

## Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.

Oder: Mutmaßungen über Sprachspiele

Rüdiger Zuck\*

Einleitung	402		
I. Sprachspiel 1:.....	403	b) Wörter und Gegenstände .... 416	
1. Jemand liest in einem Gesetzblatt .....	403	2. Auslegungsmethoden als letzte Hilfe ..... 423	
2. Jemand betrachtet einen Leser eines Gesetzblatts .....	405	IV. Plädoyer für eine anwendungsbezogene Dogmatik ..... 426	
II. Sprachspiel 2:.....	409	1. Splendid Isolation der Wissenschaft ..... 426	
1. Strafrichter R muss eine Entscheidung treffen.....	409	2. Der Anwendungsbezug ..... 427	
2. Richter R findet keinen seine Entscheidung stützenden rechtlichen Sprachgebrauch .....	412	3. Voraussetzungen für die Rechtsanwendung durch den Richter..	
III. Anti-Sprachspiel:.....	414	a) Die Lebenssituation..... 428	
1. Das Sprachspiel.....	414	b) Bürger – Beamter – Beistand .....	429
a) Der allgemeine Sprachgebrauch.....	414	4. Der Richter als Adressat der Anwendungsdogmatik .....	431
		V. Zusammenfassung .....	434

### **Einleitung**

Der Beitrag beschäftigt sich mit *Wittgensteins* Annahme, dass das Verständnis von Wörtern und Sätzen (im hier gegebenen Zusammenhang: von Rechtsnormen) von unserer Teilnahme an einem vom Alltagssprachgebrauch abhängigen Sprachspiel beruht. Am Beispiel eines der einfachsten Sätze des GG „Sprachspiel 1“ wird gezeigt, dass der Bürger am Sprachspiel nicht teilnehmen kann, weil er den allgemeinen Sprachgebrauch für Rechtsnormen nicht kennt, sondern nur seinen eigenen Sprachgebrauch (I 1). Das daraus für die zu erörternde Rechtsnorm folgende rudimentäre Sprachverständnis wäre unschädlich, wenn der Gesetzgeber tatsächlich „klare und verständliche Normen“ zu schaffen, in der Lage wäre. Aber das dieser Vorgabe zugrundeliegende Transparenzgebot hat sich nicht verständnisfördernd verwirklichen lassen (I 2).

Ist der eine Rechtsnorm anwendende Richter in einer besseren Situation? Er wird in dem hier diskutierten Beispielsfall jedoch rasch feststellen, dass der Gesetzgeber des Art. 22 II GG ihn in allen entscheidungserheblichen Elementen im Stich lässt (II 1), weil es auch mit Hilfe der Kommentarliteratur an einem die richterliche Entscheidung nachvollziehbar begründet machenden rechtlichen Sprachgebrauch fehlt (II 2). Nun ist die Rechtswissenschaft aufgerufen (III). Es wird deutlich, dass der Rückgriff auf einen allgemeinen Sprachgebrauch für das richtige Verständnis von Rechtsnormen nicht tauglich ist (III 1a). Der im Rahmen des Sprachspiels erforderliche Rückgriff von Wörtern auf bestimmte Gegenstände läuft in großem Umfang

\* Prof. Dr. Rüdiger Zuck, of Counsel, Stuttgart

leer, weil über das jeweilige Wort der dahinter (angeblich) stehende Gegenstand eben gerade nicht verlässlich bestimmt werden kann (III 1b). Die Rechtswissenschaft versucht, die damit verbundenen Unsicherheiten von Rechtsnormen über anerkannte Auslegungsmethoden zu beseitigen (III 2). Aber unabhängig davon, dass damit der Topos des Sprachspiels verlassen wird: Dogmatische Gewissheiten sind für Art. 22 II GG auf diesem Weg nicht zu erlangen.

Weil selbst bei einer so einfach strukturierten Norm wie Art. 22 II GG Bürger und Rechtsanwender scheitern, könnte dann vielleicht dieses Defizit durch eine „Wissenschaft der Zukunft“ behoben werden? Dem wendet sich das „Plädoyer für eine anwendungsbezogene Dogmatik“ (IV) zu. Die Rechtswissenschaft hat sich in ein selbstbezogenes Arcanum zurückgezogen (IV 1). Vom Bezug des Rechts auf seine Rechtsanwender hat sie sich weitgehend verabschiedet (IV 2, 3). Dass Rechtsanwälte und Richter Recht unter bloßen Wahrscheinlichkeitsannahmen anwenden, und deshalb konträre Ergebnisse gut begründbar sind, ist dabei aus dem Blick geraten (IV 4). Gute Gründe finden sich auf der Grundlage des Sprachspiels nicht. Gesucht werden muss deshalb nach den Rahmenbedingungen, die es dem Rechtsanwender erst ermöglichen, Gute Gründe für das – aus seiner Sicht – richtige Ergebnis zu finden. Mit anderen Worten: Die Rechtswissenschaft sollte ihre Selbst-Reflektion deutlich reduzieren, und sich stattdessen vermehrt der Rechtsanwendung selbst zuwenden. Dass das eine schwierige Aufgabe ist, liegt auf der Hand: Rechtswissenschaftler stehen per se in der zweiten Reihe, weil sie selbst keine Rechtsanwender i.e.S. sind.

### I. Sprachspiel 1:

#### 1. Jemand liest in einem Gesetzblatt

Wir schreiben den 23.5.1949. Im Wartezimmer eines Rechtsanwalts sitzt einer seiner Mandanten (M). Auf dem Tisch liegt ein Bundesgesetzblatt. M schlägt Seite 1 auf. Er liest die Überschrift „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland“. M nimmt an, dass ein Grundgesetz ein wichtiges Gesetz ist und blättert deshalb interessiert weiter. Er stößt auf Art. 22. Der lautet: „*Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold*“. M versucht, den Satz zu verstehen. Da er über keinerlei Rechtskenntnisse verfügt, orientiert er sich am allgemeinen Sprachgebrauch. Am einfachsten erscheint ihm die „schwarz-rot-gold“-Passage. Schwarz und Rot sind Farben. Das „gold“ ist durch Bindestriche mit schwarz und rot verbunden, so dass M davon ausgeht, auch „gold“ beziehe sich auf eine Farbe. Die Bindestriche zeigen ihm zugeleich, dass es sich um eine Farbkombination handelt. Die kommentarlose Reihung „schwarz-rot-gold“ stärkt ihn in der Annahme, es werde damit eine waagrechte Richtung wiedergegeben. Worauf bezieht sich nun, und damit richtet M sein Augenmerk auf den nächsten Satzbestandteil, die Farbkombination? Wie ihm die Satzstruktur zeigt, bezieht sich der Farbtex auf die Flagge. Es scheint sich dabei

um eine Fahne zu handeln. Worin die Besonderheit dieser Fahne als Flagge besteht, weiß M nicht. Fahnen kennt er, aber mit Flaggen hat er noch nie zu tun gehabt. Die Flagge hat zudem noch eine weitere Besonderheit, nämlich die Flagge des Bundes zu sein. Auch hier scheitert M schon im ersten Anlauf. Er kennt den Ehebund, den Bund Radieschen und er weiß, dass Studenten ihre Verbindung oft als Bund bezeichnen. Er erinnert sich auch noch daran, dass Gott mit dem Volk Israel einen Alten und einen Neuen Bund geschlossen hat. Aber was ist das für ein Bund in Art. 22? M schaut ein wenig zurück und da sieht er die Überschrift vor Art. 20: „II. Der Bund und die Länder“ In Art. 20 Abs. 1 liest er, dass die Bundesrepublik Deutschland ein „Bundesstaat“ ist. Aus der Überschrift schließt M, dass ein Bundesstaat aus „Bund und Ländern“ besteht. Da es „Bund und Länder“ heißt, kann „Bund“ nicht die bloße Zusammenfassung aller Länder sein. Aber worin besteht dann die Eigenart dieses Bundes? Dazu fällt M nichts ein. Sein Nachdenken über das richtige Verständnis des Art. 22 ist damit fast zu Ende. M beschäftigt sich aber, der Vollständigkeit halber, noch mit dem vorangestellten Artikel „Die“. Bedeutet das Einzigartigkeit so wie „Die Sonne“ im Satz „Die Sonne scheint“?<sup>1</sup> M denkt, das könnte durchaus sein. Es gibt offenbar nur eine in einem Bund. Warum soll er nicht auch nur eine Flagge haben? Vielleicht angebracht am Sitz des Bundespräsidenten? Aber dann denkt sich M, dass ein solcher Bund wohl vielseitig ist, z.B. gegründet in unterschiedliche öffentliche staatliche Stellen, und dass diese alle eine Flagge als Zeichen setzen könnten. Auch wenn Art. 22 nicht sagt „Die Bundesflaggen ...“ geht M jetzt davon aus, dass mit „Die“ keine Singularität gemeint ist. Der von M gelesene Satz lautet (für ihn jetzt): „Die Flaggen (als besondere Art von Fahnen) des Bundes (als eines Bestandteils des Bundesstaats Bundesrepublik Deutschland) haben die miteinander kombinierten Farben schwarz-rot-gold.“ Die damit von M vorgenommene Übersetzung in seinen Alltags-Sprachgebrauch hat aus dem einfachen Ausgangssatz einen ziemlich weitschweifigen von M aber dennoch als Synonym gedachten Satz gemacht.<sup>2</sup> M fragt sich, warum er eigentlich eine solche Übersetzungsarbeit hat leisten müssen. Hätte der Gesetzgeber das nicht gleich selbst sa-

1 Da täuscht sich M freilich. Zwar bezeichnet „die Sonne“ einen singulären Gegenstand. Aber „Die Sonne scheint“ ist dennoch kein eindeutiger Satz. Wenn ein Konzertbesucher seinen Nachbarn fragt, wie ihm Trifonovs Klavierspiel gefällt, kann dieser antworten: „Die Sonne scheint“, um die Einzigartigkeit von Trifonovs Klavierspiel hervorzuheben und die Ausstrahlung seines Spiels. Verlässt man dieses metaphorische Bild, weiß man, dass es im Weltall ungezählte Sonnen gibt, und dass viele Sonnensysteme mehr als ein Zentralgestirn „Sonne“ haben. Im Übrigen ist weder „Sonne“ eindeutig, wenn man etwa an die Heizsonne denkt, noch „scheint“, weil sich das auch auf eine bloße Annahme beziehen kann.

2 Die Kommentierung des Art. 22 von *E. Klein*, in: BK, Stand 2008 (zur identischen Fassung in Art. 22 II) hat aus diesem einen Satz dann schon 30 Seiten gemacht. Das ist nichts Ungewöhnliches, wie das Beispiel des einen Satzes in Art. 3 Abs. 1 GG „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ zeigt.

Das Längenargument ist freilich ein wenig unfair. Ein Kommentar beschäftigt sich ja nicht nur mit dem Gesetzesinhalt, sondern auch mit der Rechtsprechung zu diesem Text, dem Schrifttum zu dieser Rechtsprechung und des sich daran anschließenden Darstellung der eigenen Meinung zu beidem. Die Herausgabe von Neuauflagen führt damit fast automatisch zu einer weiteren Umfangsteigerung.

gen können? M lehnt sich zurück, weil er seine Lektüre für beendet hält. Da fällt ihm plötzlich auf, dass entscheidende Fragen von Art. 22 gar nicht beantwortet worden sind. Gibt es Vorgaben für die Größe der Flaggen? Ist die Anordnung der Farben frei, d.h. steht fest, ob sie – z.B. – vertikal, horizontal oder in Kreuzformat erfolgt? Muss das im Übrigen für jede Flagge einheitlich so gehandhabt werden? Und wie ist es mit den Farben? A rose is a rose is a rose heißt die legendäre Aussage *Gertrude Steins*.<sup>3</sup> So kann man natürlich sagen, dass eine Flagge eine Flagge ist. Aber jeder weiß, wenn er nur an rote Rosen denkt, dass es unterschiedliche Rottöne gibt. Und wie ist es mit gold(farben)? Muss dann nicht auch noch dafür gesorgt werden, dass dieser Flaggenbestandteil glitzert oder glänzt? Zu alledem gibt es keinen allgemeinen Sprachgebrauch. M weiß infolgedessen darüber nichts und er kann auch nichts darüber wissen, denn die erste einschlägige Anordnung des Bundespräsidenten erging erst am 7.6.1950.<sup>4</sup>

Nachdem M sich schon so ausführlich mit Art. 22 befasst hat, überlegt er noch, ob Art. 22 mit dem Satz „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold“ nur eine Feststellung trifft, also deskriptiv zu verstehen ist oder ob damit gesagt wird, wie die Bundesflagge aussehen soll, mit der Folge, dass es sich dann um eine präskriptive Aussage handelt. Einen allgemeinen Sprachgebrauch vom Inhalt des Textes von Bundesgesetzblättern kennt M nicht. Da er im ersten Bundesgesetzblatt, das überhaupt erschienen ist, liest, kann es einen solchen allgemeinen Sprachgebrauch auch gar nicht geben. Das schließt aber den Rückgriff auf die Logik nicht aus. Da es vor dem Zeitpunkt der Verkündung des Grundgesetzes weder die Bundesrepublik Deutschland noch einen Bundesstaat und deshalb in diesem Sinn auch keinen „Bund“ geben konnte, kann es auch keine Bundesflagge gegeben haben, die der Gesetzgeber lediglich beschreibt. Es muss sich also, so sagt sich M, um eine Aussage darüber handeln, was in Zukunft so sein soll.

## 2. Jemand betrachtet einen Leser eines Gesetzblatts

Wissenschaftler W, ein Sprachphilosoph und Rechtstheoretiker, sieht sich an, was M aus Art. 22 herausgelesen hat. M ist ein Zufallsleser gewesen, und da er ganz vernünftig vorgegangen ist, vielleicht sogar ein statistischer Durchschnittsleser, ein solcher also mittlerer Art und Güte. Aber der Einzelne ist im Rahmen der Statistik nur ein zufälliges Element. M hätte auch ein nur Dialekt sprechender Bauer aus dem Schwäbischen sein können, von dem – später – das Land Baden-Württemberg die Werbeaussage ableitet: „Mir könnnet älles, außer Hochdeutsch.“ Vielleicht war unser Leser aber auch nur ein GI, nach 1945 in Deutschland durch Heirat zurückgeblieben, mit – im konkreten Fall – nur mäßigen Deutschkenntnissen. Wir könnten M aber auch ein überragendes Sprachverständnis und damit die Kenntnis des

3 Ursprünglich im Gedicht *Sacred Emily* (1913).

4 BGBl. I 205.

allgemeinen Sprachgebrauchs zutrauen, wenn wir für M etwa *Hans Magnus Enzensberger* setzen. Aber der hat genauso wenig Ahnung, wenn er die Unverständlichkeit des Rechts als nicht nur gegeben, sondern beabsichtigt annimmt.<sup>5</sup>

W sieht damit als erstes, dass es für den Alltags-Sprachgebrauch des Bürgers nicht auf dessen konkrete sprachliche Kompetenz ankommen kann. Schon die Bedeutung eines Textes, von seinem Sinn ganz zu schweigen, hingen dann nämlich von der individuellen Befähigung des Lesers ab. Da ein Gesetzestext in dem Sinn allgemein ist, dass er für alle gilt, kann sich der allgemeine Sprachgebrauch nur auf einen allgemeinen Gebrauch beziehen. Ob der jeweilige Leser den allgemeinen Sprachgebrauch kennt, lässt sich nicht individuell fixieren noch käme es darauf überhaupt an. Allgemeiner Sprachgebrauch muss also eine vom jeweiligen Leser des Textes unabhängige, objektive Größe sein. In diesem Zusammenhang soll zunächst offenbleiben, wie dieser allgemeine Sprachgebrauch überhaupt ermittelt werden kann.

