungsvorgang nicht bezogen auf einen konkreten Lebenssachverhalt, sondern auch hinsichtlich des relevanten Verfassungsrechtswissens statt.

Ein Beispiel für die kontrastierende Nutzung zeigt sich in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten. Das Gericht hatte unter anderem zu beurteilen, ob Abweichungen hinsichtlich der Größe von Wahlkreisen eine Verletzung der Wahlrechtsgleichheit darstellen. In diesem Zusammenhang wurde ein Gutachten zu den Wahlrechtssystemen, insbesondere der Einteilung von Wahlkreisen, in anderen Staaten in Auftrag gegeben. Zu den Ergebnissen des Gutachtens und ihrer Relevanz für die Beurteilung der zu überprüfenden Regelungen des deutschen Gesetzgebers führt das Gericht aus:

„Aus dem vom Gericht eingeholten Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht geht hervor, daß auch in einer Reihe anderer demokratischer Staaten die Gleichheit der Repräsentation des Staatsvolks oder der Wahlberechtigten in den Wahlbezirken ein verfassungsrechtliches Anliegen ist. Aus ihm leiten sich Pflichten ab, zeitgerecht die Untergliederung des Staatsgebietes in Wahlkreise oder die Zahl der dort zu wählenden Abgeordneten an demographische Verschiebungen anzupassen. So hält der Supreme Court von Irland Abweichungen von der Wahlkreisgröße in Höhe von 17 v.H. für verfassungswidrig. In Frankreich sind innerhalb eines Departements Abweichungen von dem Postulat gleichgroßer Wahlkreise nur bis zu 20 v.H. gestattet. In Kanada sollen lokal, historisch oder geographisch bedingte Abweichungen von der auf die Wahlbevölkerung bezogenen Durchschnittsgröße der Wahlkreise innerhalb einer Provinz die Marge von 25 v.H. nicht übersteigen. Der Supreme Court der USA verlangt für die Wahl zum Repräsentantenhaus die strikte Gleichheit der Wahlkreise innerhalb eines Bundesstaates in Bezug auf die Zahl der Wahlberechtigten mit der Konsequenz, daß jede Abweichung, sei sie auch noch so gering, durch konkrete Gründe gerechtfertigt werden muß.

Für den Bundesgesetzgeber wird die Strenge der Gleichheitsanforderung allerdings schon dadurch gemildert, daß die Wahlkreise im Verhältnis der Bevölkerungsanteile auf die einzelnen Länder zu verteilen sind. Es kommt hinzu, daß jeder Wahlkreis nach dem

⁸³² Mit Beispielen *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 114 f.

*Gedanken einer territorialen Verankerung des im Wahlkreis gewählten Abgeordneten zugleich ein zusammengehörendes und abgerundetes Ganzes bilden soll, und die historisch verwurzelten Verwaltungsgrenzen sich nach Möglichkeit mit den Wahlkreisgrenzen decken sollen.*⁸³³

Die Aussage, die Gleichheit der Repräsentation des Staatsvolks oder der Wahlberechtigten in den Wahlbezirken stelle auch in anderen Staaten ein verfassungsrechtliches Anliegen dar, zeigt zunächst das Bestehen eines gemeinsamen Problems – eines *tertium comparationis* – auf. Daraufhin werden die in den verschiedenen Verfassungsordnungen vertretenen Lösungsmöglichkeiten, die Wahlrechtsgleichheit zu sichern, dargestellt. Im Anschluss stellt das Gericht aber fest, dass die Gleichheitsforderung im deutschen Verfassungsrecht aufgrund des Umstandes, dass die Wahlkreise im Verhältnis auf die Bevölkerungsteile auf die Länder zu verteilen seien, verringert sei. Der abweichende Kontext wird somit als Differenzierungskriterium herausgestellt.

Die Angabe des *tertium comparationis* in der richterlichen Entscheidungsbegründung dient der Bestätigung der Sinnhaftigkeit des Verweises auf Elemente fremden Verfassungsrechtswissens. Das durch die Entscheidung zu lösende verfassungsrechtliche Problem darf nicht als ein spezifisches Problem des nationalen Verfassungsrechts erscheinen⁸³⁴. Konkrete Probleme der einfachgesetzlichen Ausgestaltung einzelner Verfassungsnormen eignen sich daher weniger für verfassungsvergleichende Argumentation als etwa die Frage, welche abstrakten Grenzen dem Schutzbereich einzelner Grundrechte gesetzt sind.

Durch die Bestimmung des *tertium comparationis* wird mittelbar bereits der relevante Bereich des fremden Verfassungsrechtswissens bestimmt. Darin enthalten sind diejenigen Bestandteile des gelebten Verfassungsrechts, der fremden Verfassungsordnung, in deren Abhängigkeit die Lösung des relevanten verfassungsrechtlichen Ordnungsbedürfnisses steht. Der Vergleichsgegenstandspunkt hat mithin zugleich eine Umgrenzungsfunktion. Die Anforderung der Ähnlichkeit oder Verschiedenheit bezieht sich nur auf diejenigen Elemente des fremden Verfassungsrechtswissens und des dieses bestimmenden Kontextes, welche für die konkrete verfassungsrechtliche Frage Relevanz besitzen. Die Darstellung der Kohärenz des fremden Sprachgebrauchs zum gesamten fremden Verfassungsrechtswissen ist für die Überzeugungskraft des Verweises nicht erforderlich.

⁸³³ BVerfGE 95, 335, 363 f. (1997) – *Überhangmandate*.

⁸³⁴ So auch bereits *Mössner*, wengleich er dies nicht als Kriterium der Überzeugungskraft des Verweises auf fremdes Verfassungsrechts begreift, sondern den Erkenntnisgewinn durch die Vergleichung davon abhängig machen will, vgl. *Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, Archiv des öffentlichen Rechts 99 1974, 193, S. 198 f.

Im Rahmen der Kontextualisierung wirkt sich, wie bereits zuvor angedeutet, der Begründungsstil des Bundesverfassungsgerichts auf die Anforderungen an die Kontextualisierung fremder Rechtsmeinungen aus. Weil die Bezugnahme auf fremdes Verfassungsrecht im Maßstäbeteil der Entscheidungsbegründung erfolgt, ist sie vom konkreten Sachverhalt abstrahiert. Daher ist bei der Bezugnahme auf die Entscheidung eines fremden Verfassungsgerichtes der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt für die Kontextualisierung irrelevant. Bereits innerhalb der deutschen Rechtspraxis werden die vor allem den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnommenen Bedeutungselemente des Grundgesetzes in verschiedene Entscheidungskontexte gesetzt. Das gelebte Verfassungsrecht entwickelt sich damit fort. Gleichzeitig wird das Verfassungsrechtswissen dadurch ein Stück weit *kontextneutral*. Die Bedeutungskonstitution wird durch den Entstehungskontext mithin nur noch mittelbar beeinflusst, maßgeblich ist die – argumentativ gültige – Vereinbarkeit mit dem Gefüge abstrakten Verfassungsrechtswissens.

Die Korrespondenz oder die Differenz des relevanten Verfassungsrechtswissens der ins Verhältnis gesetzten Verfassungsordnungen muss argumentativ gültig darstellbar sein oder auf allgemein anerkannten Vermutungen fußen. Den Maßstab hinreichender Korrespondenz oder Differenz bestimmt die nationale Rechtspraxis. In Bezug auf die verfassungsvergleichende Argumentation durch das Bundesverfassungsgericht fällt jedoch diese Aufgabe primär der Rechtswissenschaft zu. Zum einen, weil die Stellung des Gerichts innerhalb der Gerichtshierarchie dessen Entscheidungen der Kritik durch andere Gerichte weitgehend entzieht, zum anderen, weil die Rechtswissenschaft über die notwendigen Ressourcen verfügt, um die Ähnlichkeitsanforderungen theoretisch zu bestimmen und ihre Erfüllung in der Entscheidungsbegründung zu kontrollieren.

Durch den positiven Verweis auf ein fremdes Wissensselement zur Stützung des eigenen Interpretationsergebnisses stellt der entscheidende Richter implizit die These der Korrespondenz des eigenen mit dem in Bezug genommenen fremden Verfassungsrechtswissen auf. Die Überzeugung des Richters, dass eine fremde Rechtsmeinung Relevanz für die eigene Entscheidung besitzt, geht der argumentativen Herstellung der Korrespondenz der Verfassungskontexten voraus. Durch die Angabe von Quellen für die fremde Lösung wird die Korrespondenzbehauptung nachprüfbar. Je größere Detailtiefe die behauptete Ähnlichkeit verfassungsrechtlicher Lösungen ist, desto größer sind die Anforderungen an die Korrespondenz des Verfassungsrechtswissens.

Ein Beispiel für die Heranziehung verfassungsvergleichender Argumente zur Klärung einer Detailfrage durch das Bundesverfassungsgericht ist die Frage nach der vom Demokratieprinzip geforderten Anzahl von Lesungen im Parlament vor der Verabschiedung eines Gesetzesentwurfs. Das Bundesverfassungsgericht nahm in einer diese Frage betreffenden Entscheidung Bezug auf die französische Verfassung, welche zwei Lesungen ausreichen ließ, um sein Interpretationsergebnis zu stützen, dass das Demokratieprinzip mindestens drei Lesungen im Gesetzgebungsverfahren nicht zwingend vorschreibt⁸³⁵. Die argumentative Gültigkeit dieser Aussage des Bundesverfassungsgerichts fußt notwendig auf der Annahme, dass die Bedeutung des Demokratieprinzips nach der Bedeutungskonstitution der deutschen und französischen Rechtspraxis miteinander übereinstimmt.

Je abstrakter das verfassungsvergleichende Argument ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Begründung der Korrespondenzthese, desto weniger argumentatives Gewicht kommt dem Verweis auf fremde Autoritäten jedoch zugleich zu. Pauschale Annahmen der Kontextähnlichkeit zwischen „Kulturländern“ oder „demokratischen (Verfassungs-)Staaten“ können nur entsprechend abstrakte Verweise auf korrespondierende fremde Lösungen stützen⁸³⁶. Dies gilt in besonderem Maße für den Verweis auf universelle Konsense. Die behauptete absolute Universalität einer bestimmten Interpretations- oder Regelungsweise ist effektiv nicht überprüfbar. Dies bereits, da es zu verfassungsrechtlichen Fragestellungen keine rechtsvergleichenden Arbeiten mit universeller Reichweite gibt. Entscheidend ist auch insofern die überzeugende *Darstellbarkeit* des Verweises auf einen universellen Konsens.

Als Abgrenzungskriterien im Falle der Kontrastierung zieht das Bundesverfassungsgericht Gesichtspunkte wie abweichende Kompetenzen des fremden Verfassungsgerichts oder Unterschiede im Aufbau der Verfassungsorgane, das heißt allgemein Unterschiede des gelebten Verfassungsrechts, heran⁸³⁷. Diese Unterschiede müssen Relevanz für die Lösung des den Gegenstand des Vergleiches bildenden verfassungsrechtlichen Problems besitzen. Spiegelbildlich zur Korrespondenzthese gilt: Je abstrakter das in Bezug genommene fremde Interpretationsergebnis, desto weitreichendere Unterschiede müssen zwischen den Verfassungskontexten bestehen. Je spezifischer das verfassungsvergleichende Argument ist, desto geringere Unterschiede können die Differenzierung bereits begründen.

⁸³⁵ BVerfGE 1, 144, 151 (1952) – *Gesetzesinitiativen*.