Der Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch hat aber noch eine zweite Komponente, wenn man auf die individuelle Befähigung zurückgreifen würde. Es käme noch auf die intellektuellen Fähigkeiten des Lesers an, der ja immer gezwungen ist, sich mit der Syntax eines Satzes zu beschäftigen. Wie sein IQ ist oder ob er im Sinne einer Behinderung neurologische Defizite hat, das alles beeinflusst seinen Sprachgebrauch, hat aber mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nichts zu tun.

Aber da der Nutzer des allgemeinen Sprachgebrauchs ein Homunculus ist, bleiben solche Mängel oder Defizite irrelevant.

W findet den Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch dürfzig. M hat nur herausgebracht, dass es sich um die Farbfestlegung für eine Fahne handelt. Alles Weitere bleibt ungesichert oder ziemlich unklar. Das gilt selbst dann, wenn M seinen Sprachgebrauch durch Benutzung von Wörterbüchern hätte sichern können. Dies liegt daran, dass Wörterbücher unverbindlich sind.<sup>6</sup> Aber, so fragt sich W, vielleicht dürfte man M seine Mängel in der Kenntnis des allgemeinen Sprachgebrauchs nicht vorhalten, wenn sie auf Mängel des Gesetzestextes zurückzuführen wären. Würde der Gesetzgeber seinen Text „klar und verständlich“ formuliert haben, würde das dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen. Das ist das Ziel des Transparenzgebots. Es hat seinen ausdrücklichen Niederschlag in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gefunden. Dort wird es in Bezug auf die Regelungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen so formuliert:

<sup>5</sup> H. M. Enzensberger, Von den Vorzügen der Unverständlichkeit, in: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Bd. I, 2004, 83.

<sup>6</sup> Siehe dazu ausf. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, Rn. 351d.

*„Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.“*

Diese Vorgabe bezieht sich aber nur auf AGBs, also auf vorformulierte Vertragsbedingungen (§ 305 BGB). Diese sind keine Rechtsnormen.<sup>7</sup> Aber das damit im Rahmen des Verbraucherschutzes ausgesprochene Transparenzgebot gilt selbst dort nur „im Rahmen des Möglichen“.<sup>8</sup> Es bezieht sich auf einen durchschnittlichen Vertragspartner, der als „aufmerksamer und sorgfältiger“ Teilnehmer am Rechtsleben eingestuft wird.<sup>9</sup> Art. 22 GG würde deshalb, wäre das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB anwendbar, nicht scheitern.

Greift man auf Regelungen für das Transparenzgebot bei Rechtsnormen zurück, so stößt man zunächst auf den Umstand, dass Rechtsnormen der Verkündung bedürfen (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG). Das bedeutet,

*„dass die Rechtsnorm der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich gemacht wird, dass der Betroffene sich inhaltliche Kenntnis von ihrem Inhalt verschaffen kann“.<sup>10</sup>*

Aber damit wird nur verlangt, dass überhaupt die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben sein muss. Über den Inhalt des verkündeten Textes „verschafft“ sich der Leser erst die inhaltliche Kenntnis. Sie muss sich also nicht unmittelbar aus dem Text selbst ergeben. Praxisnah hat das BVerfG hinzugefügt, dass es sich eigentlich um eine Fiktion handelt,<sup>11</sup> schon aus technischen Gründen, weil nicht jedermann Bezieher des maßgeblichen Gesetzblatts ist, und er, wenn er Bezieher ist, selten genug zur Lektüre am selben Tag kommen wird. Der durchschnittliche Leser wird deshalb mit den Verkündungsvorgaben nicht geschützt, weil auch Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG über die unmittelbare inhaltliche Transparenz nichts aussagt. Auch insoweit wäre deshalb Art. 22 GG nicht zu beanstanden.

Ein weiterer Anhaltspunkt ergibt sich aus Art. 103 Abs. 2 GG.

*„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ „Sinn der Vorschrift ist, dem Bürger die Grenzen straffreier Räume klar vor Augen zu stellen, damit er sein Verhalten darauf einrichten kann.“<sup>12</sup>*

Der Grad der Bestimmtheit hängt jedoch von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes ab. Konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriffe schließt das nicht aus.

7 BGH, NJW 2014, 1658.

8 BGH, NJW 1998, 3114 (3116).

9 Kollmann, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), BGB, 3. Aufl. 2016, § 307 Rn. 18.

10 BVerfGE 16, 6 (18); 65, 283 (291); 126, 388 Rn. 18 f.

11 BVerfGE 16, 6 (12).

12 BVerfGE 109, 133 (172).

Die erforderliche Präzisierung obliegt der Rechtsprechung,<sup>13</sup> die sich dazu der „üblichen Auslegungsmethoden“ zu bedienen hat.<sup>14</sup> Art. 103 Abs. 2 GG ist eine strafrechtsbezogene Norm, erfasste also ohnehin Art. 22 GG nicht unmittelbar. Da die Bestimmtheit einer Rechtsnorm insoweit aber vom Verständnis der mit ihr befass-ten Rechtsprechung abhängt, bleibt sie für M nicht erkennbar. Art. 103 Abs. 2 GG ist aber nur eine Spezialnorm aus dem dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz. Die im Zusammenhang mit Art. 103 Abs. 2 GG dargestellten Grundsätze gelten auch für das allgemeine Bestimmtheitsgebot. M hilft das nicht.

Für Ermächtigungsnormen zum Erlass von Rechtsvorschriften sind auf der Grundlage des Art. 80 I GG besondere Transparenzregeln entwickelt worden. Aus der Ermächtigungsnorm muss nämlich erkennbar und vorhersehbar sein, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.<sup>15</sup>

*„Eine Ermächtigung darf ... nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorherges-ten werden kann, in welchen Fällen und mit welchem Zweck von ihr Gebrauch ge-macht wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verord-nungen haben können. ... Schon aus der Ermächtigung muss daher erkennbar und vorhersehbare sein, was dem Bürger gegenüber zulässig ist.“<sup>16</sup>*

Es geht insoweit um die Umsetzung des gesetzgeberischen Programms.<sup>17</sup> Es ist zu klären, welchem Zweck die Ermächtigungsnorm dient. Dafür genügt aber, dass die Ermächtigung „hinreichend bestimmt“ ist.<sup>18</sup> Das ist anhand „allgemeiner Ausle-gungsgrundsätze“ zu ermitteln.<sup>19</sup> Art. 22 GG berührt das alles nicht. Die aus Art. 80 I GG herauszulesenden Bestimmtheitserfordernisse beziehen sich im Übri-gen nicht unmittelbar auf den Bürger, sondern auf die von der Rechtsprechung aus der Ermächtigungsnorm zu ermittelnden Vorgaben und dem damit verbundenen gesetzgeberischen Programm. Wie die praktische Anwendung des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG durch die Rechtsprechung zeigt, sind die damit verbundenen abstrakten Vorgaben meist so konkretisiert worden, dass die Ermächtigungsnorm als „hinrei-chend bestimmt“ angesehen worden ist.<sup>20</sup>

Das Erfordernis rechtsstaatlicher Bestimmtheit konnte schließlich noch mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) verbunden werden. Denn

13 BVerfGE 126, 170 (198) – zum Untreuetatbestand des § 266 StGB.

14 BVerfGE 134, 33 (82 f. Rn. 112).

15 BVerfGE 78, 249 (272).

16 BVerfGE 139, 19 (47 Rn. 55);

17 BVerfGE 20, 296 (305).

18 BVerfGE 8, 274 (312).

19 BVerfGE 8, 274 (307) = Gesetzesvorbehalt/Grundrechtsschutz/objektiver Wille des Gesetzgebers/ Entstehungsgeschichte.

20 So schon BVerfGE 8, 274 (312).

wenn die richterliche Kontrolle von zu Lasten des Bürgers getroffenen staatlichen Entscheidungen der Schlussstein im Gebäude des Rechtsstaats ist, dann muss dieser Schlussstein für den Bürger auch klar und verständlich erkennbar sein. Das BVerfGG entspricht diesen Vorgaben nicht. 1951 ist das Gesetz bewusst rudimentär angelegt worden.<sup>21</sup> Dabei ist es, was das Gesetz angeht, bis heute geblieben. Die wenigen Paragraphen zum Rechts der Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff.) sagen wenig darüber, wann eine Verfassungsbeschwerde überhaupt zulässig ist und wie sie begründet werden muss. Zurückgegriffen werden muss auf – derzeit – 143 Bände der Amtlichen Sammlung, 20 Bände der Kammerrechtsprechung (BVerfGK), das einschlägige Fachschrifttum und den Internetauftritt des BVerfG (bverfg.de). Der Bürger kann das alles nicht und muss es auch nicht können.<sup>22</sup> Das BVerfG billigt diese „natürliche Unkenntnis“. Der Bürger könne ja einen Fachmann fragen. Er hat dazu innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG nur wenig Zeit. Der Jedermann-Anwalt entspricht im Übrigen dem Jedermann. Expertise kostet zudem Geld. Hält man sich vor Augen, dass die Verfassungsbeschwerde „der spezifische Rechtsbehelf des Bürgers“ ist,<sup>23</sup> so wird exemplarisch deutlich, dass die Vorgabe für Rechtsnormen, sie müssten auch zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes „klar und verständlich“ sein, keinen bedeutsamen Stellenwert hat.

Das Zwischenergebnis wird bestätigt, wenn man die hier dargestellten inhaltlichen Bestimmtheitsaussagen zusammengefasst beurteilt. Die Bürger hängen vom „Möglichen“ ab, vom jeweiligen Fallbezug, und letzten Endes von Auslegung und Anwendung durch die Rechtsprechung. Ein allgemeines, und vor allem mit konkret handhabbarem Inhalt entwickeltes Transparenzgebot gibt es, trotz der Vorgabe „klar und verständlich“ nicht. M kann sein unvollkommenes Verständnis des Art. 22 GG deshalb nicht auf die Verletzung eines allgemeinen Transparenzgebots zurückführen. Art. 22 GG enthält in diesem Sinn einen klaren Text. Seine Verständlichkeit kann allerdings nur durch die Rechtsprechung sichergestellt werden.

## **II. Sprachspiel 2:**

### **1. Strafrichter R muss eine Entscheidung treffen.**

Wir schreiben das Jahr 2017. Art. 22 GG ist 2006 durch Einfügung einer Hauptstadt-Regelung in Abs. 1 geändert worden. Der unveränderte Text zur Bundesfahne steht jetzt in Abs. 2.<sup>24</sup> R muss folgenden Fall entscheiden: Aus dem Fenster einer Flüchtlingsunterkunft hing eine kleine, ziemlich verblichene „Bundesfahne“, die in ihrer Mitte mit der gut lesbaren schwarzen Inschrift versehen worden war: „Allah

21 Burkicak, in: ders./Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG 2015, § 1 Rn. 7, einhM.

22 Bethge, in: MSKB, § 90 Rn. 337. Für das Verständnis des § 90 Abs. 1 S. 1 BVerfGG braucht Bethge 245 Seiten.

23 Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl. 2017, Rn. 9 ff.

24 Gesetz zur Änderung des GG vom 28.8.2006 (BGBl. I 2034).

ist der Erste, der bezwingende Macht besitzt“. Die Polizei beschlagnahmte die Flagge. Der für die Aufhängung der Flagge Verantwortliche (V) konnte ermittelt werden. Er verweigerte jede Aussage. Käme aufgrund dieses Vorgangs eine Verurteilung nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen Verunglimpfung in Betracht? R hat noch nie mit § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB zu tun gehabt. Er beschließt deshalb, sich zunächst in den einschlägigen Kommentaren einen Überblick über den Stand von Rechtsprechung und Schrifttum zu Art. 22 II GG zu verschaffen.

Hat V eine Flagge aufgehängt? Als Flagge wird ein meist an einer Leine befestigtes Tuch, das üblicherweise an einem Stock aufgezogen wird, bezeichnet.<sup>25</sup> „Fahne ist ... eine mit einer Fahnenstange fest verbundene und zu einem Einzelstück gewordene Flagge; die Fahne ist also nur eine besondere Form der Flaggenverwendung.“<sup>26</sup> R bleibt ratlos. Eine Fahne wird nur „meist“ zur Flagge. Sie kann ihre Eigenschaft als Flagge infolgedessen verlieren, wenn sie nicht an einer Leine befestigt worden ist. Und wenn Fahnen an einem Stock befestigt werden müssen, dann, so sagt sich R, können sie, wenn sie aus Anlass wichtiger Spiele der deutschen Fußballnationalmannschaft aus dem Auto oder aus dem Fenster gehängt werden, keine Fahnen sein. Aber vielleicht, so denkt R weiter, sind diese „Fahnen“ der Bundesflagge/Fahne „zum Verwechseln ähnlich“ (§ 90a Abs. 2 StGB). Aber abgesehen davon: Wie nennt man dann das mit den Farben der Bundesflagge versehene rechteckige Tuch, das etwa bei einem Staatsbegräbnis dem Sarg aufliegt?<sup>27</sup> Vielleicht könnte man von einem bundesflaggenfarbenen Fahnentuch sprechen. R liegt die von V verwendete „Fahne“ vor. Sie ist kleiner als das, was sich R unter einer Bundesflagge vorstellt. Art. 22 II GG sagt nichts über die Maße der Flagge und auch der allgemeine Flaggenbegriff verlangt nur, dass das Tuch rechteckig geschnitten sein muss. R findet dann aber die Anordnung über die deutschen Flaggen vom 13.11.1996.<sup>28</sup> Die Anordnung legt die Maße für die Bundesflagge fest. R stellt fest, dass die Maße im konkreten Fall deutlich unterschritten werden. Maße für Bundesfahnen sind nicht festgelegt, für bloße Fahnentücher schon gar nicht. R schließt daraus, dass für seine Entscheidung die Maße des Fahnentuchs keine Rolle spielen. R wendet sich deshalb der Farbwahl zu. Überrascht liest er zunächst bei Scholz, es

25 E. Klein, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 94. Ähnlich Daniel Heck, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 22 Rn. 6. Zustimmend Höfling/Burkiczak, in: Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 Rn. 54 Fn. 138.

26 Daniel Heck, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 22 Rn. 6; zustimmend Höfling/Burkiczak, in: Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 Rn. 54 Fn. 138. Im Ergebnis ebenso E. Klein, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 94.

27 Siehe dazu die Anordnung des Bundespräsidenten über Staatsbegräbnisse und Staatsakte vom 2.6.1966 (BGBl. I 333).

28 BGBl. I 1729.

gehe um Schwarz-Rot-Gold.<sup>29</sup> Das ist nicht der Gesetzestext.<sup>30</sup> Dass die Farbkombination hinsichtlich ihrer Anordnung auf der Flagge nicht präzisiert ist, denn die Farbkomponenten könnten waagrecht, senkrecht oder in Kreuzform dargestellt werden, stört R nicht, weil das ihm vorliegende Fahnentuch der Anordnung des Bundespräsidenten vom 13.11.1996 (waagrechte Anordnung) entspricht. Die viel diskutierte Frage, welche rechtliche Bedeutung einer solchen Anordnung zukommt, und wer für ihren Erlass zuständig ist,<sup>31</sup> beschäftigt R nicht. Das R vorliegende Fahnentuch ist ziemlich verblasst. Gibt es, so fragt sich R, verbindliche Vorgaben für die Farbqualität? Wie steht es vor allem mit „gold“? Nimmt man „gold“ ernst, müsste der Goldanteil glänzen. Das ist bei der Verwendung eines Tuchs jedoch technisch ausgeschlossen. Das bundesstaatliche Sekundärrecht verwendet deshalb das Wort „goldfarben“ und macht damit deutlich, dass es sich (nur) um einen Gelbton handelt.<sup>32</sup> R findet schließlich, was er in keinem Kommentar gefunden hatte: Aufgrund eines Beschlusses des Bundeskabinetts vom 2.6.1999 über das „Corporate Design der Bundesregierung“ ist eine Bildwortmarke<sup>33</sup> der Bundesregierung eingetragen worden. In dieser Marke sind die bei der Bundesflagge zu verwendenden Farben RAL-Farbwerten zugeordnet worden.<sup>34</sup> Die danach maßgeblichen RAL-Farbwerne hält das R vorliegende Fahnentuch erkennbar nicht ein. Bleibt das Tuch damit einer RAL-kompatiblen Bundesflagge „ähnlich“? R versucht nun zu klären, was es mit dem Allah-Bestandteil des Textes auf sich hat. R liest, dass das Gebot der Einheitlichkeit der Bundesflagge die Einfügung von Zeichen in der Bundesflagge nicht hindert, wenn – etwa – auf die Existenz einer besonderen Hoheitsgewissen werden soll.<sup>35</sup> Das gilt ersichtlich für den Allah-Zusatz nicht. R liest ihn so (und das hält er für eine „objektive“ Lesart), dass mit dem Koran-Zitat (Sure 16, 13) die Macht Allahs über den Symbolgehalt der Bundesflagge

29 In: MD, Stand 2012/2014, Art. 22 Rn. 12. Das liest er auch bei *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 22 Rn. 10, 13.

30 Art. 22 GG spricht von „schwarz-rot-gold“ (kleingeschrieben). Zutreffender deshalb *Scholz*, in: MD, Stand 2014, Art. 22 Rn. 41 ff.

31 Die Anordnungskompetenz soll aus der Natur der Sache folgen, *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 21; *Scholz*, in: MD, Stand 2014, Art. 22 Rn. 44. Die Organkompetenz ist umstritten, vgl. *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 22 ff.; *Daniel/Heck*, in: v. Münch/Klein, GG, 6. Aufl. 2012 Art. 22 Rn. 20 f.; *Höfling/Burkiczak*, in: Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 Rn. 65, 66.

32 Der Gelbton als solcher hat keine Rolle bei der Entscheidung des BVerfG über die Äußerungen eines Redners auf einer Kundgebung gespielt, der (u.a.) gesagt hatte: „Die Frage ist – sind wir als Deutsche Arschlöcher, die sich hier von dem System einmachen lassen? Oder stehen wir zu unserer Fahne? Und damit meine ich die schwarz-rot-senf ...“. Der Redner wurde rechtskräftig wegen Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt. Die 1. Kammer des Ersten Senats hat die entsprechenden Entscheidungen im Beschluss vom 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05 wegen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG aufgehoben. Siehe dazu *Preisner*, NJW 2009, 897.

33 Das ist auch für Farben und Farbzusammenstellungen möglich, § 3 Abs. 1 MarkenG.

34 Schwarz; 9005 Tiefschwarz OA/DA 00; Rot 3020 Verkehrsrot C1 12 1C; Gold 1021 Rapsgelb EE 09 00.

35 *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 96.

gestellt werden soll, mit dem Ergebnis, dass diese Macht damit über der von Verfassungs wegen in der Flagge symbolisierten freiheitlichen demokratischen Grundordnung des GG steht.<sup>36</sup> Damit wird die freiheitliche demokratische Grundordnung gegenüber der Macht Allahs hintangesetzt. Das kann man als Aussage zum Verhältnis von Religion – Staat verstehen, sich dabei der religiösen Neutralität des GG erinnernd.<sup>37</sup> Wird hier dennoch die Bundesrepublik „verunglimpt“?<sup>38</sup> Das zwingt R zu einem erneuten Blick in die Kommentare. V ist eine Privatperson. Als solche führt er, wenn er ein bundesflaggenfarbenes Fahnentuch aus dem Fenster hängt, weder eine Bundesflagge noch eine Bundesfahne, so wenig eben wie der Autofahrer, der sich mit der Bundesrepublik (über die deutsche Fußballnationalmannschaft) identifizieren will. R liest, dass aufgrund des Symbolcharakters der Bundesflagge<sup>39</sup> und der damit die für den Bürger geschaffene Möglichkeit, sich mit dem Staat zu identifizieren, weil die Bundesflagge auch das Staatsgefühl des Bürgers anspricht,<sup>40</sup> die Führung von Bundesflaggen und -fahnen durch jedermann letzten Endes sogar von der Verfassung vorausgesetzt wird.<sup>41</sup> Legt man den Symbolcharakter von schwarz-rot-gold als Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung zugrunde, so ist, so denkt R, ausschlaggebend nicht die Funktion des bundesflaggenfarbenen Fahnentuchs als Flagge oder Fahne, sondern das Tuch selbst, weil es die damit angesprochene Symbolik vollständig wiedergibt. Im Übrigen steht auch dem Bürger die Verwendung zusätzlicher Zeichen im Tuch grundsätzlich frei.<sup>42</sup> Zu einem klaren Ergebnis verhelfen die Kommentare Richter R nicht. Einen juristischen allgemeinen Sprachgebrauch hat er nicht vorgefunden.

## 2. Richter R findet keinen seine Entscheidung stützenden rechtlichen Sprachgebrauch

Zu welchem Ergebnis R auch immer kommt:<sup>43</sup> Er muss sich entscheiden. Dazu muss er sein Auslegungsergebnis argumentativ begründen. Da kann er sich nicht

36 BVerfGE 81, 278 (293); s. a. BVerfGE 81, 298. Sure 16, 13 wird als eine der Quellen für die Geltung der Scharia angesehen, vgl. *Ebert/Heilen*, Islamisches Recht, 2016, 15 mit Fn. 2.

37 Siehe dazu etwa *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, 189 ff.; ders. Das Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Dogmatik, in: Krüper/Merten/Morlock (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010, 5 ff.; *Traulson*, Neutralität, in: Heinig/Munsonius (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2015, 180; *Möllers*, Grenzen der Ausdifferenzierung. Zum Zusammenhang von Religion und Politik im Demokratischen Rechtsstaat, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, 2015, 9 (19 f.).

38 Das führt auf die Thematik der Bestimmtheit des § 90a bs. 1 S. 2 StGB, siehe dazu *Höfling/Burkizcak*, in: Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 Rn. 69 m.w.Nw. in Fn. 207.

39 *Höfling/Burkizcak*, Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 Rn. 62; *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 125 ff.

40 BVerfGE 81, 278 (293).

41 S. *Scholz*, MD, Stand 2012/2014, Art. 22 Rn. 50; relativierend *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 128.

42 *Höfling/Burkizcak*, Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 Rn. 62; *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 125 ff.

43 Um die von R zu treffende Entscheidung geht es hier nicht.

auf die hM berufen. Er muss sich an anerkannte Auslegungsregeln halten, wenn seine Argumentation in den Entscheidungsgründen nachvollziehbar/überzeugend sein soll. Der Wortlaut hilft ihm wenig, weil er sich im Ausgangspunkt für die Anwendung des § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB auf Art. 22 II GG zurückziehen muss, und diese Vorschrift vom Text her nicht aussagekräftig ist. Die Vorschrift sagt nicht, was eine Flagge ist, wie deren Verhältnis zu einer Fahne zu bestimmen ist und wie man ein von Privatpersonen verwendetes bundesflaggenfarbenes Fahnentuch zu beurteilen hat. Weder Größe noch Farbwerte der Bundesflagge sind im GG ausgeführt. Das alles hängt damit zusammen, dass Art. 22 II GG zwar eine verbindliche Aussage zur Bundesflagge trifft, aber keine Aussagen zur Flaggenführung enthält. Auch die Zuordnung des Art. 22 II GG zum Gesamtzusammenhang der verfassungsrechtlichen Regelungen bleibt aussagearm. Die Überschrift im II. Abschnitt und Art. 20 Abs. 1 GG verhelfen zu keinem besseren Verständnis der Bundesflagge. Auch der Rückgriff auf Art. 5 GG oder Art. 2 GG zum Flaggenführungsrecht Private<sup>44</sup> betrifft nur die Meinungs- und allgemeine Handlungsfreiheit, sagt aber nichts darüber aus, ob Private auch Bundesflaggen führen dürfen. Zweck des Art. 22 II GG und der Entstehungsgeschichte (unter Einbeziehung der historischen Entwicklung) erlauben jedoch die Fixierung eines objektiv nachvollziehbaren Sprachgebrauchs. Wenn Art. 22 II GG die Darstellung eines nationalen Symbols ist und sich das aus der Abkehr von schwarz-weiß-rot entwickelt hat, dann kann man den spezifischen Sprachgebrauch von Art. 22 II GG verlässlich festlegen. Man muss aber dabei deutlich sehen, dass R damit nicht einen festen Alltags-Sprachgebrauch (als fixiertes Recht) wiedergibt, sondern Annahmen wiederholt, die sich aus einem etablierten Verständnis der Regelung der Bundesflagge ergeben sollen. Diese Annahmen stehen nicht im Gesetz. Sie werden auf der Grundlage anerkannter Auslegungsmethoden durch die von R getroffene Entscheidung fallbezogen festgelegt. Verbindlich im Sinne eines unbedingten Geltungsanspruchs sind sie nicht. Ihre Verbindlichkeit ergibt sich – formell – aus der Rechtskraft der jeweiligen Entscheidung und – inhaltlich – der Überzeugungskraft ihrer Gründe. Was hier entstanden ist, ist Richter- und nicht Gesetzesrecht. Das gilt dann erst recht, wenn R diese Ergebnisse in seine Entscheidung zu § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB einfügt. Dass es eine „Verunglimpfung“ ist, steht nicht im Gesetz, sondern erst in der gerichtlichen Entscheidung. Auch R's Entscheidung erschöpft sich deshalb nicht im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch. Einzelne Wörter mögen sich auf einen allgemeinen juristischen Gebrauch beziehen. Aber man sieht schon bei der Farbkombination schwarz-rot-gold, dass diese überhaupt nichts im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs über die Anordnung und die Farbwahl der Farbkombination aussagt. Ebenso wenig findet sich zum rechtlichen Sprachgebrauch. R bleibt auf seinem

44 E. Klein, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 28; Sammwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 22 Rn. 31; Classen, in: MKS, 6. Aufl. 2010, Art. 22 GG Rn. 26.

Sektor so hilflos wie M. Um etwas nachvollziehbar begründen zu können, muss er den Alltags-Sprachgebrauch verlassen. Wir lassen ihn an dieser Stelle ein wenig ratlos zurück. Vielleicht kann W uns weiterhelfen.

### **III. Anti-Sprachspiel:**

W hat sich mit Sprachspielen beschäftigt. Er hat deshalb registriert, dass der Rückgriff auf den Alltags-Sprachgebrauch durch M und R dem Begriff des Sprachspiels zugeordnet wird.

#### **1. Das Sprachspiel**

##### **a) Der allgemeine Sprachgebrauch**

Das Sprachspiel geht auf den späten *Wittgenstein* zurück. Er bezeichnet den Sprachgebrauch,<sup>45</sup> nach der von *Alston* kondensierten Devise: „Don't look for the meaning, look for the use.“<sup>46</sup> *Wittgenstein* orientiert sich bei seinem Sprachspiel an der Art und Weise, wie Kinder ihre Muttersprache lernen, also an der Gebrauchssprache. Aber Sprachspiele entwickeln sich vom ersten Lernvorgang weiter und sie gehen in verschiedene Spielebenen über. Der Erwachsene spricht anders als das Kind und der Jurist anders als der Laie. Das Sprachspiel ist deshalb nicht ein für alle Mal fest gegeben, sondern Bestandteil ungezählter und sich ständig wandelnder, wie *Wittgenstein* sagt, „Lebensformen“.<sup>47</sup> *Wittgenstein* verwendet das Sprachspiel aber auch für „das Ganze“ ... der Sprache und der Tätigkeiten, mit dem sie verwoben ist ...<sup>48</sup> Was er mit dem Sprachspiel zeigen will, ist, dass die Bedeutung eines Wortes oder eines Satzes nicht vom Bezug auf einen Gegenstand erschlossen werden kann, sondern nur aus der sprachlichen Verwendung des Wortes oder des Satzes. Die Sprachspiele des Jedermanns erfassen deshalb kein wie auch immer geartetes spezifisches Sprachspiel. Damit steht fest, dass M, der einen juristischen Text liest, mit einer ihm unbekannten Fremdsprache konfrontiert worden ist. So hat *Roellecke*<sup>49</sup> darauf aufmerksam gemacht, dass die Leistungsfähigkeit des Begriffs „Sprachspiel“ begrenzt ist. Der Rückgriff auf die Alltagssprache und deren Sprachgebrauch sagt – am Beispiel des Richters – nichts darüber aus, wie Wörter im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch verwendet werden. *Wittgenstein* hat allerdings wenig Aufwand betrieben, um sein Sprachspiel aufzuhel-

<sup>45</sup> *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, dt. Suhrkamp Taschenbuch 1971 Nr. 7.