⁸³⁶ Ähnlich meint Martini: „Auch schlichte Verweise auf die ‚zivilisierte Welt‘ oder andere unscharfe Kategorien (‚westliche Welt‘, ‚Kulturländer‘, ‚Kulturstaaten‘), die zudem kulturell normative Urteile auf fragwürdiger Basis transportieren, genügen diesem methodischen Anspruch (Konsensbehauptungen und -fiktionen zu belegen) nicht“ *Stefan Martini, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 531.

⁸³⁷ BVerfGE 1, 144, 151 (1952) – *Gesetzesinitiativen*.

Zwar muss das auf fremde Rechtsmaterialien verweisende Gericht die Relevanz der herangezogenen fremden Wissens Elemente für die eigene Verfassungsinterpretation begründen. Jedoch hängt die erforderliche Begründungsintensität davon ab, ob Argumente gegen die Relevanz der verfassungsvergleichenden Argumente für die Entscheidung in den juristischen Diskurs innerhalb der eigenen Rechtspraxis erwartet werden. Ausreichend für die Darstellung der Korrespondenz oder Differenz kann der – auch implizite – Verweis auf anerkannte Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zwischen verschiedenen Verfassungsordnungen hinsichtlich des relevanten Vergleichsgegenstandes sein. Aufgrund des für das Gericht bestehenden Entscheidungsdrucks und der begrenzten Zeit für die Entscheidungsfindung ist der Rückgriff auf anerkannte und plausible Annahmen ein wichtiges Hilfsmittel⁸³⁸.

So kann etwa die Annahme der Relevanz der *Grundrechtsinterpretation* in einer anderen Verfassungsordnung für die Richtigkeit der Interpretation der eigenen Verfassung dadurch bestärkt werden, dass die Grundrechtskataloge vieler Verfassungsordnungen durch die Rezeption der Gewährleistungen aus internationalen Menschenrechtskonventionen beeinflusst sind⁸³⁹. Vor allem wird auch im Hinblick auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union vielfach eine weitgehende Korrespondenz des Verfassungsrechtswissens im Allgemeinen angenommen⁸⁴⁰. Ein Grund für eine größere Übereinstimmung der Verfassungskontexte europäischer Staaten wird unter anderem in der bereits zuvor angesprochenen starken Vernetzung europäischer Verfassungsgerichte auf institutioneller und auch personeller Ebene gesehen⁸⁴¹. Eine Reihe von Organisationen wie die „Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte“, die „Association of European administrative Judges“ oder die „Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union“ tragen zu einer wahrnehmbaren Vernetzung europäischer Gerichte durch die Ermöglichung eines per-

⁸³⁸ Ähnlich bereits für die Rechtsvergleichung allgemein Konrad Zweigert; Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 2. Aufl., S. 12.

⁸³⁹ Brun-Otto Bryde, Constitutional Law in "old" and "new" Law and Development, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 10, S. 14, welcher sogar – aus Sicht der Autorin zu weitgehend – von einem „common human rights law“ spricht. Zu einer vermuteten Korrespondenz auf dem Gebiet der Menschenrechte auch Eibe Riedel, Universality of Human Rights and Cultural Pluralism, in: v. Starck (Hg.), Constitutionalism, universalism and democracy, 1999, 26; Franz C. Mayer, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 167, S. 182.

⁸⁴⁰ José Martinez, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 153, S. 166.

⁸⁴¹ Siehe etwa Jutta Limbach, Globalization of Constitutional Law through interaction of judges, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 51, S. 53 f. Diese spricht von der Entwicklung einer „common ‚language‘ of European constitutional culture“ unter anderem aufgrund der seit 2004 bestehenden Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte.

sönlichen Austauschs zwischen Richtern unterschiedlicher Nationalität bei⁸⁴². Zudem ist in der Rechtspraxis anerkannt, dass die Entwicklung eines europäischen Verfassungsrechts durch den EuGH unter Bezugnahme auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen auch auf das nationale Verfassungsrechtswissen zurückwirkt. Das europäische Verfassungsrecht „zeigt sich insoweit rezeptionsbereit für die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (...) und verleiht ihrem jeweiligen Pendant auf der europäischen Ebene Inhalt und Gestalt. Die mitgliedstaatlichen Verfassungsinhalte geraten auf diese Weise unter europäischen Einfluß, mit der Folge, daß die mitgliedstaatliche Ebene nicht mehr über eine uneingeschränkte Verfassungsautonomie verfügt. Damit ist jener Verfassungswandel beschrieben, der den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund – wie er vorstehend konstruiert wurde – kennzeichnet“⁸⁴³. Dennoch gilt auch für den Bereich der europäischen Union, dass die Bedeutung von Verfassungsnormen und -prinzipien vor dem Hintergrund des spezifischen gesellschaftlichen Vorwissens der jeweils entscheidenden nationalen Richter konstruiert wird. Dies wird bereits daran erkennbar, dass die Verfassungsprinzipien des Unionsrechts nicht ein Abbild von in allen Mitgliedstaaten identisch vorzufindenden Verfassungsprinzipien sind, sondern eine autonome europarechtliche Bedeutung haben⁸⁴⁴.

Ob aus der starken Korrespondenz des Verfassungsrechts von EU-Mitgliedsstaaten die Vermutung folgen kann, dass eine von den Interpretationsweisen der Mehrheit der Unionsstaaten abweichende nationale verfassungsrechtliche Problemlösung zu modifizieren ist, kann auf der Grundlage dieser Untersuchung nicht beurteilt werden⁸⁴⁵. Für diese Annahme mag vor allem auf dem Gebiet der Grundrechte neben der zunehmenden Bedeutung supranationalen Grundrechtsschutzes auch eine aus der Unionsbürgerschaft fließende Erwartung der rechtsord-

⁸⁴² *Monica Claes; Maartje de Visser, Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks, Utrecht Law Review 8 (2012), 100, S. 108 f.* Auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts stellt die “Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union” eine Datenbank mit über 20.000 Entscheidungen europäischer Verfassungsgerichte, ins Englische übersetzt, zur Verfügung. Durch die jedem Urteil beigefügten Erläuterungen wird zugleich die Erfassung des Urteils für rechtsordnungsfremde Juristen erleichtert.

⁸⁴³ *Christian Calliess, Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 187, S. 237; Vor knapp fünfundzwanzig Jahren noch vorsichtiger in der Formulierung prophezeite dies bereits Christian v. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Juristenzeitung 52 1997, 1021, S. 1025: „Als gemeinsamer Bezugspunkt der nationalen Gerichte unter Einschluß der Verfassungsgerichte wird für die Grundrechtsauslegung auf Dauer besonders der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fungieren, zumal einige neuere Verfassungen vorschreiben, daß die Grundrechte in Übereinstimmung mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen sind.“*

⁸⁴⁴ *Vergleiche etwa Christian Calliess, Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Calliess (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, 2007, 187, S. 235. zum unionsrechtlichen Rechtsstaatsbegriff siehe Peter Huber, § 6 Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, 1–113, S. Rz 102–107.*

⁸⁴⁵ *So wohl Helmuth Schulze-Fielitz, Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße?, in: Blankenagel/Häberle (Hg.), Verfassung im Diskurs der Welt, 2004, 355, S. 374.*

nungsübergreifenden Gleichbehandlung sprechen. Mit der Bejahung eines solchen Kohärenzwanges müsste jedenfalls zugleich die Erweiterung des – möglicherweise allein grundrechtsbezogenen – nationalen juristischen Meinungsstandes um die Rechtsmeinungen anderer europäischer Rechtsordnungen angenommen werden. Dies entspricht nach Ansicht der Verfasserin im Ergebnis nicht der Realität des juristischen Diskurses in der deutschen Rechtspraxis. Die Idee eines transnationalen juristischen Meinungsstandes soll jedoch im Folgenden näher beleuchtet werden.

IV. Besteht eine Pflicht zur Berücksichtigung fremder Autoritäten bei der Interpretation der eigenen Verfassung?

Eine Pflicht zur Berücksichtigung auch eines rechtsordnungsexternen Meinungsstandes könnte sich nur aus einer Anpassung der Erwartungen und Wahrnehmungsschemata innerhalb der eigenen Rechtspraxis ergeben. Die juristischen Meinungsstände fremder Rechtsordnungen bleiben jedoch nach Ansicht der Verfasserin gegenüber dem der eigenen Rechtsordnung nachrangig⁸⁴⁶. Der relevante juristische Meinungsstand ist nicht derart um die Rechtswissens- und Meinungsstände fremder Verfassungsrechtsdiskurse erweitert, dass deren Berücksichtigung in der Entscheidungsbegründung für die Darstellung der relativen Richtigkeit des richterlichen Interpretationsergebnisses erforderlich würde.

Eine entsprechende Anpassung der Wahrnehmungsschemata in der deutschen Rechtspraxis diagnostiziert *Martini*. Dieser entwickelt die Idee eines „*transnationalen Feldes der Rechtskommunikation*“, in welchem sich die Gerichte und sonstigen Akteure der Rechtspraxis positionieren und austauschen⁸⁴⁷. Zur Begründung der Existenz eines solchen Feldes führt er zunächst die Verdichtung globalen Rechts sowohl durch einen Anstieg multilateraler völkerrechtlicher Verträge (und deren Gegenstände) als auch durch die Rechtsetzungsakte internationaler Institutionen, vor allem Gerichte, an. Diese Entwicklungen führten seiner Ansicht nach zu einer Deterritorialisierung, infolge derer der strenge Gegensatz zwischen nationalem und internationalem Recht sich auflöse. Vor allem auf dem Gebiet der Menschenrechte mit seiner individualrechtlichen Ausrichtung gewinne internationales Recht an Bedeutung, wie sie vor allem an der Berücksichtigung und Befolgung der Urteile internationaler Menschenrechtsge-

⁸⁴⁶ Anders *Jens Dammann*, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, *Saint Thomas Law Review* 14 2002, 513, S. 553 f. Dieser nimmt an, die Einbeziehung der Entscheidungen fremder Gerichte sei geboten, um die Beschränkung des Kreises der Beteiligten im juristischen Diskurs vor Gericht auszugleichen.

⁸⁴⁷ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018, S. 450 ff.

richte zeige. Die zunehmende Vernetzung der Welt durch die technischen Möglichkeiten der Telekommunikation und des Internet ermöglichten zudem eine globale – auch verfassungsrechtliche – Kommunikation über die Grenzen nationaler Gesellschaften hinweg. Dies zeige sich auch in der Juristenausbildung, welche zunehmend Auslandsaufenthalte oder transnationale und internationale Studieninhalte habe. Auch verfassungsrechtliches Wissen aus verschiedenen Rechtsordnungen sei in größerem Umfang und für eine größere Anzahl von Akteuren global verfügbar⁸⁴⁸.

Die Dynamiken des transnationalen Feldes der Rechtskommunikation führten zur Entwicklung eines entsprechenden Habitus ihrer Akteure, der durch seine transnationale Ausrichtung und ein gemeinsames Selbstverständnis gekennzeichnet sei⁸⁴⁹. Zwar genieße das nationale juristische Feld vor dem transnationalen bereits wegen der Nähe der meisten Akteure zur staatlichen Macht Vorrang⁸⁵⁰. Jedoch seien beide Felder miteinander verwoben, weil ihre Akteure an der Kommunikation beider Felder gleichzeitig teilnehmen könnten. So könnte etwa die Besetzung internationaler Gerichte mit anerkannten Akteuren der nationalen Rechtspraxis die Reputation der Gerichte steigern. Das transnationale Feld der Rechtskommunikation sei gegenüber regionalen Feldern, insbesondere einem auf Europa zentrierten Feld, weniger verdichtet und gefestigt⁸⁵¹.