<sup>46</sup> *Alston*, The Quest for Meaning, Mind 72 (1963), 79 (84).

<sup>47</sup> *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 1) Nr. 23.

<sup>48</sup> *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 1) Nr. 7. Zur Entwicklung und Bedeutung des „Sprachspiels“ bei Wittgenstein siehe *Glock*, Wittgenstein Lexikon, 1996, 325 ff.

<sup>49</sup> *Roellecke*, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Sprachphilosophie Ludwig Wittgensteins, in: FS f. G. Müller, 1970, 323 (326 f.).

len.<sup>50</sup> Der Hintergrund findet sich darin, dass Spieler Regeln folgen. Wittgenstein selbst denkt dabei vor allem an das Schachspiel. So folgt auch die Sprache bestimmten Regeln. Die gleiche Funktion der Regeln, das auf sie bezogene Spiel zu steuern, rechtfertigt aber nicht die Übertragung des Spielbegriffs. Spiele kann man spielen oder auch nicht. Für das Sprachspiel hat man aber keine Wahl. Sprache gehört zu den Wesensmerkmalen des Menschen.<sup>51</sup> Und es ist nicht überzeugend, das Sprachspiel einer Lebensform zuzuordnen, es zugleich aber mit der Gesamtheit von Sprache zu verknüpfen. Die Lebensformen bestimmen den jeweiligen Gebrauch. Die Sprache in ihrer Gesamtheit kann zwar auch naturalistisch als die Gesamtheit des Sprachgebrauchs verstanden werden. Aber das ist eine bloße Fiktion. Den Gesamtsprachgebrauch kennt niemand. Wittgenstein wechselt mit der Verwendung des Sprachspiels für die gesamte Sprache vom faktischen Gebrauch zur Sprachlogik als das, was unverändert Sprache zugrunde liegt. Das weist zugleich auf ein anderes Problem des Lebensform-Bezugs. Sicher ist der Sprachgebrauch in den unterschiedlichen Lebensformen unterschiedlich. So verwendet der Jurist z.B. das Wort „abstellen“<sup>52</sup> anders als der Laie.<sup>53</sup> Aber das ändert nichts daran, dass viele Wörter unabhängig vom jeweiligen Sprachspiel ihre allgemeine Bedeutung behalten. Der Satz „Die Sonne scheint“ ist lebensformunabhängig und diese Unabhängigkeit gilt erst recht, wenn es um die Regeln der Sprachlogik geht. Wenn man sagen kann, was in einem Satz ein Eigenname<sup>54</sup> und ein Prädikat ist, bewegt man sich innerhalb der Sprachtheorie. Die Kenntnisse der Sprachtheorie nützen demjenigen, der wissen will, was das rechtliche Verbot bedeutet, überhaupt nichts. Und wenn er auf den Sprachgebrauch einer konkreten Lebensform verwiesen wird, dann weiß er immer noch nicht, auf welcher Zeitschiene das Sprachspiel angeordnet ist (Entstehung des Verbots/Anwendung des Verbots), wessen Sprachgebrauch also maßgeblich sein soll (der Adressat eines rechtlichen Verbots ist grundsätzlich jedermann, der das Verbot anwendende Richter jedoch ein spezieller Sprachspieler) und dann wüsste er noch gerne, wie und wo sich der allgemeine Sprachgebrauch manifestiert. Das führt zu zwei Zwischenergebnissen: Die Sprachspiele 1 und 2 sind nicht in der Lage, eine Aussage darüber zu treffen, was „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold“ bedeutet, vom Sinn der Regelung ganz zu schweigen. Als eigentliches Fazit für die Zugrundelegung von Sprachspielen bleibt nur die Aussage, mit der Beschränkung auf den Sprachgebrauch eines Wortes oder eines Satzes, werde die Ver-

50 Roellecke, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Wittgensteins, in: FSf. G. Müller, 1970, 323 (332) spricht von bloßen Aphorismen. Krit. auch Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1985, 75.

51 Gehlen, Der Mensch, 1955, 49 ff.

52 Im Sinne „sich beziehen auf“.

53 Im Sinne eines „etwas an einem Ort niedersetzen“.

54 Im Sinne von Frege, vgl. Über Sinn und Bedeutung, wieder abgedruckt, in: Frege, Funktion, Begriffe, Bedeutung, 2008, 23 (28 ff.).

bindung eines Wortes zu einem von ihm (zunächst nur vermuteten) bezeichneten Gegenstand gekappt oder, noch weitergehend, dass Wörter und Sätze gar keinen Gegenstand haben.

### b) Wörter und Gegenstände

*Wittgenstein*<sup>55</sup> bricht mit dem Sprachspiel mit einer langen Tradition:

„Wenn die Menschen eine Sache nannten, und wenn sie entsprechend diesem Wort ihre Körper auf etwas hinbewegten, so sah ich mich belehrt, dass durch diese ihre Laute die ganze Sache von ihnen bezeichnet werde, auf die sie mich hinweisen wollten ... So lernte ich allmählich, für welche Sachen die Wörter, die ich in üblichen Sätzen an ihrer bestimmten Stelle immer wieder hörte, die Bezeichnungen waren ...“<sup>56</sup>

Dass Wörter auf bestimmte Gegenstände verweisen, vermag das dahinterstehende Problem nicht zu lösen, weil damit der Gegenstand selbst nicht eindeutig bestimmt wird. Wenn *Augustinus* in den Bekenntnissen fragt: „Was ist Zeit?“ und – zunächst – antwortet:

„Wenn niemand danach fragt, weiß ich es; will ich einem Fragenden es erklären will, weiß ich es nicht“,<sup>57</sup>

dann macht er damit deutlich, dass es nicht um das Verhältnis von Sprache zum Gegenstand geht, sondern um den Gegenstand selbst. Gegenstände scheinen einfach zu sein, wenn man sie anfassen oder sehen kann. Niemand wird auf den ersten Blick am Gegenstand „Kraftfahrzeug“ oder der „Sonne am Himmel“ zweifeln. Das sieht aber ganz anders aus, wenn der Gegenstand durch einen Begriff gekennzeichnet ist, wie etwa bei Gerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit. „Glaubensfreiheit“ (im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG) kann man weder anfassen noch sehen. Was bedeutet dann das Wort? Stehen also hinter Wörtern überhaupt Entitäten? Diese Frage hat – wenn auch nicht als ersten und auch nicht als einzigen – *Frege* beschäftigt. In seinen „Grundlagen der Arithmetik“ behandelt er die inzwischen legendären beiden Sätze: „Der Mars hat zwei Monde. Die Zahl der Monde des Mars ist zwei.“<sup>58</sup> Der erste Satz gilt als ontologisch „unschuldig“. *Frege* hatte angenommen, dass

55 Und er ist nicht der einzige, vgl. u. *Kutschera*, Sprachphilosophie, 3. Aufl. 2.2 – 2.4.

56 *Augustinus*, Bekenntnisse, Ausgabe Klösel 1955, I/8. Kritisch zu Augustins Theorie der Vokabeln *Flasch*, Augustin Einführung in sein Denken, 1980, 122 ff. Dem folgte im Ergebnis auch *Frege*, Die Grundlagen der Arithmetik, 1893, § 57, sicher auch der frühe *Wittgenstein*, der in Tractatus logico philosophicus, 1922 unter 3.2.2 – 3.2.3 sagt; „Die im Satz angewandten einfachen Zeichen heißen Namen. Der Name bezeichnet den Gegenstand. Der Gegenstand ist seine Bedeutung.“

57 *Augustinus*, Bekenntnisse, XI/17 (Fn. 56). Siehe dazu *Flasch*, Was ist Zeit? (*Augustinus-Kommentar*), 1995, 338 ff.

58 *Frege*, Die Grundlagen der Arithmetik, 1893 (hier zitiert nach der Reclam-Ausgabe 1987), § 57. *Frege* bildete seine beiden Sätze am Beispiel von vier Jupitermonden. Er hatte damals noch nicht wissen können, dass der Jupiter 67 Monde hat. Die Zahlentheoretiker haben deshalb sein Beispiel durch den Mars ersetzt, der verlässlich zwei Monde (Phobus und Deimos) hat.

der zweite Satz identisch mit dem ersten sei. Wenn der erste Satz wahr ist, weil er nur etwas über konkrete Dinge sagt, nämlich über den Mars und über dessen Monde, muss es dann auch der zweite sein. Der Wahrheitswert<sup>59</sup> beider Sätze ist danach identisch. Allerdings ist der zweite Satz ontologisch aufgeladen,<sup>60</sup> weil der Satz von einer Zahl „Zwei“ spricht. Das meint nicht nur, dass Zahlen existieren (was schon die Grundrechenarten belegen), sondern wirft die Frage auf, ob es Zahlen in der Realität gibt. Die Antwort auf diese Frage hat zu einer bis heute nicht abgeschlossenen Diskussion unter Zahlentheoretikern geführt.<sup>61</sup> Die hier nicht zu erörternden unterschiedlichen Antworten zeigen, dass Sprache als Wahrheitswert die reale Existenz von Gegenständen nicht voraussetzt, auch wenn es natürlich Sprache gibt, die sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auf Gegenstände bezieht. Wer „Pferd“ sagt, bezieht sich damit verlässlich nicht auf einen Schmetterling. Und selbst wenn mit „Pferd“ das Tier oder das Turngerät gemeint ist, ist der Bezug auf einen Gegenstand eindeutig. Das in der Praxis viel drängendere Problem ist deshalb nicht, ob es in der Realität überhaupt die im Satz bezeichneten Gegenstände gibt, sondern, welcher Gegenstand (oder allgemein: Bezugspunkt) mit einem Wort bezeichnet wird. Dazu gibt es eine berühmte Diskussion. H. L. A. Hart hatte die Frage aufgeworfen, was denn mit dem Verbotschild „No vehicles in the park“ zu verstehen sei.<sup>62</sup><sup>63</sup> Man kann sich dabei das „Fahrzeug“ als oberste Stufe einer Skala vorstellen, in der „Fahrzeug“ eindeutig als „Kraftfahrzeug“ zu identifizieren ist. Am untersten Ende der Skala mag dann der schlendernde „Fußgänger“ stehen, der ebenso eindeutig nicht als Fahrzeug verstanden werden kann. Man kann diese Skala auch abstrakt darstellen. Am oberen Ende steht dann der

59 Der Wahrheitswert eines Satzes betrifft den Umstand, dass – formallogisch betrachtet – der Satz nur wahr oder falsch sein kann, s. dazu Brendel, Logik-Skript 1, 2018, 36. Der Wahrheitswert ist die Bedeutung eines Satzes, Frege, Über Sinn und Bedeutung, in: ders. Funktion, Begriff, Bedeutung, 1982, 23 ff. (30). Ganz so einfach wie sich das liest, ist das jedoch nicht, vgl. Frege, Funktion und Begriff, in: Funktion, Begriff, Bedeutung, 1982, 1 (10 ff.).

60 Die etwas romantische Terminologie geht zurück auf Hofweber, Innocent Statements and their Metaphysically Loaded Counterparts, Philosophers' Imprint 7 (2007), 1 (2); s. a. Hofweber, Ontology and the Ambitions of Metaphysics, Oxford University Press, 2016, 260 ff.

61 Die Diskussion ist in diesem Zusammenhang nicht nachzuzeichnen, vgl. etwa die brillante Arbeit von Katharina Felka, Talking About Numbers. Easy Arguments for Mathematical Realism, 2016. Felka arbeitet minutiös heraus, dass es sich bei den erwähnten beiden Sätzen nicht um identische Sätze handelt, dass es für den Wahrheitswert von Satz zwei auch nicht erforderlich ist, dass es in der Realität Zahlen gibt, mit der Folge, dass es die im Untertitel von Felkas Werk angesprochenen „leichten Argumente für einen mathematischen Realismus“ nicht gibt, vgl. Felkas Zusammenfassung S. 175 ff.

62 Mögliche deutsche Übersetzung: „Keine Fahrzeuge im Park.“

63 Erstfassung „Positivims and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review 71 (1958), wieder abgedruckt in: Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, Clarendon Press Oxford, S. 49 ff. (63 f.). Als Thema wieder aufgegriffen in H. L. A. Hart, The Concept of Law, 1961, deutsch, Der Begriff des Rechts, 1973, 176 f.

Satz: „Das Recht ist in jeder Lage objektiv, also erkennbar.“<sup>64</sup> Das Recht wird insoweit als offenkundiger Gegenstand gehandhabt. Wenn man einen Tisch als Tisch erkennen kann, bedarf es keiner Auslegung eines Rechtstextes. Es kann – bei objektiver Erkennbarkeit – auch kein Auslegungsproblem geben. Am Ende der Skala steht dann allerdings *Enzensbergers* Diktum von der – unaufgebbaren – Unverständlichkeit des Rechts.<sup>65</sup> *Hart* fragt nun nach den Zwischenstufen, also etwa nach Fahrrädern, Rollschuhen, Spielzeugautos und Flugzeugen (siehe auch im deutschen Recht „Luftfahrzeug“, vgl. § 1 II LuftVG).<sup>66</sup> Zeitgenössisch könnte man in die Zwischenskala Rollstühle, Kinderwagen, E-Bikes, Scooter und Drohnen einführen. Greift man für „vehicle“ auf englische Wörterbücher zurück, so wird die Bandbreite des Wortes schnell deutlich. Allgemein versteht man unter vehicle „means of conveyance“, also Transportmittel, wobei hinzugefügt wird, „usual with wheels“,<sup>67</sup> aber weil der Zusatz „usual“ eine Definition von „vehicle“ ausschließt, fällt auch die Transportrakete unter das Wort. Das Großlexikon Muret-Sanders hat zwar für vehicle als Hauptbedeutung „Fahrzeug, Gefährt“, führt dann aber eine Vielzahl von Verwendungsarten des Wortes auf, darunter auch „Verdünnungsmittel für Ölfarben“.