Dennoch sieht *Martini* die vorhandenen Feldstrukturen als ausreichend an, um die Relevanz fremder Rechtsmeinungen für Entscheidungen auf Basis des nationalen Verfassungsrechts zu begründen:

„Das Monopol juristischer Legitimität – die Plausibilität einer verfassungsrechtlichen Lösung – wird nicht mehr nur national umkämpft, die Deutungspositionen und -positionierungen haben sich durch die Teilnahme an einem weiteren Feld vervielfacht.

⁸⁴⁸ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 463 ff. *Martini* skizziert eine globale juristische Kommunikation durch das Bereitstellen von wissenschaftlichen Beiträgen, Gesetzen und Gerichtsentscheidungen im Internet sowie den kostenfreien wie kostenpflichtigen Zugriff darauf durch andere Akteure der nationalen juristischen Felder. Auch Verfassungsgerichte stellen ihre Entscheidungen teilweise, in häufig ins Englische übersetzter Form, online kostenfrei zur Verfügung. Ähnlich beschreibt die Entwicklung auch *Ran Hirschl*, *Comparative matters*, 1. Aufl. 2014, S. 1 ff.

⁸⁴⁹ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 483 ff.

⁸⁵⁰ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 491. Dies kennzeichne das Feld der Rechtskommunikation gegenüber anderen möglichen transnationalen Felder (z.B. der Wirtschaft, der Politik, des Sports, der Wissenschaft und der Kultur). Das Feld der Rechtskommunikation „dürfte (...) stark von nationalen (rechtlichen) Kontexten geprägt sein; die nationalen Rechtsordnungen entfalten weiterhin zentripetale Kräfte. Dies dürfte auch an der Nähe vieler rechtlichen Akteure zur staatlichen (oder staatlich abgeleiteten) Macht liegen.“

⁸⁵¹ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 489 f. Dies entspricht in der Sache der Analyse von *Daly*, der die regionale Integration innerhalb Europas und der Europäischen Union als gegenüber anderen regionalen System deutlich intensiver ansieht, vgl. *Tom Gerald Daly*, *Baby Steps Away From the State*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3 (2014), 1011.

*Einem (beispielsweise) nationalen verfassungsrechtlichen Argument kommt Bedeutung nicht nur als Positionierung im nationalen juristischen Feld, sondern auch im transnationalen Feld zu – diese Ambivalenz und Doppelbelegung hat zur Folge, dass das gleiche Argument in einem anderen nationalen Feld mit symbolischem Kapital aus dem transnationalen Feld belegt ist und mit argumentativem Wert im anderen nationalen juristischen Feld eingesetzt werden kann*⁸⁵².

Es bestehe aufgrund des transnationalen Feldes der Rechtskommunikation und des transnationalen Habitus der Akteure der Rechtspraxis ein „zumindest faktischer Druck, in der Begründung (...) Kohärenz zwischen den ‚Argumentationsfeldern‘ herzustellen“⁸⁵³.

Komparative Argumente nähmen daher teil an der argumentativen Legitimation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Dabei sei die verfassungsvergleichende Argumentation „darauf verwiesen, an autochthone argumentative Topoi anzuknüpfen“⁸⁵⁴. Die betroffenen Bereiche der Legitimation bezeichnet er als Suchbewegungen juristischer Entscheidungen in Form der Rationalitäts-, Konsens- und Autoritätssuche. *Martini*s Verständnis von der argumentativen Legitimation verfassungsgerichtlicher Entscheidungen stimmt mit der Prämisse dieser Untersuchung überein, dass verfassungsgerichtliche Entscheidungen den Erwartungen der Fachöffentlichkeit und der allgemeinen Öffentlichkeit durch transparente Begründungen Rechnung tragen müssen⁸⁵⁵.

Jedoch zeigt sich bereits anhand der Kriterien zu Rationalitätssuche die Unvereinbarkeit seines Verständnisses von der Funktion verfassungsvergleichender Argumente mit den Annahmen dieser Untersuchung. Als Kriterien der Rationalitätssuche, welche die Berücksichtigung fremder Rechtsmeinungen verlangten, sieht *Martini* zum einen das Erkennen und Diskutieren aller relevanten Gründe und zum anderen die Forderung, gleiche Fälle gleich zu behandeln. Wegen des Bestehens eines transnationalen Feldes der Rechtskommunikation würde der Bereich relevanter Gründe ebenso erweitert wie „das Feld der Autoritäten, die für einen Ab-

⁸⁵² *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 493. Ähnlich ist wohl auch *Cardenas Paulsen* mit der Aussage zu verstehen, dass „die jetzige Bedeutungszunahme der Verfassungsrechtsvergleichung und die Internationalisierung des Rechts (...) von Verfassungsrichtern (verlangen), die nationale Rechtsprechung gleichzeitig in einem lokalen und globalen Zusammenhang, zu begreifen.“ Vgl. *Aura Maria Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 23.

⁸⁵³ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 494. Der Bereich des „argumentativ einbezieharen“ Rechts für nationale juristische Entscheidungen würde so vergrößert und weise über die eigene Rechtsordnung hinaus.

⁸⁵⁴ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 510.

⁸⁵⁵ Zwar geht *Martini* nicht explizit auf die soziale Konstruiertheit rechtlicher Normen ein, weist hingegen aber (wenn auch ohne detaillierte Begründung) ausdrücklich darauf hin, dass ein Maßstab für die Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen nicht außerhalb der Rechtspraxis gefunden werden kann. Er betont daher die Notwendigkeit der überzeugenden Begründung juristischer Entscheidungen vgl. *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 516 ff.

gleich“ zur Kohärenzsicherung innerhalb der eigenen Rechtsordnung herangezogen werden müssen⁸⁵⁶.

Die hier vorgenommene Gleichsetzung fremder Autoritäten mit solchen des eigenen Rechts kann nicht überzeugen. Präjudizien als Autoritäten des eigenen Rechts erlangen ihre Überzeugungskraft aus der Vermutung ihrer Recht- bzw. Verfassungsmäßigkeit. Sie besitzen Relevanz für die (verfassungs-)richterliche Entscheidung, weil sie der Erfüllung der Rechtmäßigkeitserwartung dienen. Die Gleichsetzung fremder Autoritäten hiermit würde demnach voraussetzen, sie als Bestandteil des relevanten Verfassungsrechtswissens anzusehen. Ähnliches scheint *Martini* begründen zu wollen, wenn er aufgrund des transnationalen Feldes von einer Erweiterung des relevanten juristischen Meinungsstandes ausgeht. Jedenfalls wären seine Ausführungen zur Rationalitätssteigerung der Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nur durch eine solche Annahme plausibilisiert.

Wenngleich die zur Begründung des Feldes vorgebachten Beobachtungen überzeugend dargestellt und belegt sind, kann der Schlussfolgerung einer Erweiterung des Relevanzhorizontes verfassungsgerichtlicher Entscheidungen letztlich nicht zugestimmt werden. Schon das Bestehen eines solchen transnationalen Habitus scheint sich – auch nach den empirischen Beobachtungen hinsichtlich der Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht – höchstens rudimentär abzuzeichnen⁸⁵⁷. Denn tatsächlich erweist sich die Praxis komparativer Argumentation durch das Bundesverfassungsgericht als selektiv, wie *Martini* selbst zu bedenken gibt⁸⁵⁸. Sein Versuch, die empfundene Selektivität als durch das Kriterium der Relevanz angeleitet zu skizzieren, ist zirkulär, wenn die Auseinandersetzung mit allen relevanten Autoritäten zugleich den Rationalitätsmaßstab für die Entscheidungsbegründung darstellen soll⁸⁵⁹. Auch die Konsenssuche außerhalb der eigenen Rechtsordnung begründet er erneut mit der

⁸⁵⁶ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 531 ff.

⁸⁵⁷ Auch *Martini* weist darauf hin, dass die Wahrnehmungsschemata nationaler Juristen weiterhin vorrangig durch ihre Sozialisierung in der nationalen Rechtspraxis geprägt würden, vgl. *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 483; *Christoph Schönberger*, Der "German Approach": Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, in: Schönberger/Takada/Jakab (Hg.), Der "German Approach", 2015, 1, S. 50 ff. *Schönberger* stellt gerade fest, dass in der deutschen Staatsrechtslehre eine zu starke Zentrierung auf das nationale Verfassungsrecht bestehe und plädiert für eine stärkere Öffnung für die Einflüsse internationalen und europäischen Rechts

⁸⁵⁸ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 535.

⁸⁵⁹ Dazu *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 535: „Daraus zu schließen, dass Rechtsvergleichung die Hoffnungen der Rationalitätssteigerung enttäuschen muss, wäre indes zu kurz gedacht. Dem Rosinenpicken ist nämlich ein rationales Vorgehen inhärent. Der Auswahlprozess ist vom Kriterium der Relevanz (der Nützlichkeit für die entscheidungsleitende Argumentation) geleitet.“

Existenz dieses transnationalen Feldes⁸⁶⁰, aufgrund dessen die externen Konsense ergänzend zu den eigenen hinzutreten sollen.

Eine rechtsordnungsübergreifende Kohärenzanforderung kann nur dort gestellt werden, wo eine gemeinsame rechtliche Wissensbasis besteht, welche die Grundlage der Interpretation bildet, was aufgrund der Kontextabhängigkeit rechtlichen Wissens regelmäßig nicht der Fall ist⁸⁶¹. Potenziell möglich erscheint dies für den Fall der Entwicklung eines *gemeineuropäischen Verfassungsrechts* auf der Grundlage der Integrationsrechtsprechung der europäischen Verfassungsgerichte. Im Rahmen der Integrationsrechtsprechung wird die Verzweigung der Meinungsstände dadurch begründet, dass unterschiedliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union einem weitgehend identischen Problem begegnen, welches nicht allein anhand des jeweiligen Verfassungsrechts betrachtet werden kann, sondern die Auslegung des im Entstehen befindenden Unionsverfassungsrechts erfordert⁸⁶². Die nationale Verfassung behält dennoch eine symbolische Funktion als Ausdruck der Identität einer politischen Gesellschaft. In der Integrationsrechtsprechung europäischer Verfassungsgerichte wird die kulturelle Eigenheit der nationalen Verfassungen unter dem vom Bundesverfassungsgericht geprägten Stichwort der Verfassungsidentität zur Abwehr gegen zu starke Kompetenzerweiterung auf Unionsebene eingesetzt⁸⁶³.