Wie fixiert man nun die konkreten Stufen der Skala? *Hart* weist in diesem Zusammenhang auf die (bekannte) offene Struktur von Regeln hin, die es im konkreten Anwendungsfall ausschließt, von einer allgemeinen eindeutigen Aussage auszugehen. „Genauso wenig kann die Regel selbst sich ihre eigenen Fälle aussuchen.“<sup>68</sup> Der Rechtsanwender, der ein Wort liest (oder hört), muss sich deshalb zwei Fragen stellen: Was hat der Regelverfasser (Gesetzgeber) für einen Zweck verfolgt? Und: Passt der ursprünglich verfolgte Zweck auch noch im Zeitpunkt der Anwendung? (1958 gab es noch keine Drohnen als Fluggerät): Die allgemeine Entwicklung kann sich geändert haben.<sup>69</sup> Wäre es um den (Gesundheits-)Schutz der Parkbesucher vor Lärm und Luftverunreinigungen gegangen, könnte – z.B. – die Drohne von „vehicle“ erfasst werden, ein E-Kfz vielleicht nicht, wenn man die für einen Parkweg an zunehmende geringe Geschwindigkeit (die das Geräusch der Fahrzeuge reichen vernachlässigbar macht) für nicht relevant hält. Ging es primär um den Schutz der

64 *Schachtschneider*, Erinnerungen ans Recht, Kopp Verlag, 2016, 9. Wie der Untertitel „Essays zur Politik unserer Tage“ belegt, folgt *Schachtschneider* seiner apodiktischen Aussage. Die „Erinnerungen ans Recht“ zeugen von einer vollständigen Amnesie. Die Essays beschränken sich auf politische Meinungsäußerungen. Das ist vergleichbar mit der Sicht der „anderen Seite“, vgl. *Klenner*, Kritik am Recht, 2016, wo man „Juristisches“ zum Krim-Konflikt lesen kann (S. 384 ff.), etwa, die russische Föderation habe nicht abwarten können, bis die Nato-Flotte in Sewastopol ankert (S. 391).

65 In: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Bd. I, 2004, 83.

66 Das Flugzeugbeispiel bei *Hart* ist von McBoyne/United States, 283 US 25 (1931) inspiriert, wo der Supreme Court entscheiden müsste, ob ein Gesetz, das es verbot, ein gestohlenes Fahrzeug (stolen vehicle) über die Grenze eines anderen Staates zu bringen, auch gestohlene Flugzeuge betraf.

67 Shorter Oxford Dictionary „vehicle“.

68 *Hart*, Der Begriff des Rechts (Fn. 6 S. 175).

69 Beispiel: Ehe/gleichgeschlechtliche Partnerschaften, siehe dazu *Zuck*, NJW 2009, 1449.

Bewegungsfreiheit (Sicherheit) der Parkbesucher, könnten (rasche) Radler und Scooter-Benutzer unter das Verbot fallen. Und wie sieht es dann mit dem sperrigen (etwa elektrisch angetriebenen) Krankenhausstuhl aus? Ihm muss der Parkbesucher sicher ausweichen. Aber wollte man merklich Behinderte (in der besonderen Form der Fahrzeugbenutzung) wirklich aus dem Parkbereich ausschließen?<sup>70</sup> Hart lässt die Entscheidung zu den Binnenskala-Alternativen offen. Er weist dabei darauf hin, dass sich der mit dem Gesetz verfolgte Zweck nicht immer eindeutig feststellen lässt. Er hält aber weiter daran fest, dass die Primär- und die Schlussposition einer solchen Skala nicht unter die offene Struktur von Regeln fällt.<sup>71</sup> Zurecht hat *Lon L. Fuller*, Harts Position attackiert<sup>72</sup> und dabei darauf hingewiesen, dass selbst eindeutige Zuweisungen durch ein Wort an den angeblich eindeutigen Spitzenplatz in der Skala keine ebenso eindeutige Aussage über den Satz erlaubt, in dem das Wort verwendet wird. *Fuller* bringt dazu das Beispiel einer Regel, die – erkennbar auf Obdachlose gemünzt – das Schlafen in einer Eisenbahnstation verbietet. Das kann jedoch einen Geschäftsmann nicht treffen, der seinen Zug verpasst hat und nun, auf seinen viele Stunden später eintreffenden nächsten Zug wartend, eingeschlafen ist. Dieser „Fall“ hat eine lange Geschichte. *Pufendorf* erwähnt in „De Jure Natura et Gentium Libro Octo (1672) nach dem entsprechenden Blackstone-Zitat<sup>73</sup> ein Gesetz aus Bologna, das es verbietet, „auf der Straße Blut zu lassen.“ Das betraf – wohl – die Untersagung von Duellen. *Pufendorf* hat darauf hingewiesen, dass trotz der Eindeutigkeit von „Straße“ und „Blut“ diese Regelung nicht den Chirurgen treffen könne, der auf der Straße eine Notoperation vornimmt. *Blackstone* greift für dieses Ergebnis auf fünf Regeln zurück: Auf das Wort selbst, einer üblichen, meist verwendeten Bedeutung, den Textzusammenhang, den vom Text behandelten Gegenstand, die Wirkungen und Folgen der Regelung, sowie den Geist der Regelung („spirit and reason“).<sup>74</sup> *Bentham* macht sich über diese Regeln, soweit sie über Banalitäten hinausgehen, anhand eines weiteren Pufendorf-Beispiels, wonach es verboten ist, dass ein „Laie an einen Priester Hand anlegt“, lustig. Als Fall für die Anwendung dieser Regel dient, dass jemand einen Priester mit einem Messer verletzt hat.<sup>75</sup> *Bentham* verweist auf die vielfältigen Bedeutungen von „Handanlegen“. Wenn jemand mit einem Messer verletzt werde, bedürfe es, abgesehen davon, dass es einen üblichen und allgemeinen Sprachgebrauch von „Handanlegen“ gar nicht gebe, dieser Sonderregelung überhaupt nicht. Wenn je-

70 Weitere Beispiele gibt es für den Rettungshubschrauber, Krankenfahrzeuge oder die Feuerwehr.

71 Hart spricht insoweit bezüglich der Primärposition von „Core“. Die Zwischenstationen fallen unter den Begriff „Penumbra“ (etwa: „ungewisses Zwischenstadium“, eigentlich „Halbschatten“).

72 Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Replay to Professor Hart, Harvard Law Review 71 (1958), 630.

73 Commentaries on the Laws of England, Vol. I (1765), 60.

74 Blackstone, Commentaries on the Laws of England (Fn. 14), S. 59.

75 S. dazu Bentham, A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government, in: Burns/Hart (ed.), The Collected Works of Jeremy Bentham, Oxford University Press, 1977, 98 ff.

mand mit einem Messer verletzt werde, begehe er eine Körperverletzung. Damit befasste sich dann die Strafgerichtsbarkeit. Die „Laien-Regelung“ könne über den Wortlaut überhaupt nicht erschlossen werden. Das Gesetz wolle etwas ganz anderes, und *Bentham* zieht sich dazu anstelle von „spirit and reason“ auf das „end“ des Gesetzes, also den Gesetzeszweck zurück. Er kommt zu dem Ergebnis, Priester dürfen von Justizbeamten (die in diesem Sinne „Laien“ sind) nicht verhaftet werden.<sup>76</sup> Die hier vorgelegten Beispiele zeigen, dass die Unbestimmtheit des Rechts ihre Ursache nicht nur in den unterschiedlichen Bedeutungen von Wörtern haben können oder, weil sie in sich „breit“ angelegt sind, wie etwa „Gleichheit“, selbst in einem eindeutigen Satz keine verlässliche Aussage erlauben. Das folgt dann aus dem Umstand, dass auch sprachliche Eindeutigkeit dem zu entscheidenden Fall nicht adäquat sein kann.<sup>77</sup> Die oft von Rechtsprechung<sup>78</sup> und Schrifttum verwendete Formel, eine klare Sprache im Gesetzestext sichere zugleich die Erkenntnis der gesetzgeberischen Absichten<sup>79</sup> lässt sich deshalb nicht aufrechterhalten. Das soll noch an einem aktuellen Fall verdeutlicht werden. Ein u.a. wegen gemeinschaftlich begangenen schweren Raubs verurteilter Beschwerdeführer wandte sich mit seiner Beschwerde zum EGMR mit der Argumentation, er sei nicht in den Genuss eines fairen Verfahrens gekommen, weil weder er noch sein Verteidiger im Laufe des gesamten Verfahrens die Gelegenheit gehabt hätten, die Geschädigten, zugleich die einzigen unmittelbaren Zeugen der Straftat, zu befragen.<sup>80</sup> Der Beschwerdeführer stützte sich u.a. auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, wonach

*„jede angeklagte Person mindestens folgende Rechte (hat) ... d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen ...“.*

Es steht fest, dass der Beschwerdeführer und sein Anwalt die Belastungszeugen zwar zu hören beantragt hatten, damit aber schon im Ermittlungsverfahren erfolglos geblieben waren. Es stünde damit weiter fest, dass der Befragungsausschluss gegen einen ebenso eindeutigen und klaren Wortlaut (hier: Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) dann verstößen hätte, wenn es wirklich um die Befragung „vor einem Gericht“ (Art. 6 Abs. 1 EMRK) gegangen wäre. Hier ging es aber um den Ausschluss von Befragungsmöglichkeiten im Stadium polizeilicher Ermittlungen und des Ermittlungsverfahrens. Wie man bei solchen Sachverhalten zu verfahren hat, dafür hat der EGMR in seiner AL-Khawaja und Taherty-Entscheidung zur Behandlung eines

76 *Bentham* (Fn. 16), S. 99.

77 Siehe dazu *F. Schauer*, Thinking like al Lawer. A New Introduction to Legal Reasoning, Harvard University Press, 2012, 157 ff.

78 Supreme Court, Caminetti/United States, 242 US 470 (1917).

79 *Adrian Vermeule*, Judging under Uncertainty, An Institutional Theory of Legal Interpretation, Harvard University Press, 2006, 185 f.

80 EGMR, Urt. vom 15.12.2015 (Große Kammer) Nr. 9154/10 – Schatschawili/Deutschland, EuGRZ 2016, 511.

Falls, bei dem die nicht befragten Zeugen in der Hauptverhandlung nicht erschienen waren, drei Prüfstufen entwickelt:<sup>81</sup>

- Triftiger Grund für das Nichterscheinen der Zeugen
- Aussage der Zeugen als einzige/entscheidende Grundlage für die Verurteilung
- Vorhandensein ausgleichender Faktoren, insbesondere strenger Verfahrensgarantien.<sup>82</sup>

Aus Anlass des konkreten Falls hat der EGMR erklärt, es sei geboten, die entwickelten drei Stufen klarzustellen.<sup>83</sup> Das geschah in der Folge unter Rn. 111 bis 131 mit mehr als drei Seiten in der EuGRZ.<sup>84</sup>

Die Entscheidungsgründe der beiden Urteile zeigen zunächst, dass Art. 6 Abs. 3 EMRK keineswegs einen „klaren und eindeutigen“ Wortlaut enthält. „Vor Gericht“ heißt also keineswegs „unmittelbar“ vor Gericht, d.h. in einem Gerichtssaal, sondern erfasst auch die Verfahren vor der Gerichtsverhandlung. Dabei ist die Große Kammer nicht von einer Lücke in Art. 6 Abs. 3 EMRK ausgegangen, sondern hat die Vorschrift im Lichte des Art. 6 Abs. 1 EMRK (faires Verfahren) gelesen. Als ein neuer Satz ist in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nun nicht mehr der dort geschriebene „Roman“ getreten (erste Entscheidung), sondern eine umfangreiche „Fortsetzung“ dieses „Romans“ (zweite Entscheidung). Aber damit wird exemplarisch deutlich, dass hinter dem „Gericht“ kein eindeutig feststehender Gegenstand „Gerichtssaal“ steht, genau genommen vielmehr überhaupt nichts, für das man „Gericht“ als Gegenstand sehen könnte, sondern das bloße Verhältnis eines Gesetzes zum Wort „Gericht“. Gegenstand könnte man allerdings auf die (fortgeschriebene) Erst-Entscheidung beziehen. Aber gegenüber dem – angeblich – von der Rechtsnorm bezeichneten Gegenstand ist das nur ein Post-Gegenstand. Solche sekundären Gegenstände sind vielfach bekannt. Der Satz „Sherlock Holmes ist ein Detektiv, der in der Bakerstreet lebt“ hat Wahrheitswert, soweit er sich auf einen Roman von *Conan Doyle* bezieht. Aber in der realen Welt gibt es weder einen Detektiv namens Sherlock Holmes noch dessen Wohnung in einer Bakerstreet. Das alles ist, hinsichtlich seines Wahrheitswerts, Bestandteil des Fiktionalismus<sup>85</sup> und dient dort den Zahlentheoretikern dafür, die Realität einer Zahl zu retten. Recht als Gegenstand lässt sich so allerdings nicht rechtfertigen.

W schaut in die GG-Kommentare. Er erwartet eine Auslegung des Gesetzestextes in Art. 22 II GG, doch wird er enttäuscht. Selbst die Kurzkommentare legen das

81 Urt. AL-Khwaja und Taherty/Vereinigtes Königreich (Große Kammer) Nr. 26766/05 u.a.

82 (Fn. 22, Rn. 119 ff.

83 (Fn. 22), Rn. 110.

84 Daran folgt die Anwendung der nunmehr „klargestellten“ drei Stufen auf den konkreten Fall (Rn. 132-165), mit der Folge einer Bejahung der Verletzung u.a. des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.

85 Katharina Felka (Fn. 4), 51 ff.

ausschlaggebende Gewicht auf den Symbolcharakter der Regelung und ihren Bezug zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung.<sup>86</sup> Die Großkommentare beginnen<sup>87</sup> ihre Gesamtkommentierung mit allgemeinen und meist ungewöhnlich umfangreichen Ausführungen.<sup>88</sup> Aber der Rechtsanwender will in einem Kommentar Hinweise auf die Auslegung der in Betracht kommenden Norm, keine Rechtsgeschichte. Reduziert man die Romanteile auf die eigentliche Entstehungsgeschichte des GG-Textes, so gehört diese zwar sicherlich zur Exegese. Aber damit wird die Entstehungsgeschichte zum zentralen Beitrag für das Verständnis des Art. 22 GG.<sup>89</sup> Der Exeget hat sicher bei der Anwendung des Auslegungskanons ein Wahlrecht. Diese Wahl erweist sich aber als nicht nachvollziehbar, weil die Entstehungsgeschichte zumindest zur Größe der Bundesflagge, zur Farbwahl und zur Bedeutung eines bundesflaggenvergleichbaren Farbtuchs durch Private nichts aussagt.<sup>90</sup> Dass die Entstehungsgeschichte den Wortlaut des Art. 22 II GG nicht verständlicher macht, räumen die Kommentatoren, wenn auch etwas versteckt, ein.