Sollte der bereits von *Sommermann* vor über 20 Jahren prognostizierte Bedeutungsverlust des nationalen Verfassungsrechtswissens tatsächlich eintreten, mag sich dies ändern. Seine Vor-

⁸⁶⁰ *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 523 f.: „Werde ich – unter vergleichbaren Bedingungen – anders behandelt als (fast) überall andere Personen, gibt es einen Anschein der Unfairness, der durch eine überzeugende Begründung widerlegt werden sollte. Dass der (weiche) Vergleich überhaupt gezogen werden kann, liegt an dem Effekt des transnationalen Feldes der Rechtskommunikation, die Grenze zwischen Eigenheit und Fremdheit zumindest zu verwischen.“

⁸⁶¹ *Anna-Bettina Kaiser*, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 203, S. 206 verdeutlicht dies mit dem Konzept der Pfadabhängigkeit: „Denn wie ginge man mit dem Problem um, dass sich das deutsche Grundgesetz bisweilen durch einen spezifischen Verfassungstext auszeichnet (zum Beispiel die „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 Abs. 2 GG), zu dem sich eine jahrzehntelange Doktrin herausgebildet hat, die bis in die Weimarer Zeit hineinreichen kann (wie im Beispielsfall). Dadurch hat sich eine gewisse Pfadabhängigkeit ergeben, der man durch eine rechtsvergleichende Argumentation nicht einfach entgegen kann.“

⁸⁶² *Wendel*, *Der Staat* 52 (2013), 339 (360 f.); *Wendel*: Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht (2011), S. 5 ff. siehe auch *Michael Mayrhofer*, Europäische Verfassungsvergleichung durch den Verfassungsgerichtshof, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 188, S. 191 ff., der der Verfassungsvergleichung im Bereich des Unionsverfassungsrechts besondere Bedeutung beimisst.

⁸⁶³ *Thomas Wischmeyer*, Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven, *Archiv des öffentlichen Rechts* 140 (2015), 415, S. 429 ff.; *Mattias Wendel*, Lisbon Before the Courts, *European Constitutional Law Review* 7 (2011), 96, S. 131 ff.

hersage, dass „*nationale Besonderheiten des Rechts und dogmatische Kunstwerke nationaler Jurisprudenz an Bedeutung verlieren*“ würden, hat sich bisher nicht bewahrheitet⁸⁶⁴.

Auch der Verweis auf ein universelles Gerechtigkeitsgebot, gleiche Fälle gleich zu behandeln, kann vor dem Hintergrund der Kontextabhängigkeit rechtlicher Bedeutung die Relevanz fremder Rechtsmeinungen für die Interpretation der eigenen Verfassung nicht begründen. Die in die Bedeutungskonstitution durch die Rechtspraxis eingehenden Gerechtigkeitsvorstellungen unterscheiden sich in unterschiedlichen Rechtsordnungen. Auch bei zwei identischen Lebenssachverhalten, welche anhand semantisch identischer Verfassungsbestimmungen zweier unterschiedlicher Staaten beurteilt werden, können unterschiedliche moralische Grundsätze der jeweiligen Gesellschaften zu unterschiedlichen Normbedeutungen führen. Zwei in tatsächlicher Hinsicht gleiche (nicht identische) Fälle müssen aus Gerechtigkeitsabwägungen dann gleichbehandelt werden, wenn ihre Bewertung auf derselben rechtlichen Grundlage beruht. Nur bei Einnahme einer naturrechtlichen Position könnte die notwendige Gleichbehandlung gleicher Fälle in unterschiedlichen Rechtsordnungen mit dem Bestehen vorpositiver „*universeller Verfassungsprinzipien*“ begründet werden, deren Anwendung aus Gründen der Gerechtigkeit universell einheitlich erfolgen müsste. Mit dem Verzicht auf einen absoluten Gerechtigkeitsanspruch wird auch der Begründungsansatz „*universeller Gerechtigkeit*“ zur Legitimation des Verweises auf einen universellen Konsens versperrt.

Wie gesehen, erfolgt diese Einbeziehung in die Argumentation nicht ungebunden, sondern moralische Werte werden – im Verfassungsdiskurs – maßgeblich über Verfassungsprinzipien in die juristische Argumentation eingeführt. Positiviert in Verfassungsprinzipien sind nur die diskursiv ermittelten Gerechtigkeitsforderungen einer Gesellschaft – juristische Gerechtigkeit ist *relative* Gerechtigkeit⁸⁶⁵. Im Verfassungsrecht ergibt sich aus der so begründeten Relativität positiver allgemeiner Menschenrechte ein Gerechtigkeitsparadoxon:

„Zu den Eigenschaften einer juristischen Gerechtigkeit gehört es jedenfalls, dass über den Vorgang der staatlichen Positivierung ‚allgemeiner Menschenrechte‘ diese Unterscheidung [zwischen relativer Gerechtigkeit und absoluter Gerechtigkeit] auf provozierende Weise unterlaufen wird. (...) Vielmehr gehen hier moralische Gründe i.S. eines ‚gerecht für alle‘ bereits gleitend über in ethische Gründe i.S. eines ‚gut für uns‘. Auch der moralische Bezugspunkt der gesamten Menschheit schrumpft nämlich aufgrund des begrenzten Geltungsbereichs des jeweiligen Rechts unweigerlich zur überschaubaren Grö-

⁸⁶⁴ Karl-Peter Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, Die öffentliche Verwaltung 52 (1999), 1017, S. 1029.

⁸⁶⁵ So auch bereits Claudia Bittner, Recht als interpretative Praxis, 1988, S. 80 f.

*ße eines bestimmten Staates und seinen konkreten Staatsbürgern und deren besonderen Traditionen und Interessen.*⁸⁶⁶

In diesem Sinne ist auch der Verweis auf die übereinstimmende Auslegung von Grundrechten in einer Reihe von anderen Staaten ein auf der Idee universeller Gerechtigkeit beruhendes Gerechtigkeitsargument. Tatsächlich können Konvergenzen zwischen dem Verfassungsrechtswissen verschiedener Staaten bestehen, die die argumentative Überzeugungskraft der Behauptung einer universellen Bedeutung stützen können. Auf der Herstellungsseite entstehen die ähnlichen Lösungen in verschiedenen Rechtsordnungen jedoch ausgehend von unterschiedlichem Verfassungsrechtswissen. Generell gilt, dass bereits das Bestehen universeller Gerechtigkeitsvorstellungen aufgrund der Relativität gesellschaftlicher Wertesysteme unwahrscheinlich ist und vielmehr Divergenz zwischen den in äquivalenten Rechtsprinzipien positivierten Gerechtigkeitsforderungen zu erwarten ist. Aufgrund der Abhängigkeit eines jeden Diskursergebnisses von seinen Bedingungen vor allem hinsichtlich der Vorannahmen seiner Teilnehmer, kann ein universell geführter Diskurs aufgrund der divergierenden gesellschaftlichen Vorstellungen höchstens auf einer stark abstrakten Ebene zu einem konsistenten Ergebnis führen.

V. Schlussüberlegungen und Abschlussthese

Zum Schluss dieser Untersuchung muss – so jedenfalls die Hoffnung der Verfasserin – die Gedankenwelt des zu Beginn bemühten „durchschnittlichen deutschen Juristen“ ins Wanken geraten sein. Nimmt er die mit dieser Untersuchung eingeführten Annahmen über die Rechts Herstellung in der Rechtspraxis und die Eigenrationalität des juristischen Diskurses ernst, kann er an seinen ursprünglichen Antworten auf die in der Einleitung aufgeworfenen Fragen nicht festhalten. Wenn das Gesetz keine feststehende Bedeutung hat, kann Interpretation nicht der Vorgang sein, in dem die Gesetzesbedeutung festgestellt wird. Ebenso wenig kann der Wortlaut des Gesetzes die Grenze der Interpretation oder seine Überschreitung der Ausgangspunkt richterlicher Rechtsfortbildung sein.

Die Korrektur seiner Antworten verlangt ihm einiges ab. Die in Studium, Referendariat erlernten und trotz der Konfrontation mit der Praxis nicht hinterfragten Annahmen darüber, was Recht ist und wie es entsteht, müssen abgestreift werden. Das ihm in Fleisch und Blut übergegangene Postulat der Gesetzesbindung wird als Bindung an das wandelbare Rechtswissen der Praxis identifiziert, welches maßgeblich in Dogmatik und Präjudizien verkörpert ist. In dieses Rechtswissen sind gesellschaftlichen Erwartungen an das Recht bereits eingegangen, weil die

⁸⁶⁶ Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 217.

Akteure der Rechtspraxis als Teilnehmer gesellschaftlicher Kommunikation das Rechtswissen der Öffentlichkeit internalisiert haben. Auch die Gewissheit, dass die Vorgaben der Methodenlehre den Interpretationsvorgang des Richters anleiten und ihn an das Gesetz binden kann, muss aufgegeben werden. Die Steuerungskraft der Methodenlehre wird durch die Anerkennung der Notwendigkeit, Herstellung und Darstellung von Entscheidungen zu trennen, relativiert; die Rechtsherstellung wird als nicht umfassend kontrollierbar erkannt. Nicht zuletzt muss auf einen objektiven Maßstab für die Richtigkeit juristischer Entscheidungen verzichtet werden. Die Frage nach der Vernünftigkeit juristischer Argumente wird ersetzt durch die Frage nach ihrer Überzeugungskraft innerhalb der Rechtspraxis.

Nur wer den Prämissenaustausch zu akzeptieren bereit ist, kann auch den folgenden Thesen zu verfassungsvergleichender Argumentation zustimmen. Zusammenfassend ergeben folgende für die Betrachtung verfassungsvergleichender Argumentation relevante Einsichten:

- 1. Weder der Wille des Verfassungsgebers noch der Verfassungstext können eine äußere Grenze für die Zulässigkeit verfassungsvergleichender Argumentation bilden.**
- 2. Die Gefahr einer Lockerung der Verfassungsbindung durch verfassungsvergleichende Argumente besteht nicht, weil eine die Verfassungsmäßigkeitserwartung nicht erfüllende Entscheidung in der Rechtspraxis keinen Erfolg haben kann.**
- 3. Aus der Kontextabhängigkeit rechtlicher Normen folgt, dass weder die Textgleichheit von Verfassungsnormen noch die Existenz universeller Rechtsprinzipien die Annahme der Bedeutungsidentität des eigenen und des fremden Verfassungsrechts begründen können.**
- 4. Das Ziel des– aus Sicht der Akteure der fremden Rechtspraxis – „richtigen“ Verständnisses fremden Verfassungsrechts ist für den nationalen Richter auf der Grundlage der in der eigenen Rechtspraxis erworbenen Wissensbasis unerreichbar. Voraussetzung der Überzeugungskraft verfassungsvergleichender Argumentation ist nicht ein „richtiges“ Verständnis der Bedeutung fremder Rechtsnormen, sondern ein innerhalb der nationalen Rechtspraxis akzeptiertes oder begründbares**
- 5. Die verfassungsvergleichende Argumentation in der Entscheidungsbegründung spiegelt nicht den gedanklichen Prozess der Herstellung der Entscheidung wider, sondern behauptet ein Vergleichsergebnis.**

6. Es besteht keine Pflicht für das Bundesverfassungsgericht, in der Entscheidungsbegründung auf ähnliche Fälle oder Rechtsfragen betreffende fremde Autoritäten Bezug zu nehmen.

Die im vorausgehenden, letzten Abschnitt dieser Untersuchung angerissenen Überlegungen zu methodischen Anforderungen können aufbauend auf diesen Thesen fortgeführt werden.

Für die Erarbeitung von Anforderung an die Kontextualisierung des Verweises auf fremdes Verfassungsrecht könnte die Auseinandersetzung mit dem Verweis auf Autoritäten des eigenen Rechts in der richterlichen Entscheidungsbegründung bedeutende Einsichten liefern. So könnte untersucht werden, welche Anforderungen in der Rechtspraxis an die Kontextualisierung von Präjudizienverweisen bestehen. Als Teilnehmer der Rechtspraxis, ob nun als Rechtsanwalt, Richter oder Regierungsbeschäftigter, wird man nicht leugnen können, dass der Vorwurf, die zur Begründung der eigenen Entscheidung herangezogene Autorität „*passe nicht in deren Kontext*“, nicht übergangen werden kann. Sobald er aufkommt, muss er durch die Darstellung hinreichender Kontextkorrespondenz widerlegt werden.

Die herrschende Methodenlehre wird die bereits implizit vorhandenen Kontextualisierungsanforderungen jedoch nur dann identifizieren und methodisch formulieren können, wenn sie die Funktion der Autoritäten im eigenen Recht anerkennt.

Literaturverzeichnis

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978.

Alexy, Robert, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: Dreier/Lombardi Vallauri/MacCormick/Panou (Hrsg.), Conditions of validity and cognition in modern legal thought. Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1985, 13 ff.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 8. Aufl. 1985.

Alexy, Robert, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug, 1990, 9 ff.

Alexy, Robert, Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995.

Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, Verlag Karl Alber, Freiburg im Breisgau, München, 2020.

Alexy, Robert, *Dreier*, Ralf Precedent in the Federal Republic of Germany, in: MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hrsg.), Interpreting Precedents, A Comparative Study, Taylor and Francis, Florence, 1997, 17 ff.

Alford, Roger, Misusing International Sources to Interpret the Constitution, The American Journal of International Law 98 (2004), 57 ff.

Anderson, Kenneth, Foreign Law and the U.S. Constitution, Policy Review 131 (2005), 33 ff.

Annus, Tavi Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, Duke Journal of Comparative and International Law 14 (2004), 301 ff.

Aubin, Bernhard Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 34 (1970), 458 ff.

Bäcker, Carsten, Begründen und Entscheiden, Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts, Nomos, Baden-Baden, 2. Aufl. 2012.

Badura, Peter, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: Blaurock (Hrsg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht. Referate des 5. deutsch-französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13. - 16. Juni 1984 und Berichten über die Diskussion, Metzner, Frankfurt am Main, 1985, 49 ff.

Badura, Peter, Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, Beck, München, 1993.

Baer, Susanne, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), 735 ff.

- Ballweg*, Ottmar, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel, 1970.
- Ballweg*, Ottmar Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2 (1972), 43 ff.
- Barak*, Aharon, The Judge in a Democracy, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- Barastache*, Michel, The Globalisation of the Law and the Work of the Supreme Court of Canada, in: Muller/Richards (Hrsg.), Highest Courts and globalization, Hague Academic Press, Den Haag, 2010, 41 ff.
- Becker*, Christian, Was bleibt? Recht und Postmoderne, Nomos, Baden-Baden, 2014.
- Becker*; Ulrich; *Kersten*, Jens, Phänomenologie des Verfassungswandels, Eine verfassungstheoretische und rechtsdogmatische Perspektiverweiterung anlässlich der demografischen Entwicklung, Archiv des öffentlichen Rechts 141 (2016), 1 ff.
- Behrendt*, Svenja, A Constructivist Discourse Theory of Law, Rechtstheorie 51 (2020), 171 ff.
- Bernhardt*, Rudolf, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), 431 ff.
- Bezemek*, Christoph, Dangerous Dicta? Verfassungsvergleichung in der Rechtsprechung des US Supreme Court, Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 207 ff.
- Bittner*, Claudia, Recht als interpretative Praxis, Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- Blaurock*, Uwe, Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, Referate des 5. deutsch-französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13. - 16. Juni 1984 und Berichten über die Diskussion, Metzner, Frankfurt am Main, 1985.
- Bobek*, Michal, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, OUP Oxford, Oxford, 2013.
- Bochénski*, Josef, Was ist Autorität? Einführung in die Logik der Autorität, Herder, Freiburg im Breisgau, 1974.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, Neue Juristische Wochenschrift 29 (1976), 2089 ff.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Badura (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag. Beck. München, 1993, 3 ff.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, § 22 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Badura/Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Grundlagen von Staat und Verfassung, Müller, Heidelberg, 1995.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 5. Aufl. 2013.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2013.
- Bogdandy von*, Armin, Comparative Constitutional Law: A Contested Domain, in: Rosen-

feld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2013, 26 ff.

Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

Bourdieu, Pierre, *Meditationen, Zur Kritik der scholastischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M, 2001.

Brink, Stefan, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung, Funktion - Position - Methodik*, Lang, Frankfurt am Main, 1999.

Broekman, Jan, *Rechtsfindung als diskursive Strategie*, in: Ballweg/Seibert (Hrsg.), *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, Alber, Freiburg (Breisgau) u.a., 1982, 197 ff.

Bronaugh, Richard, *Persuasive Precedent*, in: Goldstein (Hrsg.), *Precedent in law*. Clarendon Press; Oxford University Press. Oxford, New York, 1987, 217 ff.

Brugger, Winfried, *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt a.M, 3. Aufl. 2013.

Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982.

Bryde, Brun-Otto, *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*, *Tulane Law Review* 80 (2005), 203.

Bryde, Brun-Otto, *Constitutional Law in "old" and "new" Law and Development*. *Verfassung und Recht in Übersee* 41 (2008), 10 ff.

Bryde, Brun-Otto, *Warum Verfassungsvergleich?*, *Jahrbuch des Öffentlichen Recht der Gegenwart* 64 (2016), 432 ff.

Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis*, in: Reimer (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, Nomos, Baden-Baden, 2016, 107 ff.

Bumke, Christian, *Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, in: Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 1 ff.

Burkiczak, Christian; *Dollinger*, Franz-Wilhelm; *Schorkopf*, Frank (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, West Academic Publishing, St. Paul, 2016.

Busse, Carl-David, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

Bydlinski, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Wien, 2. Aufl. 2011.

Calliess, Christian, Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: ders. (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, Beiträge der ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 187 ff.

Canivet, Guy, Trans-Judicial Dialogue in a Global World, in: Muller/Richards (Hrsg.), Highest Courts and globalization, Hague Academic Press, Den Haag, 2010, 21 ff.

Cárdenas Paulsen, Aura María, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur, Kovač, Hamburg, 2009.

Schumann, Anna Chadidscha, Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français - Coopération des Cours au Service de L'État de Droit, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 78 ff.

Choudhry, Sujit, The migration of constitutional ideas, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Christensen, Ralph, Die Verständlichkeit des Rechts ergibt sich aus der gut begründeten Entscheidung, Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, De Gruyter, Berlin, 2004.

Christensen, Ralph Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, De Gruyter. München, 2005, 1 ff.

Christensen, Ralph; Kudlich, Hans, Theorie richterlichen Begründens, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

Claes, Monicam; de Visser, Maartje, Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks, Utrecht Law Review 8 (2012), 100 ff.

Coendet, Thomas, Rechtsvergleichende Argumentation, Phänomenologie der Veränderung im rechtlichen Diskurs, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

Coing, Helmut, Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, Juristische Schulung (1975), 277 ff.

Cordes, Albrecht, Juristische Argumentation - Argumente der Juristen, Böhlau, Köln, Wien u.a., 2006.

Daly, Tom Gerald, Baby Steps Away From the State, Regional Judicial Interaction as a Gauge of Postnational Order in South America and Europe. Cambridge Journal of International and Comparative Law 3 (2014), 1011 ff.

Dammann, Jens, The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation, Saint Thomas Law Review 14 (2002), 513 ff.

Dederer, Hans-Georg; Papier, Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte, Europäische Grundrechte - Universelle Menschenrechte, Müller u.a, Heidelberg, 2009.

Denninger, Erhard, Freiheitsordnung - Werteordnung - Pflichtordnung. zur Entwicklung des Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, in: Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik. Zur verfassungsrechtlichen und politischen Stellung

und Funktion des Bundesverfassungsgerichts, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976.

Depenheuer, Otto, Der Wortlaut als Grenze, Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, v. Decker u. Müller, Heidelberg, 1988.

Depenheuer, Otto; Grabenwarter, Christoph, Verfassungstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Detterbeck, Steffen, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, Grundlagen des Verfahrens vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht, Mohr, Tübingen, 1995.

Djeffal, Christian, Die herrschende Meinung als Argument, Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive, Zeitschrift für das Juristische Studium (2013), 463 ff.

Dorsen, Norman, The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer, International Journal of Constitutional Law 3 (2005), 519 ff.

Dreier, Ralf, Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse, Nomos, Baden-Baden, 1976.

Dreier, Ralf, Rechtspositivismus und Wertbezug, 1990.

Dreier, Ralf, Naturrecht und Rechtspositivismus Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile, in: Härle (Hrsg.), "Vom Rechte, das mit uns geboren ist", Aktuelle Probleme des Naturrechts. Herder. Freiburg im Breisgau, Basel, Wien, 2007, 127 ff.

Dreier, Ralf (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band III, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

Drobnig, Ulrich, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 18 (1953), 295 ff.

Drobnig, Ulrich, The use of comparative law by courts, XIVth International Congress of Comparative Law, Athens 1997, Kluwer Law International, Den Haag, 1999.

Drosdeck, Thomas, Die herrschende Meinung, Autorität als Rechtsquelle, Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

Dunoff, Jeffrey, Ruling the world?, Constitutionalism, international law, and global governance, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Dworkin, Ronald, Bürgerrechte ernstgenommen, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984.

Dworkin, Ronald, Law's Empire, Hart, Oxford, 1986.

Eberhard, Harald, Funktionalität und Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Judikatur des VfGH, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Sramek. Wien, 2013, 141 ff.

Ebsen, Ingwer, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

Ehmke, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 20 (1963), 53 ff.

Ellscheid, Günter, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, C.F. Müller. Heidelberg, 2016, 143 ff.

Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Winter, Heidelberg, 3. Aufl. 1963.

Engisch, Karl, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Vortrag gehalten beim 491. Stiftungsfest der Ludwig-Maximilian-Universität München am 6. Juli 1963, Max Hueber Verlag, München, 1963.

Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 1956.

Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1970.

de Esteban; Jorge; *González-Trevijano Sanchez*, Pedro, Curso de Derecho Constitucional Español, Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad complutense, Madrid, 1993.
Fahrenbach, Helmut, Wirklichkeit und Reflexion, Walter Schulz zum 60. Geburtstag, Neske, Pfullingen, 1973.

Fasone, Christina, The Supreme Court of Ireland and the Use of Foreign Precedents: The Value of Constitutional History, in: Groppi/Ponthoreau (Hrsg.), The use of foreign precedents by constitutional judges, Oxford u.a., 2013, 97 ff.

Ferrerres Comella, Victor, Constitutional courts and democratic values, A European perspective, Yale University Press, New Haven, 2009.

Fischer, Lea Judith, A Shining City Upon a Hill, Der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika und die Einbeziehung fremder Rechtsmaterialien, Nomos, Baden-Baden, 2016.

Fischer-Lescano, Andreas; *Christensen*, Ralph, Auctoritas Interpositio: Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie 44 (2015), 213 ff.

Flanders, Chad, Toward a Theory of Persuasive Authority. Oklahoma Law Review 62 (2010), 55 ff.

Frowein, Jochen, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Die öffentliche Verwaltung (1998), 806.

Funke, Andreas, Rechtstheorie, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Nomos, Baden-Baden, 2016, 45 ff.

Gabriel, Gottfried; *Gröschner*, Rolf, Subsumtion, Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

Gadamer, Hans-Georg, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Mohr, Tübingen, 4. Aufl. 1975.

Gamper, Anna, Regeln der Verfassungsinterpretation, Springer, Wien, 2012.

Gamper, Anna; Verschraegen, Bea, Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Sramek, Wien, 2013.