Bekümmert ist W auch über das, was zum Begriff der (Bundes)Flagge geschrieben wird. Manche Autoren mögen dazu gar nichts sagen.<sup>91</sup> Sonst begnügen sich die Definitionen der Kommentatoren mit der Feststellung, die Flagge sei an einem Seil einer Stange befestigt, die Fahne dagegen begnüge sich mit der Stange.<sup>92</sup> Das beruht auf dem Wörterbuchverständnis, das aber nur „meist“ das richtige Verständnis wiedergibt. Damit wird man auf den üblichen Sprachgebrauch verwiesen. Ob das genügt, dazu findet man in den Kommentaren nichts.

Angesichts der Lückenhaftigkeit des Art. 22 II GG ist eine verlässliche Antwort auf die Frage nach den Kompetenzen zur Lückenschließung unverzichtbar, weil die Lücken durch Anordnungen des Bundespräsidenten und die Eintragung einer Wortbildmarke durch die Bundesregierung geschlossen worden sind, und man deshalb klären muss, ob die Lücken damit verfassungsrechtlich in eindeutiger Weise ge-

<sup>86</sup> Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 22 Rn. 4; *Hömöig/Wolff* (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2016, Art. 22 Rn. 8.

<sup>87</sup> Das gilt nicht für *E. Klein*, der seiner einschlägigen Kommentierung auf Art. 22 GG bezogene Definitionen vorausschickt, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 91.

<sup>88</sup> Das hat zum Teil romanhaften Charakter, vgl. *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 106- 128; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 22 Rn. 10 ff.; *Wieland*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 22 Rn. 1 ff.; *Huber*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 22 Rn. 2 ff.; *Daniel/Heck*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 22 Rn. 1 ff.

<sup>89</sup> Die Autoren orientieren sich dabei ausschließlich an den umfangreichen Arbeiten von *Hoog*, Deutsches Flaggenrecht, 1982 und *Hattenhauer*, Geschichte der deutschen Nationalsymbole, Ausgabe 2016.

<sup>90</sup> Vgl. etwa *Wieland*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 22 Rn. 37 („lakonische Kürze“); *Scholz*, in: MDH, Stand 2014, Art. 22 Rn. 46 f. (?) („definitorisch simplifiziert“); *Höfling/Burkiczak*, in: Berliner Kommentar, Stand 2006, Art. 22 („fast kärglicher Wortlaut“) Rn. 53.

<sup>91</sup> Siehe etwa *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 22 Rn. 48.

<sup>92</sup> *Daniel/Heck*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 22 Rn. 20; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 22 Rn. 26; *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 94; *Höfling/Burkiczak*, in: Berliner Kommentar, Stand 2008, Art. 22 Rn. 54.

schlossen worden sind. Auch wenn die Natur der Sache kein sachlich überzeugender Kompetenztitel ist, ist der Rückgriff auf den Zentralstaat „Bund“ für die Regelung der Einzelheiten grundsätzlich beanstandungsfrei. Aber das gilt nicht in gleichem Maß für die Antwort auf die Frage, wem inhaltlich innerhalb des Bundes die Kompetenz zukommt.<sup>93</sup>

Über die Natur der Sache kann man Art. 22 II GG als Kompetenznorm deuten. Dann gilt die Auslegungsregel der historischen Betrachtungsweise von Kompetenznormen.<sup>94</sup> Insoweit spielt dann eine Rolle, wenn auch nur ergänzend, der Rückgriff auf die Staatspraxis (sie geht auf das Jahr 1950 zurück).<sup>95</sup> Sie ist von ihren Ergebnissen her bis heute unbestritten geblieben. Das muss als ausschlaggebendes Argument für die Anordnungskompetenz des Bundespräsidenten genügen. Wirklich ungelöst bleibt in der Kommentarliteratur die Nutzung von bundesflaggenvergleichbaren Fahnentüchern<sup>96</sup> durch Private. Zwar enthält Art. 22 II GG überhaupt keine Bundesregeln für die Flaggenführung. Aber für bloße Fahnentücher findet sich schon keine Grundregelung zum bundesflaggenvergleichbaren Fahnentuch. Es gibt keine Anordnungen des Bundespräsidenten. Von einer Staatspraxis kann man auch nicht sprechen, weil es um private Nutzung geht. Die Kommentare befassen sich hinsichtlich der von ihnen angenommenen Nutzungsbefugnis mit einem knappen Rückgriff auf Art. 2, 5 GG. Es handelt sich insoweit um eine bloße *petitio principii*. Es werden Freiheiten behauptet, die zwar in Art. 2 I, 5 I, III GG gewährleistet sind. Aber keine dieser Freiheiten ist uneingeschränkt/voraussetzungslösig gewährleistet. Der Rückgriff auf Grundrechte als Befugnisnormen wäre nur schlüssig, wenn dargetan werden könnte, dass die Nutzung bundesflaggenvergleichbarer Fahnentücher von diesen Freiheiten erfasst wird. Die Kommentarliteratur hilft deshalb letzten Endes nicht weiter.

## 2. Auslegungsmethoden als letzte Hilfe

W beschäftigt sich deshalb, anlass- und fallbezogen mit den Auslegungsmethoden. Das BVerfG hat sich für seine eigene Rechtsprechung grundsätzlich nicht auf bestimmte Auslegungsmethoden festgelegt.<sup>97</sup> Die Instanzgerichte verweist das BVerfG auf anerkannte Auslegungsmethoden<sup>98</sup> und erwähnt insoweit Wortlaut,

93 Ausführlich dazu *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Art. 22 Rn. 20 ff.

94 BVerfGE 41, 205 (220); 138, 261 (274 Rn. 29).

95 *Daniel/Heck*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 22 Rn. 20.

96 Die Kommentare sprechen gelegentlich insoweit von „Bundesfarben“, vgl. etwa *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014; *E. Klein*, in: BK, Stand 2008, Rn. 94, 100 definiert sie als die für die farbliche Gestaltung maßgeblichen Farben. Die Farben Schwarz, Rot und Gold sind aber keine originären Bundesfarben, sowenig wie das Rot im Apothekensymbol „A“ dies für Apotheken ist.

97 Unter der Vorgabe, dass das GG die Wahl einer bestimmten Auslegungsmethode nicht behandelt, BVerfGE 88, 145 (166 f.). Anderes gilt jedoch für die Auslegung von Kompetenznormen, BVerfGE 138, 261 (273 Rn. 28), st Rspr.

98 Z.B. für die Grenzen verfassungskonformer Auslegung BVerfGE 119, 247 (274); 138, 64 (93).

Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang sowie Sinn und Zweck der Regelung.<sup>99</sup> Es tauchen aber auch Hinweise auf übliche und allgemeine Auslegungsmethoden auf. Wie das Instanzgericht diese Methoden einsetzt, ist grundsätzlich seine Sache. W geht der Frage, wann eine Methode anerkannt, wann sie allgemein oder üblich ist, nicht nach, sondern beginnt mit dem Wortlaut, denn: Am Anfang war das Wort. Am „Wortlaut“ als Begriff ist gezweifelt worden,<sup>100</sup> dennoch weiß jeder, was mit „Wortlaut“ gemeint ist. Da Sätze (meistens wie auch Art. 22 II GG) aus mehreren Wörtern bestehen, ist es richtig, mit einzelnen Wörtern zu beginnen, unabhängig davon, dass ein Wort seine Bedeutung erst im Zusammenhang erhält. Es trifft allerdings nicht zu, dass alle Wörter vage sind, wenn es – z.B. – in Art. 22 II 1 GG heißt: „Die Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland ist Berlin“, so lässt, unabhängig von der Gesamtheit des Satzes, keines dieser Wörter mehrere Bedeutungen zu.<sup>101</sup> Eindeutigkeit kann auch durch Legaldefinition erreicht werden, wie – etwa – bei Art. 62 GG, der die Zusammensetzung der Bundesregierung festlegt. Weder der Eigenname (i.S. Freges) „Bundesflagge“ noch das Prädikat in der (Farb)Kombination „schwarz-rot-gold“ sind eindeutig. Was „Bund“ bedeutet, erschließt sich aus dem Wort nicht, noch weniger der Bestandteil Flagge, weil unklar bleibt, ob es sich dabei nur um ein anderes Wort für „Fahne“ handelt oder ob die „Flagge“ Besonderheiten gegenüber der „Fahne“ aufweist. „Schwarz-rot-gold“ leitet an unklaren Konturen, wenn man von unterschiedlichen Farbtönen für einzelne Farben ausgeht.

Geht man auf den Kontext, der im Allgemeinen als das wichtigste Hilfsmittel für die Auslegung eines Wortes angesehen wird, so ist zunächst zu beachten, dass Kontext nicht nur den unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem fraglichen Wort meint, sondern auch durch einen entfernteren sachlichen Bezug hergestellt werden kann. Das setzt aber eine Kontext-Suche voraus, die von einer Vorauswahl für die mögliche Wortbedeutung abhängt. Das kann dann zu einem trial and error-Verfahren führen, je nachdem, ob die gefundenen Kontexte „passen“ oder „nicht passen“. Der unmittelbare Zusammenhang mit Art. 22 I GG, also die Festlegung der Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland weist auf die gesamtstaatliche Repräsentation für die Bundesrepublik. Das hat nicht nur Kompetenz-, sondern auch Symbolcharakter. Das deutet auf einen Begriff von Flagge, der über die bloße Fahne hinausgeht. Die Zuordnung in Abs. 1 zur Bundesrepublik Deutschland weist auf den „Bund“ in Abs. 2 als Zentralstaat eines Bundesstaates. Das wird durch einen weiteren Kontext-Rückgriff, nämlich die Überschrift in Nr. II „Der Bund und

99 BVerfGE 138, 64 (93 f.).

100 Klatt, Wortlautgrenze, in: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Bd. 2, 2005, 343 (344) hält den Terminus für irreführend. Er verwendet ihn gleichwohl als Überschrift für seinen gesamten Text.

101 Nicht immer schaffen im Übrigen Definitionen Eindeutigkeit, so etwa, wenn Art. 116 GG den Begriff des „Deutschen“ festlegt, dies aber um den Hinweis ergänzt, der Gesetzgeber könne abweichende Regelungen treffen.

die Länder“ bestätigt. Für „schwarz-rot-gold“ gibt es einen solchen Kontext jedoch nicht.

Es liegt deshalb nahe, auf die Entstehungsgeschichte zurückzugreifen. Das BVerfG behandelt den Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte fallbezogen. Der Rückgriff gilt als unverzichtbar, wenn es um richterliche Rechtsfortbildung geht,<sup>102</sup> auch, wenn die gesetzliche Regelung für unrichtig gehalten wird<sup>103</sup> oder wenn es für die Erörterung von Risikogrenzen auf das Schicksal der in den Bundestag eingebrachten Gesetzesentwürfe ankommt.<sup>104</sup> Die historische Interpretation spielt vor allem bei der Auslegung von Kompetenznormen eine fundamentale Rolle.<sup>105</sup> Es gibt in der Wissenschaft eine Reihe Protagonisten für die Notwendigkeit, auf die Entstehungsgeschichte zurückzugreifen.<sup>106</sup> Aber wirkliche Sicherheit wird damit nicht geschaffen. Die Entstehungsgeschichte ist häufig unvollständig, interessengeleitet oder schwer zugänglich. Das Sprachverständnis und der gesellschaftliche/kulturelle Zusammenhang der ursprünglich getroffenen Regelung ist oft ebenfalls nicht verlässlich ermittelbar. Auch darf man, wollte man *Luhmanns* einprägsamer Formulierung folgen, wonach Rechtsnormen auf der Zeitschiene angesiedelte Erwartungshaltungen darstellen,<sup>107</sup> die Kontrolle zur Jetzzeit nicht versäumen. Wenn also ein Blick auf die Entstehungsgeschichte verlässliche Ergebnisse verspricht, sollte man sie allerdings nutzen, denn damit wird die vorhergegangene Kontextexegese gesichert (oder sie erweist sich eben als nicht tragfähig). Außerdem wird der Klärungsbedarf der Stufe der objektiven Auslegung nach dem Zweck der gesetzlichen Regelung auf diese Art und Weise ggf. erleichtert. So liegt es hier bei den Farbmodalitäten, zumindest in zweierlei Hinsicht. Die Diskussion im Parlamentarischen Rat belegt, dass an die in der Weimarer Zeit bestehende Flaggentradition angeknüpft werden sollte (lediglich unter Abkehr von schwarz-weiß-rot). Damit gibt es einen gewichtigen Anhaltspunkt für die Anordnung der Farbelemente, zu der Art. 22 II GG nach seinem Wortlaut schweigt. Und dann belegt die Entstehungsgeschichte, dass die Festlegung der Farbelemente schwarz-rot-gold, nicht nur diese bei Flaggen, sondern allgemein festgelegt werden sollte, also auch für das bloße Fahnenstück. Im konkreten Fall ist dadurch auch über den Zweck der Regelung

102 BVerfGE 132, 99 (Rn. 71 ff.).

103 BVerfGE 132, 72 (83 mit Rn. 26).

104 BVerfGE 132, 302 (324).

105 BVerfGE 138, 261 (273 f. Rn. 29), st. Rspr.

106 Vgl. die Nachweise bei *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, Einl. Rn. 96 mit Fn. 321. S.a. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 720.

107 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1993, 124 ff. (129 f.).

mitentschieden.<sup>108</sup> Fahnen in der traditionellen schwarz-rot-gold-Anordnung gehören zu verfassungsrechtlich geforderten und geschützten Symbolen der Bundesrepublik Deutschland.