Garrn, Heino, Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik, in: Schirren/Ueding (Hrsg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, De Gruyter, Berlin, 2000, 499 ff.

de George, Richard, The nature and limits of authority, University of Kansas Press, Lawrence, Kansas, 1985.

Glaserfeld von, Ernst, Radikaler Konstruktivismus, Ideen, Ergebnisse, Probleme, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.

Glenn, Patrick, Persuasive Authority, Mc Gill Law Journal 32 (1987), 262 ff.

Glensy, Rex, Which Countries Count?: Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, Virginia Journal of International Law 45 (2004), 358 ff.

Goldstein, Laurence, Precedent in law, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, New York, 1987.

Goutal, Jean Louis, Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U. S. A. The American Journal of Comparative Law 24 (1976), 43 ff.

Grabenwarter, Christoph, § 169 Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Dederer/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Europäische Grundrechte - Universelle Menschenrechte, Müller u.a. Heidelberg, 2009.

Grabitz, Eberhardt, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 98 (1973), 568 ff.

Groppi, Tania; Ponthoreau, Marie-Claire, The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future, in: dies. (Hrsg.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Oxford, 2013, 411 ff.

Gröschner, Rolf, Jurisprudenz und Enthymem - eine leidenschaftliche Liaison, Rechtstheorie 42 (2011), 515 ff.

Gröschner, Rolf, Dialogik des Rechts, Philosophische, dogmatische und methodologische Grundlagenarbeiten 1982 - 2012, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Gröschner, Rolf, Theorie und Praxis juristischer Argumentation, in: Henkel (Hrsg.), Dialogik des Rechts. Philosophische, dogmatische und methodologische Grundlagenarbeiten 1982 – 2012, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, 127 ff.

Großfeld, Bernhard, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Mohr, Tübingen, 1984.

Großfeld, Bernhard, Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 289 ff.

Grote, Rainer, Rule of Law, Rechtsstaat and »Etat de droit«, in: v. Starck (Hrsg.), Constitutionalism, universalism and democracy, A comparative analysis, the German contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law. Nomos, Baden-Baden, 1999, 270 ff.

Guamieri, Carlo; Piana, Daniela, Bringing the Outside inside Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into its Right Context, *Utrecht Law Review* 8 (2012), 139 ff.

Häberle, Peter, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, *Juristenzeitung* 30 (1975), 297 ff.

Häberle, Peter, Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten" Verfassungsverständnis, in: Dreier (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation eine Kontroverse. Nomos. Baden-Baden*, 1976, 248 ff.

Häberle, Peter, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, *Juristenzeitung* 44 (1989), 913 ff.

Häberle, Peter, Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), 621 ff.

Habermas, Jürgen, Wahrheitstheorien, in: Fahrenbach (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Pfullingen, 1973, 211 ff.

Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

Häcker, Birke, Das englische Common Law - Eine Einführung, *Juristische Schulung* 54 (2014), 872 ff.

Hähnchen, Susanne, *Rechtsgeschichte, Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, C.F. Müller, Heidelberg, 6. Aufl. 2021.

Halmai, Gabor, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 1328.

Härle, Wilfried, "Vom Rechte, das mit uns geboren ist", *Aktuelle Probleme des Naturrechts*, Herder, Freiburg im Breisgau, Basel, Wien, 2007.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Der Begriff des Rechts*, 1973.

Hassemer, Winfried, Naturrecht im Verfassungsrecht, in: Donatsch (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 2002, 135 ff.

Hassemer, Winfried, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. C.F. Müller, Heidelberg, 2016, 227 ff.

Hassemer, Winfried; Neumann, Ulfried; Saliger, Frank, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg, 9. Aufl. 2016.

Haverkate, Görg, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken, Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Duncker u. Humblot, Berlin, 1977.

Heck, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1932.

Heinold, Alexander, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, Duncker-Humblot, Berlin, 2011.

Heintz, Bettina, „Wir leben im Zeitalter der Vergleichung.“ Perspektiven einer Soziologie des Vergleichs. *Zeitschrift für Soziologie* 45 (2016), 305 ff.

Henninger, Thomas, Europäisches Privatrecht und Methode, Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

Hensel, Roman, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, *Der Staat* 50 (2011), 581 ff.

Hesse, Konrad, Die normative Kraft der Verfassung, Freiburger Antrittsvorlesung, Mohr, Tübingen, 1959.

Heun, Werner, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Hillgruber, Christian, "Neue Methodik" - Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland. *Juristenzeitung* 63 (2008), 745 ff.

Hillgruber, Christian, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, 505 ff.

Hirschl, Ran, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law, *The American Journal of Comparative Law* 53 (2005), 125 ff.

Hirschl, Ran, Comparative matters, The renaissance of comparative constitutional law, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Die Klugheit der Entscheidung liegt in ihrer Herstellung - selbst bei der Anwendung von Recht, in: Scherzberg (Hrsg.), *Kluges Entscheiden. Disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen*, Erste Erfurter Staatswissenschaftliche Tagung, Mohr Siebeck. Tübingen, 2006, 3 ff.

Hofmann, Hasso, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, WBG Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 3. Aufl. 2006.

Hong, Mathias, Ein Gericht oder zwei Gerichte? *Der Staat* 54 (2015), 409 ff.

Horn, Dieter, Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation, *Rechtstheorie* 6 (1975), 145 ff.

Horn, Dieter, Topik als offenes Kommunikationssystem, in: Ballweg/Seibert (Hrsg.), *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, Alber, Freiburg (Breisgau) u.a., 1982, 141 ff.

Hruschka, Joachim, Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, *Juristenzeitung* (1992), 429 ff.

Huber, Peter, § 6 Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, C.H. Beck, München, 2021.

Hwang, Shu-Perng, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat?, Eine rechtsvergleichen-

de Analyse zur Kompetenzabgrenzung von Verfassungsgericht und Gesetzgeber in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

Ipsen, Jörn, Richterrecht und Verfassung, Duncker & Humblot, Berlin, 1975.

Isensee, Josef, Bundesverfassungsgericht - quo vadis? Juristenzeitung 51 (1996), 1085 ff.

Isensee, Josef, Vom Ethos des Interpreten, in: Haller (Hrsg.), Staat und Recht Festschrift für Günther Winkler, Springer, Wien, New York, 1997, 367 ff.

Jackson, Vicki C., Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, Harvard Law Review 119 (2005), 109 ff.

Jackson, Vicki C., Constitutional engagement in a transnational era, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Jacob, Marc, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice, Unfinished business, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Jahn, Matthias, Pluralität der Rechtsdiskurse - Sektoralisierung der Methodenlehre, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, S. 175 ff.

Jansen, Nils, The Making of Legal Authority, Non-legislative codifications in historical and comparative perspective, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Jestaedt, Matthias, Autorität und Zitat, Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Detterbeck (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit, Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, 513 ff.

Jestaedt, Matthias, Phänomen Bundesverfassungsgericht, Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Suhrkamp, Berlin, 2011, S. 77 ff.

Jestaedt, Matthias, Verfassungsinterpretation in Deutschland, in: Lienbacher (Hrsg.), Verfassungsinterpretation in Europa, Sramek, Wien, 2011, 5 ff.

Jestaedt, Matthias, Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Vesting (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung? Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, 317 ff.

Jestaedt, Matthias, *Lepsius*, Oliver, Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

Lorenz Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, Nomos, Baden-Baden, 2. Aufl. 2011.

Kaiser, Anna-Bettina, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 203 ff.

Kaiser, Anna-Bettina, "It Isn't True that England Is the Moon": Comparative Constitutional Law as a Means of Constitutional Interpretation by the Courts? German Law Journal 18 (2017), 293 ff.

Kaiser, Joseph, Vergleichung im öffentlichen Recht, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 24 (1964), 391 ff.

Kalb, Johanna, The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation, The Yale Journal of International Law 38 (2013), 423 ff.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Wien, 2. Aufl. 1960.

Kirchhof, Ferdinand, Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, Neue Juristische Wochenschrift (2020), 1492 ff.

Kirchhof, Paul, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Badura/Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Grundlagen von Staat und Verfassung, Müller, Heidelberg, 1995, 775 ff.

Kischel, Uwe, Die Begründung, Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

Kischel, Uwe, Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren? Archiv des öffentlichen Rechts 131 (2006), 219 ff.

Kischel, Uwe, Rechtsvergleichung, C.H. Beck, München, 2019.

Klein, Hans Hugo, § 51 Status des Abgeordneten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Demokratie - Bundesorgane, 3. Auflage, Müller, Heidelberg, 2005.

Kloepfer, Michael, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Demokratie - Bundesorgane, Müller, Heidelberg, 2005.

Koch, Hans-Joachim; Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, C.H. Beck, München, 1982.

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, C.H. Beck, München, 39. Aufl. 2015.

Kokott, Juliane, From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization - with Special Reference to the German Basic Law, in: v. Starck (Hrsg.), Constitutionalism, universalism and democracy, A comparative analysis; the German contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Nomos, Baden-Baden, 1999, 74 ff.

Komárek, Jan, Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent, Society and Economy Working Papers (2012).

Kranenpohl, Uwe, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2010.

Kriele, Martin, Kriterien der Gerechtigkeit, Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus, Duncker & Humblot, Berlin, 1963.

Kriele, Martin, Theorie der Rechtsgewinnung, Entwickelt am Problem der Verfassungsin-terpretation, Duncker & Humblot, Berlin, 2. Aufl. 1976.

Krüper, Julian, Das Glück der größten Zahl - zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im

Verfassungsstaat, Zeitschrift für das Juristische Studium (2009), 47 ff.

Krüper, Julian, Grundlagen des Rechts, Nomos, Baden-Baden, 3. Aufl. 2016.

Kunz, Raffaella, Richter über internationale Gerichte? Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen von EGMR und IAGMR, Springer, Berlin, Heidelberg, 2020.

Lachmayer, Konrad, Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode. Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 166 ff.

Lahusen, Benjamin, Rechtspositivismus und juristische Methode, Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftfehe, Velbrück Wissenschaftsverlag, Weilerswist, 2011.

Langenbucher, Katja, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, C.H. Beck, München, 1996.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer, Berlin, 6. Aufl. 1991.

Lassahn, Philipp, Rechtsprechung und Parlamentgesetz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

Launhardt, Agnes, Methodenlehre aus rechtsrhetorischer Perspektive: Abschied von der Normativität? Rechtstheorie 32 (2001), 141 ff.

Launhardt, Agnes, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, Eine Untersuchung zur Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs, Düsseldorf, 2005.

Le Quinio, Alexis, Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, DL 2011.

Lee, Kye II, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Legrand, Pierre, European Legal Systems Are Not Converging, International & Comparative Law Quarterly 45 (1996), 52 ff.

Lembcke, Oliver, Eine Erinnerung an Hannah Arendt, Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 73 ff.

Lepsius, Oliver, Themen der Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 1 ff.

Lepsius, Oliver, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 103 ff.

Lepsius, Oliver, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Suhrkamp, Berlin, 2011, 159 ff.

Lepsius, Oliver, Brauchen wir einen Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von

Gesetzen? Replik auf Lothar Michael JZ 2015, 425 ff, Juristenzeitung 70 (2015), 435 ff.

Lepsius, Oliver, Entscheiden durch Maßstababildung, in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Springer Fachmedien Wiesbaden, Wiesbaden, 2015, 119 ff.

Lerch, Kent, Recht verhandeln, Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, De Gruyter, München, 2005.

Lerche, Peter, Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Keip, Goldbach, 2. Aufl. 1999.

Lienbacher, Georg, Verfassungsinterpretation in Europa, Sramek, Wien, 2011.

Limbach, Jutta, Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2002, 315 ff.

Limbach, Jutta, Globalization of Constitutional Law through interaction of judges, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 51 ff.

Lollini, Andrea, Legal argumentation based on foreign law, An example from case law of the South African Constitutional Court, Utrecht Law Review 3 (2007), 60 ff.

Lücke, Jörg, Begründungszwang und Verfassung, Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente, Mohr, Tübingen, 1987.

Luetjohann, Eberhard, Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zur Rechtsprechungslehre, v. Decker, Heidelberg, 1991.

Luhmann, Niklas, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Kohlhammer, Stuttgart u.a., 1974.

Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993.

Luhmann, Niklas, Rechtssoziologie, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 4. Aufl. 2008.

Lundmark, Thomas, Stare decisis vor dem Bundesverfassungsgericht, Rechtstheorie 28 (1997), 315 ff.

Lundmark, Thomas, Charting the divide between common and civil law, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Lundmark, Thomas, Die Methodik des Präzedenzfalls im Common Law-Rechtskreis, Ad Legendum (2016), 109 ff.

Luther, Christoph, Die juristische Analogie, Juristische Ausbildung (2013), 449 ff.

Luther, Jörg, Länderbericht Italien: Precedente e linguaggio giuridico in Italia, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Precedence and its language; erstes Kolloquium der "Peter-Häberle-Stiftung" an der Universität St. Gallen, Dike, Baden-Baden, 2008, 197 ff.

MacCormick, Neil, Rhetoric and the rule of law, A theory of legal reasoning, Oxford University Press, Oxford, 2010.

MacCormick, Neil; *Summers*, Robert, Interpreting Precedents, A Comparative Study, Taylor and Francis, Florence, 1997.

Maduro, Miguel Poyares, Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism, in: Dunoff (Hrsg.), Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 356 ff.

Mak, Elaine, Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices, Utrecht Law Review 8 (2012), 20 ff.

Markesinis, Basil, Judicial recourse to foreign law, A new source of inspiration?, UCL Press, London, New York, 2006.

Marsch, Nikolaus; *Vilain*, Yoan; *Wendel*, Matthias, Französisches und deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich, Springer, Berlin, 2015.

Marshall, John, Opinion of Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) in: Thompson/Harris/Tribe (Hrsg.), It is a constitution we are expounding. Collected writings on interpreting our founding document, American Constitution Society for Law and Policy, Washington, DC, 2009, 51 ff.

Martinez, José, Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, Beiträge der ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 153 ff.

Martini, Stefan, Lifting the Constitutional Curtain The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court, in: Groppi/Ponthoreau (Hrsg.), The use of foreign precedents by constitutional judges, Oxford u.a., 2013, 229 ff.

Martini, Stefan, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, Praxis, Viabilität und Begründung rechtsvergleichender Argumentation durch Verfassungsgerichte am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

Matz-Lück, Nele; *Hong*, Mathias; *Sauer*, Heiko, Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem - Konkurrenzen und Interferenzen, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. Berlin, Heidelberg, 2012, 1 ff.

Maunz, Theodor; *Dürig*, Günter, Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck, München, 2021.

Mayer, Franz, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund, in: Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, Beiträge der ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006. Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 167 ff.

Mayrhofer, Michael, Europäische Verfassungsvergleichung durch den Verfassungsgerichtshof. Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 188 ff.

McCrudden, Christopher, A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Con-

versations on Constitutional Rights, Oxford Journal of Legal Studies 20 (2000), 499 ff.

Michael, Lothar, Das Verbot echter Rückwirkung als Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen und eines Kernbereichs der Judikative, Zugleich Erwiderung zu Oliver Lepsius JZ 2014, 488 ff, Juristenzeitung 70 (2015), 425 ff.

Miguel, Alfonso; *Laporta*, Francisco, Precedent in Spain, in: MacCormick, D. Neil, Summers, Robert S. (Hrsg.), Interpreting Precedents, A Comparative Study, Taylor and Francis, Florence, 1997, 259 ff.

Mitteis, Heinrich, Über das Naturrecht, Akademie-Verlag, Berlin, 1948.

Möllers, Christoph, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des Öffentlichen Rechts, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 151 ff.

Möllers, Christoph, § 5 Demokratie, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, C.H. Beck. München, 2021.

Möllers, Thomas, Juristische Methodenlehre, C.H. Beck, München, 4. Aufl. 2021.

Moreteau, Olivier, Les frontières de la langue et du droit: vers une méthodologie de la traduction juridique, Revue internationale de droit comparé 61 (2009), 695 ff.

Morlok, Martin, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

Morlok, Martin, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, 49 ff.

Morlok, Martin, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur (Hrsg.), Präjudiz und Sprache. Precedence and its language; erstes Kolloquium der "Peter-Häberle-Stiftung" an der Universität St. Gallen, Dike, Baden-Baden, 2008, 28 ff.

Morlok, Martin, Die vier Auslegungsmethoden - was sonst?, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 179 ff.

Morlok, Martin; *Kölbl*, Ralf, Rechtspraxis und Habitus, Rechtstheorie 32 (2001), 289 ff.

Morlok, Martin; *Kölbl*, Ralf; *Launhardt*, Agnes, Recht als soziale Praxis, Eine soziologische Perspektive der Methodenlehre, Rechtstheorie 31 (2000), 15 ff.

Mössner, Jörg Manfred, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, Archiv des öffentlichen Rechts 99 (1974), 193 ff.

Muller, Sam; *Richards*, Sidney, Highest Courts and globalisation, Hague Academic Press, Den Haag, 2010.

Müller, Friedrich, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

Müller, Friedrich, Die Einheit der Verfassung - Kritik des juristischen Holismus, Duncker & Humblot, Berlin, 2. Aufl. 2007.

Müller, Friedrich, Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

Müller, Friedrich, Christensen, Ralph; Sokolowski, Michael, Rechtstext und Textarbeit, Duncker und Humblot, Berlin, 1997.

Müller, Hans, Zur Geschichte der bindenden Gesetzesauslegung, Duncker & Humblot, Berlin, 1939.

Müller-Franken, Sebastian, Verfassungsvergleichung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, 885 ff.

von *Münch, Ingo; Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, C.H. Beck, München, 7. Aufl. 2021.*

Murkens, Jo Eric Khushal, Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Refelections, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 32 ff.

Neumann, Ulfried, Juristische Argumentationslehre, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

Neumeyer, Karl, Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (1970), 411 ff.

Nußberger, Angelika, Wer zitiert wen? - Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, Juristenzeitung 15 (2006), 763 ff.

Ogorek, Regina, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Steiner Verlag, Stuttgart, 1986.

Öhlinger, Theo, Vom Sinn und Nutzen der Verfassungsvergleichung, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum internationalen Verfassungsrecht, Tagungsband zum 1st Vienna Workshop on International Constitutional Law, WUV-Univ.,-Verl. Wien, 2005, 11 ff.

Osterkamp, Thomas, Juristische Gerechtigkeit, Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

Ott, Walter, Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, Duncker & Humblot, Berlin, 2. Aufl. 1992.

Holländer, Pavel, Verfassungsrechtliche Auslegung: methodologisches Kopfzerbrechen, in: Sieckmann (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, Nomos, Baden-Baden, 2005, 15 ff.

Payandeh, Mehrdad, Judikative Rechtserzeugung, Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

Peirce, Charles, Phänomen und Logik der Zeichen, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 3. Aufl. 1998.

Perelman, Chaim, Logik und Argumentation, Athenäum, Königstein, 1979.

Perelman, Chaim, Recht und Rhetorik, in: Ballweg/Seibert (Hrsg.), Rhetorische Rechtstheorie, Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg, Alber, Freiburg (Breisgau) u.a., 1982,

237 ff.

Perelman, Chaim, *Olbrechts-Tyteca*, Lucie, *Traité de l'Argumentation, La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, Brüssel, 1970.

Perju, Vlad, *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 1304 ff.

Pernice, Ingolf, *Theorie und Praxis des europäischen Verfassungsverbundes*, in: Callies (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsbund, Beiträge der ersten Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht vom 15. bis 17. Juni 2006*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 61 ff.

Picker, Eduard, *Richterrecht und Rechtsdogmatik. Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts*, in: Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Im Januar 2009 veranstaltete die Bucerius Law School u.d.T.: "Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung" ein Symposium, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 85 ff.

Ponthoreau, Marie-Claire, *Foreign Precedents in Constitutional Litigation*, in: Schauer/Verschraegen/Fleischer (Hrsg.), *General reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer, 2017, 523 ff.

Posner, Richard, *Foreword: A Political Court*, *Harvard Law Review* 119 (2005), 32 ff.

Posner, Richard, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2021.

Pound, Roscoe, *Law in Books and Law in Action*. *American Law Review* 44 (1910), 12 ff.

Rabel, Ernst, *Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Huber, München, 1925.

Radhert, Mark, *Comparative Constitutional Advocacy*, *American University Law Review* 56 (2007), 553 ff.

Raisch, Peter, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanon für die praktische Rechtsanwendung*, Vortrag 7. Dezember 1987, Müller, Heidelberg, 1988.

Rautenberg, Joachim, *Logik und Überzeugungskraft bei der Anwendung von Rechtsnormen*, *Die öffentliche Verwaltung* (1962), 253 ff.

Rehbinder, Manfred, *Rechtssoziologie*, Ein Studienbuch, C.H. Beck, München, 8. Aufl. 2014.

Reimer, Franz, *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

Riedel, Eibe, *Universality of Human Rights and Cultural Pluralism*, in: v. Starck (Hrsg.), *Constitutionalism, universalism and democracy. A comparative analysis; the German contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 26 ff.

Röhl, Klaus, *Allgemeine Rechtslehre*, Ein Lehrbuch, Heymanns, Köln, 2. Aufl. 2001.

Rollecke, Gerd, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: v. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1976, 22 ff.

Rosenfeld, Michel; *Sajó*, András, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Ruppert, Stefan, § 6 BVerfGG, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, C.F. Müller, Heidelberg, 2015.

Rüthers, Bernd, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, Juristenzeitung 61 (2006), 53 ff.

Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, 8. Aufl. 2017.

Rüthers, Bernd, *Christian Fischer; Axel Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, C.H. Beck, München, 2020.

Sacco, Rodolfo; *Joussen*, Jacob, Einführung in die Rechtsvergleichung, Nomos, Baden-Baden, 2. Aufl. 2011.

Sauer, Heiko, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), 35 ff.

Sauer, Heiko, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 194 ff.

Sauer, Heiko, § 10 Juristische Methodenlehre, in: Krüper/Augenhofer (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Nomos, Baden-Baden, 2021, 199 ff.

Sauer, Heiko, *Payandeh*, Mehrdad, Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherheitsverwahrung, Jura 4 (2010), 289 ff.

Savigny, Eike, Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Akademie-Verlag, Berlin, 2. Aufl. 2011.

Savigny, Eike, Sprachspiele und Lebensformen: Woher kommt die Bedeutung?, in: Savigny (Hrsg.), Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Akademie-Verlag, Berlin, 2011, 7 ff.

Schauer, Frederick, Authority and Authorities, Virginia Law Review 94 (2008), 1931 ff.

Schauer, Frederick, Thinking like a lawyer, A new introduction to legal reasoning, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, 2009.