Damit hat W das Ende seiner methodischen Bemühungen erreicht. Art. 22 II GG verliert kein Wort zu Rang und Nutzung von Fahnenstüchern, die nach Farbe und Anordnung mit der Bundesflagge vergleichbar sind. Ob die Bundesflagge eine bestimmte Größe haben muss, ist Art. 22 II GG nicht zu entnehmen, ebenso wenig die Farbqualität. Das Flaggenrechtsgesetz<sup>109</sup> sagt nur etwas zur Beflaggung von Seeschiffen, aber nichts über die Flaggennutzung an Land. Das alles ist zwar Gegenstand von Anordnungen des Bundespräsidenten, aber eine gesetzliche Grundlage ist damit nicht verbunden. Man kann diese Anordnungen einer Begleiterläuterung zu Art. 22 II GG zuordnen und so verfährt auch die Wissenschaft. Aber damit verbindet sich die mit vielen Detailfragen verknüpfte Antwort auf die Frage, welchen Rang solche Anordnungen haben und wer sie erlassen darf. Das Problem hat sich nicht mit einem Rückgriff auf die Natur der Sache und einige Grundrechte erledigt. Denn um welche Sachnatur geht es hier? Hat die Flagge eine Sachnähe zu Fahnen und deren Anordnung? Genügt das Fehlen notwendiger Details (unterstellt, Einheitlichkeit sei für ein Symbol geboten) bereits als Grundlage für Ergänzungen? Und kann man diese Ergänzungen verlässlich dem (einfachen) Gesetzgeber angesichts der Verfassungsrechtslegung ohne den Zusatz „Das Nähere regelt ein Bundesgesetz“ überlassen? W schließt sich der überwiegenden Mehrheit an, die diese Fragen nicht klärt, weil die Flagge als Symbol nicht denselben Stellenwert wie etwa die Nationalhymne hat, vor allem aber, weil die damit verbundene wissenschaftliche Gleichgültigkeit bislang niemand beunruhigt hat. Man kann festhalten: Auch W scheitert im Rahmen des Sprachspiels 3, und weil er das selbst gesehen hat, wird hier von einem Anti-Sprachspiel gesprochen.

#### **IV. Plädoyer für eine anwendungsbezogene Dogmatik**

##### **1. Splendid Isolation der Wissenschaft**

W hat uns theoriegeleitete Hilfen für die Auslegung des Art. 22 II GG gegeben, nicht aber für die Anwendung der Vorschrift. Das hat seinen Grund in der Trennung von Theorie und Praxis. Die Wissenschaft lebt und arbeitet in ihrer eigenen Welt, weitgehend abgeschottet von der Realität. Der archimedische Punkt wird in

108 Die vor allem von *Rüthers* seit langem angestoßene Diskussion, wonach der Normzweck nicht Auslegungsgegenstand, sondern nur Auslegungsziel sein kann, vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015 Rn. 730 hat weitreichende Konsequenzen, wie sie schon in der Überschrift von *Rüthers* Essay, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014 zum Ausdruck kommt. Die Notwendigkeit teleologischer Auslegung beherrscht im Übrigen unverändert die richterliche Praxis.

109 i.d.F. vom 26.10.1994 (BGBl. I 3140), mehrfach geändert.

immer fernere Welten verlegt.<sup>110</sup> Die Wissenschaft ist damit beschäftigt, sich selbst zu analysieren.<sup>111</sup> Natürlich tut sie das nicht nur, aber was immer sie tut: Sie bleibt auf sich selbst bezogen. Das hat freilich eine Folge, die angesprochen zu werden verdient. Niemand außerhalb der wissenschaftlichen Welt nimmt von diesen Verlautbarungen Kenntnis. Das kann man schon anhand der marginalen Stückzahlen wissenschaftlicher Werke (und der damit verbundenen Preisgestaltung) leicht belegen. Nehmen wir als Beispiel die Anwälte (und ich beziehe mich dafür auf meine Tätigkeit als Verfassungsrechtler):<sup>112</sup> Wer sollte sich das Handbuch des deutschen Staatsrechts, das Handbuch der Grundrechte oder Sterns Staatsrecht kaufen oder gar noch lesen? Schriftsätze werden nicht von wissenschaftlichen Theorien getragen, sondern von Präjudizien. Natürlich gibt es professorale gutachterliche Unterstützung, und die wird, je nach Rang und Ansehen des Wissenschaftlers, auch gerne entgegengenommen. Aber das ändert nichts daran, dass solche Arbeiten interessengeleitet sind. Man muss den Namen des Autors nicht wissen, um das Ergebnis zu kennen. Dass die Wissenschaft über die Besetzung des BVerfG mit Universitätsprofessoren Einfluss auf die Praxis nimmt, bleibt eine Ausnahme. Die Inzüchtigkeit der Wissenschaft wird hier nicht kritisiert, sondern bedauert. Immense Erfahrung, Sachkunde und intellektuelle Kapazität bleiben für die reale Welt ungenutzt, in einem Endlos-Glasperlenspiel gefangen.

## 2. Der Anwendungsbezug

Die damit verbundenen Rechtsverluste, oder sollte man besser von einem Rechtsverzicht sprechen, nimmt nicht nur Blick auf das Selbstverständnis der Rechtsdogmatik. Nur selten wird die weitreichende Anwendungsrelevanz von Dogmatik

110 *Hilgendorff/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015; *Lindner*, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017. Das erlaubt dann das „Denken in Netzwerken“, siehe dazu *I. Augsberg/Gostomzyk/Viellechner*, 2009. Liest man dann etwa *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungstheorie der Bundesrepublik Deutschland, 2013, so erwartet man zwar nach der Themenstellung keine Anwendungsdogmatik. Aber auch unter dieser Einschränkung kommt *Volkmann* nicht um das Thema der Anwendung der Verfassung herum, S. 129 ff. Die von ihm erörterten Themen bleiben angesichts der theoriegeleiteten Vorgaben außerhalb des wirklichen Anwendungsbereichs. Die fernste aller Galaxien war mit der Rechtswissenschaftstheorie erreicht worden, s. *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

111 *Lepsius*, *Relationen*: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, 2 f. Das kann man nur bestätigen, wenn man *Steinberg* dazu liest, der sogleich die Stichwörter des Strukturalismus und des Poststrukturalismus aufzieht, in: *Lepsius, Relationen*, 2016, 69 (72 f.). Weiteres „schönes“ Beispiel, *Pöcker*, *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik*, 2007, der sich, wie schon der Untertitel zeigt, auf eine „rechtstheoretisch angeleitete Dogmatik“ beschränkt.

112 *Zuck*, Als Anwalt im Verfassungsrecht, *NJW* 2017, 35 und früher schon *ders.*, Der Rechtsanwalt im Verfassungsbeschwerdeverfahren, *NJW* 2013, 2248.

auch nur angesprochen.<sup>113</sup> Die Schwerpunkte liegen dann bei der Gesetzgebung und der Rechtsprechung.<sup>114</sup>

### 3. Voraussetzungen für die Rechtsanwendung durch den Richter

Die – meist – mühsame Fixierung auf die Arbeit des Richters liegt zwar nahe, weil damit Ergebnisse sichtbar werden Aber tatsächlich liegt darin eine Verkürzung des Anwendungsbezugs mit gravierenden Auswirkungen.

#### a) Die Lebenssituation

Wer sich mit Rechtsanwendung beschäftigt, muss als selbstverständlich davon ausgehen, dass das Recht auch einen Sachverhaltsbezug hat. Nur in Anfängerübungen gibt es einen feststehenden Sachverhalt,<sup>115</sup> und damit natürlich in schon entschiedenen Fällen. Die Rechtsanwendung setzt viel früher ein. Nehmen wir als Beispiel partnerschaftliche Beziehungen. Das Alltagsleben fließt mehr oder minder problemlos dahin, bis es zu Differenzen kommt, die nicht mehr als vernachlässigbar angesehen werden. Es entstehen vielschichtige Lebenssituationen, die immer, weil es keine rechtsfreien Räume gibt, auch Rechtssituationen sind. Sie mögen soziokulturell geprägt sein, und den Psychotherapeuten oder den Eheberater auf den Plan rufen. Aber immer gibt es bei diesen Entwicklungen rechtliche Haltepunkte. Sie fixieren die Lebenssituation.<sup>116</sup> Sie können in Gewalt, in Mord und Totschlag kulminieren, sich aber auch nur in der unendlichen Kette emotionsgeladener Rechtsstreitigkeiten niederschlagen. Aus welchem Anlass und damit auch zu welchem Zeitpunkt wird der für eine Rechtsentscheidung maßgebliche Sachverhalt gefunden und festgelegt? Von der richtigen Wahl des Sachverhalts hängt die richtige Wahl des anzuwendenden Rechts ab. Da *mihi factum, dabo tibi ius*. Das ist die Basis aller Rechtsanwendung. Die Rechtsdogmatik wird einwenden, das sei, weil der Rechtsanwendung vorausliegend, nicht von ihr zu erörtern, also nicht ihre Aufgabe. Aber dann müsste sie sich eben die Nachbarwissenschaften zunutze machen.

<sup>113</sup> Einsame Rufer: *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, in: Was weiß Dogmatik, 2009, 117 (119); *Lepsius*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, 26 f. (31); vorsichtiger *ders.*, Kritik der Dogmatik, in: Was weiß Dogmatik, 2009, 39 (40). Unter den 27 Teilnehmern dieser Tagung waren 26 Wissenschaftler und ein Verwaltungsrichter.

<sup>114</sup> Siehe etwa *Eifert*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Was weiß Dogmatik, 2012, 79 (82 f.).

<sup>115</sup> Er wird lösungsbezogen zurechtgemacht. So erfindet *Schwabe*, Grundrechtsbetätigung auf fremdem Eigentum, DÖV 2016, 1041 einen für Zweitsemester nachvollziehbaren Fall. In der wirklichen Welt gibt es solche Zweitsemestersachverhalte nicht.

<sup>116</sup> Auch in der Lebenssituation gibt es deshalb eine Thematik, die mit dem berühmten Text von *Ludwik Fleck's*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, 1935 vergleichbar ist. Zur Abhängigkeit der Wissenschaft von spezifischen Konstellationen aus Emotionen und Werten, s. *Daston*, Wunder, Beweise und Tatsachen, 2. Aufl. 2003, 157. Zu dieser Thematik s.a. *Rüffmann*, Normatsachen, in: Alexy u.a. (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, 357. Mit dem Begriff der Lebenssituation bleibt der Text hinter der „Lebenswelt“ zurück.

### b) Bürger – Beamter – Beistand

Eine Verkürzung der Anwendungsdogmatik liegt aber auch auf der Anwenderebene, nämlich ihrer Fixierung auf die Arbeit des Richters. Der Richter ist das letzte Glied der Rechtsanwendung. Vereinfacht dargestellt, gibt es – noch davor – drei Stufen: die Bürger, die Beamten und die Beistände.

Wenn man so will, verweist das auf drei Welten. Die Welt der Rechtsprodukte (= Rechtsnormen und ihre Entstehung) und die Welten der Produktionsbedingungen. Dabei bilden Auslegung und Anwendung des Rechts durch den Richter eine zwar herausgehobene, von der Rechtswissenschaft aber überbetonte<sup>117</sup> zweite Welt. Die Rest-Rechtsanwender, nämlich Bürger, Beamte und die professionellen Beistände stellen die von der Rechtswissenschaft weitgehend vernachlässigte Dritte Welt dar. Dabei ist diese Dritte Welt, wegen ihrer Anstoßfunktion für die Rechtsgewinnung in besonderem Maße auf die Unterstützung durch eine anwendungsbezogene Dogmatik angewiesen.

Um den Bürger kümmert sich die Wissenschaft überhaupt nicht. In der Regel kennt er seine rechtlichen Möglichkeiten nicht, und wenn er von ihnen schon etwas gehört hat, tut er sich mit dem rechten Verständnis außerordentlich schwer. Angesichts der Fülle und der Komplexität rechtlicher Regelungen wird das als naturgegeben hingenommen. Der Bürger könne ja professionellen Rechtsrat einholen. Wo aber findet er den für gerade seinen Fall geeigneten rechtlichen Berater? Kann er ihn bezahlen?

In vielen Fällen ist die öffentliche Hand eine notwendige Zwischenstufe für die erfolgreiche Rechtsanwendung. Hier wird der Beamte als Prototyp genannt. Er darf auch Zweckmäßigkeitserwägungen berücksichtigen. Gelegentlich folgt er einer festgelegten Ermessenslinie.<sup>118</sup> Er handelt überdies im Rahmen der Politik seiner Behörde. Wer kümmert sich um das Handeln der Staatsdiener und die Funktionsfähigkeit seiner Behörde?

Nahezu vollständig übergangen wird der Rechtsanwalt als Beistand des Bürgers.<sup>119</sup> Die dafür in Deutschland zugelassenen rund 168.000 Rechtsanwälte<sup>120</sup> sind, so unterschiedlich ihre Arbeit im Einzelfall ist, die verfassungsrechtlich legitimen Garanten für die Gewährleistung des Rechtsstaats.<sup>121</sup> Es wäre wünschenswert, die

117 Die Rechtswissenschaft versteht Dogmatik als vorwiegend „gerichtliche Praxis“.

118 Immer wieder auch als soft law, einer wissenschaftlichen terra incognita, vgl. Knauff, Der Regulierungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, Tübingen 2010

119 Der Rechtsanwalt wird hier als Prototyp des Rechtsberaters erwähnt. Selbstverständlich spielen auch Notare, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eine wichtige Rolle, siehe dazu Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2014, § 43 BRAO Rn. 34 (?).

120 Zu den statistischen Grundlagen siehe Kilian/Dreske (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft, 2015/2016.

121 Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2014, § 43 BRAO Rn. 34.

Kompetenz der Wissenschaft stünde ihnen zur Seite. Dass das nur in sehr geringem Umfang der Fall ist, hängt mit der verbreiteten Unkenntnis anwaltlicher Tätigkeit zusammen.<sup>122</sup><sup>121</sup> Man geht jedoch sicherlich nicht fehl in der Annahme, dass auch die Wissenschaft – im Allgemeinen – so denkt, wie der Volksmund, der den Anwalt als nackten Interessenvertreter, der die Interessen selektiert und manipuliert, sieht.<sup>123</sup> Das wird der Rechtswirklichkeit jedoch nicht gerecht. Das Recht ist verfestigter Ausdruck parlamentarischer Machtverhältnisse. Die ändern sich. Der Zeitgeist ändert sich. Die Rechtstexte bleiben aber bestehen. Die erforderliche Anpassung – das theoretisch große Thema des Rechtswandels – hat eine eminent praktische Seite. Es sind die Rechtsanwender, angestoßen von ihren Auftraggebern, die über die Anrufung von Behörden und Gerichten die nötigen Entscheidungsnormen herausarbeiten und so überhaupt erst die Anpassung an die veränderten Verhältnisse in Gang bringen (= Anstoßfunktion). Um diesen Praxisbezug dogmatisch begründen zu können, muss man vor allem die besondere Art anwaltlicher Tätigkeit kennen, die ich hier allerdings nur als mögliches Beispiel für den personalen Bezug einer anwendungsbezogenen Dogmatik erörtere. Als berufene Berater und Vertreter des Bürgers (§ 3 BRAO) ist der Anwalt Interessenvertreter. Er beschäftigt sich in erster Linie mit der Situation seines Auftraggebers. Das Recht kann da, richtig genutzt, helfen oder stören. Die damit weitgehend sekundäre Rolle des Rechts verdient beachtet zu werden. Der Anwalt ist aber auch ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Das macht das Recht zugleich zu einem primären Objekt seiner Tätigkeit. Es führt damit eine interessunabhängige Gemeinwohlbeziehung ein. Aber Recht ist für die anwaltliche Tätigkeit noch aus einem anderen Grund nicht alles. Das in der Wissenschaft viel diskutierte Thema „Recht und Moral“ hat eine spezifisch anwaltliche Seite, ein bis heute weitgehend ungelöstes Problem.<sup>124</sup> Und dann gibt es noch einen weiteren – aus meiner Sicht ausschlaggebenden – Grund, sich mit der Rechtsanwendung durch Anwälte zu befassen. Fast deren gesamte Tätigkeit spielt sich in der parallelen Häufung unterschiedlicher Einzelfragestellungen und innerhalb meist sehr enger Fristen ab. Die Anstoßfunktion anwaltlicher Tätigkeit für den erforderlichen Rechtswandel findet infolgedessen nahezu stets in einer Mangelsituation statt, die die Rechtswissenschaft so nicht kennt. Das wird besonders deutlich, wenn man sich mit der von der Wissenschaft wenig geliebten Kammerrechtsprechung des BVerfG befasst. Man kann dort für beliebige Beispiele zeigen, in wie vielen Fällen die Erfolglosigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht der Rechtslage geschuldet ist, sondern im fehlgeschlagenen Versuch des An-

122 Zuck, NJW 2017, 35. Das gilt auch für Teile der höchstrichterlichen Rechtsprechung. So tut sich das BVerfG mit dem anwaltlichen Alltag schwer, vgl. – beispielsweise – Zuck, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, JZ 2007, 1036.