Scherzberg, Arno, Kluges Entscheiden, Disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

Schirren, Thomas; *Ueding*, Gert, Topik und Rhetorik, Ein interdisziplinäres Symposium, De Gruyter, Berlin, 2000.

- Schlaich*, Klaus; *Korioth*, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 2018.
- Schlieffen von*, Katharina, Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung, *Rechtstheorie* 32 (2001), 175 ff.
- Schlieffen von*, Katharina, Rhetorische Analyse des Rechts, in: Soudry (Hrsg.), *Rhetorik. Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis*, Müller, Heidelberg, 2006, 42 ff.
- Schlieffen von*, Katharina, Das Enthymem - ein Modell juristischen Begründens, *Rechtstheorie* 42 (2011), 601 ff.
- Schlieffen von*, Katharina, Wie Juristen begründen, *Juristenzeitung* 66 (2011), 109 ff.
- Schlink*, Bernhard, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), 161 ff.
- Schlink*, Bernhard, Abschied von der Dogmatik, *Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel*, *Juristenzeitung* 62 (2007), 157 ff.
- Schlothauer*, Reinhold, Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit: Neuere Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation, Untersucht am Beispiel von Horst Ehmke, Peter Häberle, Konrad Hesse, Martin Kriele und Friedrich Müller, Europäische Verlagsanstalt, Köln, Frankfurt am Main, 1979.
- Schlüchter*, Ellen, Mittlerfunktion der Präjudizien, Eine rechtsvergleichende Studie, De Gruyter, Berlin, 1986.
- Schmidt-Aßmann*, Eberhart, § 24 Der Rechtsstaat, in: Badura/Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Grundlagen von Staat und Verfassung*, Müller, Heidelberg, 1995.
- Scholz*, Rupert; *Lorenz*, Dieter; *Pestalozza*, Christian, *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- Schönberger*, Christoph, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, *Verfassung und Recht in Übersee* 43 (2010), 6 ff.
- Schönberger*, Christoph, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin, 2011, 9 ff.
- Schönberger*, Christoph, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Höfling (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011*, De Gruyter, Berlin, 2012, 296 ff.
- Schönberger*, Christoph, Der "German Approach": Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, in: Schönberger/Takada/Jakab (Hrsg.), *Der "German Approach". Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 1 ff.
- Schönberger*, Christoph; *Takada*, Atsushi; *Jakab*, András, *Der "German Approach", Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

Schreckenberger, Waldemar, Über den Zugang der modernen Logik zur Rechtsdogmatik, in: Ballweg/Seibert (Hrsg.), Rhetorische Rechtstheorie, Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg, Alber, Freiburg (Breisgau) u.a., 1982, 155 ff.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße?, in: Blankenagel/Häberle (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, 355 ff.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

Schweitzer, Michael; *Dederer*, Hans-Georg, Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, C.F. Müller, Heidelberg, 12. Aufl. 2020.

Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, C.H. Beck, München, 5. Aufl. 2010.

Sefton Green, Ruth, Compare and Contrast, Monstre à deux têtes, Revue internationale de droit comparé 54 (2002), 85 ff.

Seibert, Thomas-Michael, Fall, Regel und Topos, in: Ballweg/Seibert (Hrsg.), Rhetorische Rechtstheorie, Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg, Alber, Freiburg (Breisgau) u.a., 1982, 321 ff.

Sieckmann, Jan-Reinard, Verfassung und Argumentation, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Siltala, Raimo, A theory of precedent, From analytical positivism to a post-analytical philosophy of law, Oxford, 2000.

Sims, Vanessa, English law and terminology, Nomos, Baden-Baden, 3. Aufl. 2010.

Slapper, Gary; *Kelly*, David, The English legal system, Routledge, London, 2014. Aufl. 2014.

Smend, Rudolf, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 1 (1951), 1 ff.

Sobota, Katharina, Sachlichkeit, rhetorische Kunst der Juristen, Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1990.

Sodan, Helge, Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit, Schöningh, Zürich, 2010.

Somek, Alexander, Rechtliches Wissen, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006.

Somek, Alexander, *Forgó*, Nikolaus, Nachpositivistisches Rechtsdenken, Inhalt und Form des positiven Rechts, WUV-Universitäts-Verlag, Wien, 1996.

Sommermann, Karl-Peter, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, Archiv des öffentlichen Rechts 114 (1989) ff.

Sommermann, Karl-Peter, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, Die öffentliche Verwaltung 52 (1999), 1017 ff.

Soudry, Rouven, Rhetorik, Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis, Müller, Heidelberg, 2. Aufl. 2006.

Starck, Christian, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. *Juristenzeitung* 52 (1997), 1021 ff.

Starck, Christian, Constitutionalism, universalism and democracy, A comparative analysis; the German contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Nomos, Baden-Baden, 1999.

Starck, Christian, Verfassungen, Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

Stegmaier, Peter, Wissen, was Recht ist, Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologischethnografischer Sicht, VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH Wiesbaden, Wiesbaden, 2009.

Strauch, Hans-Joachim, Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz, Rechtsprechungs-
theorie, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln, Argumentieren, Begründen und Entscheiden
im Diskurs des Rechts, De Gruyter, München, 2005, 479 ff.

Struck, Gerhard, Topische Jurisprudenz, Athenäum, Frankfurt am Main, 1971.

Taruffo, Michele; *La Torre*, Massimo, Precedent in Italy, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hrsg.),
Französisches und deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich, Springer, Berlin,
2015, 141 ff.

Tetens, Holm, Wissenschaftstheorie, Eine Einführung, C.H. Beck, München, 2013.

Thiel, Markus, Recht und Sprache, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Nomos,
Baden-Baden, 2016, 244 ff.

Thompson, Karl; *Harris*, Pamela; *H. Tribe*, Laurence, It is a constitution we are expound-
ing, Collected writings on interpreting our founding document, American Constitution Soci-
ety for Law and Policy, Washington, DC, 2009.

Tohidipur, Mehdi, Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, Zur verfassungsrechtli-
chen und politischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts, Suhrkamp,
Frankfurt am Main, 1976.

Christian Tomuschat, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfas-
sungsgerichte, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht,
Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 245 ff.

Toulmin, Stephen Edelston, Der Gebrauch von Argumenten, Scriptor Verlag, Kron-
berg/Ts., 1975.

Trantas, Georgios, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des Öff-
entlichen Rechts, Dresdner Universitätsverlag, Dresden, 1998.

Trute, Hans-Heinrich, Art. 38, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, C.H.
Beck, München, 2021.

Tschentscher, Axel, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im
öffentlichen Recht, *Juristenzeitung* (2007), 807 ff.

Tuschak, Bernadette, Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur,
Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Bezugsquellen und Produzenten herrschen-

der Meinung in England und Deutschland am Beispiel des Europarechts, Kovac, Hamburg, 2009.

Ungern-Sternberg von, Antje, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 138 (2013), 1 ff.

Uyterhoeven, Bernd, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Bern Stämpfli, Zürich, 1959.

Mangoldt von, Hermann; Klein, Friedrich; Starck, Christian (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, C.H. Beck, München, 7. Aufl. 2018.

Venter, Francois, Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-Making, Verfassung und Recht in Übersee 41 (2008), 16 ff.

Vesting, Thomas, Der Eigenwert des Verfassungsrechts, Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

Viehweg, Theodor, Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, C.H. Beck, München, 5. Aufl. 1974.

Vilain, Yoan, § 3 Verfassungsprinzipien, in: Marsch/Vilain/Wendel (Hrsg.), Französisches und deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich, Springer, Berlin, 2015, 46 ff.

Vogenaier, Stefan, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

Münch von, Ingo Einführung in die Verfassungsvergleichung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1973), 126 ff.

Vorländer, Hans, Integration durch Verfassung, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2002.

Voßkuhle, Andreas; Sydow, Gernow, Die demokratische Legitimation des Richters, Juristenzeitung 57 (2002), 673 ff.

Wagner-Döbler, Ronald; Phillips, Lothar, Präjudizien in der Rechtsprechung: Statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, Rechtstheorie (1992), 228 ff.

Wahl, Rainer, Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld, Aus Politik und Zeitgeschichte (2001), 45 ff.

Waldron, Jeremy, Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity, in: Muller/Richards (Hrsg.), Highest Courts and globalization, Hague Academic Press, Den Haag, 2010, 99 ff.

Walker, Neil, The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: The Case of the EU, in: Choudhry (Hrsg.), The migration of constitutional ideas, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 320 ff.

Walter, Christian, Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte: Überlegungen zur Rechtsvergleichung als Methode im öffentlichen Recht, Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 8. Nassauer Gespräch; Nassauer Gespräche der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Band 7, Steiner, Stuttgart, 2005, 205 ff.

Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, Verlag Franz Vahlen, München, 6. Aufl. 2015.

Wank, Rolf, Juristische Methodenlehre, C.H. Beck, München, 2020.

Watson, Alan, Legal Transplants, An Approach to Comparative Law, University of Georgia Press, Georgia, 2. Aufl. 1993.

Weinberger, Ota, Rechtslogik, Duncker & Humblot, Berlin, 2. Aufl. 1989.

Weitzel, Jürgen, Werte und Selbstwertung juristisch-forensischen Begründens heute, in: Cordes (Hrsg.), Juristische Argumentation - Argumente der Juristen, Böhlau, Köln, Wien u.a., 2006, 11 ff.

Weller, Heinz, Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft, Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung und Funktion der Präjudizientheorie, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

Welzel, Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 4. Aufl. 1962.

Wendel, Mattias, Lisbon Before the Courts, Comparative Perspectives, European Constitutional Law Review 7 (2011), 96 ff.

Wendel, Mattias, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

Wendel, Mattias, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtssprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, Der Staat 52 (2013), 339 ff.

Wendel, Mattias, Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 74 (2014), 615 ff.

Wennerberg, Hjalmar, Der Begriff der Familienähnlichkeit in Wittgensteins Spätphilosophie, in: Savigny (Hrsg.), Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Akademie-Verlag, Berlin, 2011, 33 ff.

Wieacker, Franz, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Bubner/Cramer (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik: Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag. Sprache und Logik, Mohr Siebeck, Tübingen, 311 ff.

Wieser, Bernd, Vergleichendes Verfassungsrecht, Springer, Wien, 2006.

Wischmeyer, Thomas, Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven, Archiv des öffentlichen Rechts 140 (2015), 415 ff.

Wohlrapp, Harald, Der Begriff des Arguments, Über die Beziehungen zwischen Wissen, Forschen, Glauben, Subjektivität und Vernunft, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2008.

Wolf, Wilhelm, Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden der juristischen Methodenlehre: zivilrechtliche Perspektiven, in: Reimer (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis? Nomos, Baden-Baden, 2016, 75 ff.

Wolff, Heinrich Amadeus, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz,

Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

Wrase, Michael, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, Schriften zum Öffentlichen Recht, 2016.

Young, Ernest, Foreign Law and the Denominator Problem, Harvard Law Review 119 (2005), 148 ff.

Zaitjay, Imre, Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, Archiv für die civilistische Praxis 165 (1965), 97 ff.

Zimmermann, Rita, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

Zippelius, Reinhold, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, C.H. Beck, München, 1962.

Zippelius, Reinhold, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, Akademie der Wissenschaft und der Literatur, Mainz, 1987.

Zuck, Rüdiger; *Lechner*, Hans, (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, C.H. Beck, München, 8. Aufl. 2019.

Zweigert, Konrad; *Kötz*, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Mohr, Tübingen, 2. Aufl.