123 Zuck, Der Anwalt im Volksmund, NJW 3/2018, NJW-aktuell, S. 15.

124 Siehe aber Hessler, Die Anwaltschaft und die Ethikdiskussion, AnwBl. 2018, 22; s. früher schon Zuck, Der Gute Anwalt – sein Beruf und seine Berufung -, NJW 2012, 1681.

walts, zur Zufriedenheit des BVerfG entsprechend §§ 23 I 2, 92 BVerfGG substantiiert genug vorzutragen.<sup>125</sup> Im Ergebnis bedeutet das jedoch nur, dass das BVerfG von der Rechtsansicht des Beschwerdeführers nicht überzeugt worden ist. Die Ursache für die fehlende Überzeugungskraft des anwaltlichen Vortrags liegt in großem Umfang in der Tatsache begründet, dass die gute Handvoll einschlägiger Vorschriften des BVerfGG den Jedermann des § 90 BVerfGG und seinen Anwalt ebenso im Stich lassen, wie die Wissenschaft, deren Interesse am Verfassungsprozessrecht überschaubar ist. Das führt dazu, dass das richtige Recht verborgen bleibt. Es kann nicht gefunden werden, weil die anwaltliche Anstoßfunktion für richtiges Handeln unterentwickelt ist.

#### 4. Der Richter als Adressat der Anwendungsdogmatik

Auch der wichtigste Adressat einer wissenschaftlichen Anwendungsdogmatik, der Richter, verdient mehr Aufmerksamkeit. Hier werden – allerdings nur unter einem singulären Aspekt – einige Thesen ausgebreitet. Sie wollen nur Hinweise auf mögliche Arbeitsprogramme der Wissenschaft geben. Kernpunkt ist, dass der Richter unter Unsicherheit entscheidet.<sup>126</sup> Es ist zwar nicht so, dass es für ihn keinen Normgegenstand gebe.<sup>127</sup> Wenn ein 3-er BMW gestohlen wird, sind sowohl die Sache als auch die Norm gegenständlich eindeutig. Auch das, was eine Norm bedeutet, kann gegenständlich eindeutig sein, so, wenn in einem Routinefall gleichlau- tende Entscheidungen getroffen werden können.<sup>128</sup> Aber in vielen Fällen bleibt Un- sicherheit. Sie resultiert aus dem Umstand, dass der Richter die Anwendungsnorm nicht ablesen, sondern erst entwickeln muss.<sup>129</sup> Das könnte man als eine Art rich- terlichen Freiraum (miss)verstehen, so also, als ob der Richter sich seinen Rechts- maßstab aussuchen könne. Nun ist es eine erfahrungsgesättigte Tatsache, dass viele Entscheidungen mit gleich guten Gründen anders oder ganz anders getroffen wer- den könnten. Das betrifft jeden Rechtsstreit, bei dem beide Seiten mit einem Erfolg rechnen, und das nach Ansicht externer Beobachter auch tun dürfen. Aber *Neumann* hat zurecht darauf aufmerksam gemacht, dass solchen Möglichkeiten kein Wahlrecht des Richters zugrunde liegt. Für ihn gibt es nur *eine* richtige Entschei-

<sup>125</sup> Diese Fälle sind Legion, vgl. jüngst BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 14.12.2017 – 2 BvR 1872/17; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 20.12.2017 – 1 BvR 2233/17, NJW 2018, 281 – Einführung eines beA. Zu den Sachvoraussetzungen s. *Freuden- berg*, NJW-aktuell 2018, 19.

<sup>126</sup> Beck, Die Suggestion einzig richtiger Entscheidungen im Recht – notwendig oder vermeidbar, in: Schuhu. (Hrsg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, 11 ff.; Vermeule, Judging under Uncertainty, 2006.

<sup>127</sup> So aber Grasnick, Unsichere Kanonisten, Myops 2016, 24.

<sup>128</sup> Das ist der Sinn der angelsächsischen *stare decisis*-Tradition, siehe dazu etwa Lee, *Stare decisis in Historical Perspective*, 52, Vand. L. Review 647 (1999) und der in Deutschland üblichen höch- richterlichen Zitatenketten.

<sup>129</sup> Zur Entwicklung der Entscheidungsnorm aus dem Normtext S. Müller, Syntagma 2012, Rn. 4; Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, Einl. Rn. 39.

dung.<sup>130</sup> Die unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten reduzieren sich so zu einer richterlichen Überzeugung, von der die Entscheidung getragen wird. Es ist diese Überzeugung, die das BVerfG auch dem nach Art. 100 I GG vorlegenden Gericht abverlangt (und respektiert).<sup>131</sup> Aber welche Gewissheit verbindet sich mit dieser Überzeugung? Wäre sie nur subjektiv bestimmt, würde das über den Entscheidungsverfasser nicht hinausreichen. Objektivierbar wird die richterliche Überzeugung erst durch einen Rückgriff auf einen Aspekt der aristotelischen Rhetorik, nämlich den Rückgriff auf das Enthymem. Die maßgebliche Passage bei Aristoteles liest sich nicht leicht:

*„Weil es die kunstgemäße Methode offensichtlich mit den Formen der Überzeugung zu tun hat, die Überzeugung aber eine Art von Beweis ist – wir sind nämlich dann am meisten überzeugt, wenn wir annehmen, dass etwas bewiesen wurde -, weil aber der rhetorische Beweis ein Enthymem ist .... das Enthymem aber eine Art von Deduktion ist ..., dann müsste offenbar derjenige, der am besten in der Lage ist zu betrachten, woraus und wie die Deduktion entsteht, auch am besten mit dem Enthymem vertraut sein, wenn er außerdem erfasst hat, mit was für einer Art von Dingen es das Enthymem zu tun hat, welche Unterschiede es zu der Deduktion der Logik aufweist; das Wahre .... zu sehen, ist nämlich Sache ein und derselben Tätigkeit. ...“<sup>132</sup>*

Das Enthymem bezeichnet einen rhetorischen Schluss, beruht also auf einem Syllogismus.<sup>133</sup> Der Unterschied beruht darauf, dass dem Enthymem nicht Notwendigkeiten, sondern Wahrscheinlichkeiten zugrunde liegen. Anders als bei einem wissenschaftlichen Beweis geht es deshalb auch bei der conclusio nur um eine Wahr-

130 Neumann, Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie, in: Senn/Fritschi (Hrsg.), Die Rechtswissenschaft und Hermeneutik, ARSP, Beiheft 117 (2009), 87 (96).

131 Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 80 Rn. 40, 40a mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

132 Aristoteles, Rhetorik, übersetzt und erläutert von Christof Rapp, Aristoteles, Werke, Bd. 4, 1. Halbband 2002, Erstes Buch Kap. 1 Nr. 1355a4-16. Der Text hat zu vielfältigen Interpretationen geführt, vgl. Rapp, 2. Halbband 2002 zu Nr. 1355a3-1355a20 S. 57 ff. Zum Thema „Überreden und Überzeugen“ s. a. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, 207. Auch Alexy kommt nicht ohne Aristoteles aus, diskutiert ihn aber im Zusammenhang mit der Topik, S. 39 ff. Der Zusammenhang von Topik und Rhetorik ist vielfach erörtert worden, vgl. etwa König, Einführung in der Studium des Aristoteles anhand einer Interpretation seiner Schrift über die Rhetorik, in: Braun (Hrsg.), 2002, 102, 108 ff.

133 Klassisches Beispiel aus einer Rede des Alkibiades (Thukydides, Der Peloponnesische Krieg 6,16): „Überhaupt muss nach meinem Bedürfnis ein Staat, der nicht stille zu sitzen gewohnt ist, sogleich in Verfall geraten, sobald er sich der Untätigkeit ergibt; und ein Volk fährt nie sicherer, als wenn es in seinen Maßregeln so wenig wie möglich von den eingeführten Gesetzen und Gewohnheiten abweicht, sollten solche sie auch nicht die besten sein. In Schlussform gebracht:

- (1) Ein Volk fährt sicherer, wenn es in seinen Maßregeln möglichst wenig von seinen Gewohnheiten abweicht,
- (2) Wenn Athen gegen Syrakus zieht, so bleibt es damit in seiner Gewohnheit des Nicht-Stillesitzens.
- (3) Also fährt Athen sicher, wenn es den Krieg erklärt.

scheinlichkeit und nicht um eine Notwendigkeit.<sup>134</sup> Wahrscheinlich ist das, was meistens im Allgemeinen geschieht. Da auch Unwahrscheinliches geschehen kann, muss es Gute Gründe dafür geben, um auf das, was meistens oder allgemein zu trifft, zurückzugreifen.<sup>135</sup> Wir sind es gewohnt, mit Wahrscheinlichkeiten umzugehen, und diese auch zu beurteilen. So beruht jede Prognose<sup>136</sup> auf Wahrscheinlichkeitsannahmen.<sup>137</sup>

Aber wie beurteilen sich die die Guten Gründe ausmachenden Wahrscheinlichkeiten? Die Guten Gründe müssen sich an dem Text orientieren, aus dem der Richter die konkrete Entscheidungsnorm entwickelt. Selten genug hat er es mit einem trivialen, eindeutig gegenstandsbezogenen Text zu tun.<sup>138</sup> Dann geht es um die Unsicherheit des Gesetzestextes.<sup>139</sup> Er erhellt sich dem Richter, wenn er den Zweck der gesetzlichen Regelung verstanden hat. Ob es auf den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zweck ankommt oder das zeitgenössische Zweckverständnis, ist umstritten und führt – letzten Endes – zum Einwand, der Richter maße sich das richtige Zweckverständnis erst an.<sup>140</sup>

Die einfache Antwort lautet, Gute Gründe liegen vor, wenn ihnen nicht widersprochen worden ist. Aber damit werden Gute Gründe zu selten. Der im Rechtsstreit Unterlegene wird regelmäßig widersprechen. Eine abweichende Meinung lässt sich fast immer finden.<sup>141</sup> Und in den sozialen Medien kann jedes Ergebnis zu einem Shitstorm führen. Allerdings schließt Widerspruch allgemeine Anerkennung nicht

<sup>134</sup> König, in: Braun (Hrsg.), Einführung in das Studium des Aristoteles anhand einer Interpretation seiner Schrift über die Rhetorik, 2002, A 78ff. Zur Definition des Wahrscheinlichen bei Aristoteles siehe Rhetorik, Werke, Bd. 4 1. Halbband, Erstes Buch 2. Kap. Nr. 1357a, 34ff. S. dazu aufs. Brendel, Logik-Skript 1, 2018, 11.

<sup>135</sup> Ich habe im anwaltlichen Berufsrecht mit dem Topos des Guten Anwalts gearbeitet, der so arbeitet, wie man es im Allgemeinen von ihm erwartet, vgl. Zuck, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 26; Zuck, Der Gute Anwalt – sein Beruf und seine Berufung, NJW 2012, 1681. Ich führe hier den Topos der „Guten Gründe“ ein. Ich halte ihn gegenüber dem „Klugen Entscheiden“ (so Scherzberg u.a. [Hrsg.], 2006) für vorzugswürdig. Klugheit ist zwar eine Tugend, aber sie hat heute ihren Rang verloren. Klug verhält sich auch, wer karrierebewusst entscheidet.

<sup>136</sup> Sie liegt jedem Gesetz zugrunde, Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Parlamentsgesetz, 1985, 178.

<sup>137</sup> Dafür gibt es eingeführte Kontrollmechanismen, BVerfGE 106, 62 (152) – AltenpflegeG; Schlaich/Korrioth, Das BVerfG, 10. Aufl. 2015, Rn. 532.

<sup>138</sup> Wenn Shakespeare Richard III bei der Schlacht von Bosworth Field (1485) als letzte Worte in den Mund legt: „Ein Pferd, ein Pferd, mein Königreich für'n Pferd“, kann man sicher sein, das Richard III nicht nach einem Schmetterling verlangt hat.

<sup>139</sup> Ladeur, Die Textualität des Rechts, 2016; Ino Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts, 2009 und dazu Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, Einl. Rn. 71; Chr. Becker, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014.

<sup>140</sup> Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014.

<sup>141</sup> Chr. Becker/Jule Martenson, Asche zu Asche, Staub zu Staub, JZ 2016, 779 zu BGH, NJW 2015, 2901, wo es um die Frage gegangen war, ob Zahngold bei einer Urnenbestattung zu Asche geworden ist.

aus. Akzeptanz ist deshalb ein regelkonformes Kriterium.<sup>142</sup> Aber das Akzeptanz-Erfordernis bleibt sekundär. Gute Gründe müssen sich aus der Gerichtsentscheidung selbst ergeben. Sie dürfen nicht von einer späteren Reaktion abhängen. Außerdem verbindet sich mit dem Akzeptanzerfordernis die Gefahr eines dauerhaften Regresses, wenn die Akzeptanz ihrerseits in Zweifel gezogen wird und der Streit dann im Ergebnis nicht mehr um die Guten Gründe, sondern um die Akzeptanz geht. Akzeptanz ist ein quantitatives Argument. Gäbe es ein inhaltliches Kriterium? Als Kandidat böte sich die „abwägende Vernunft“ an.<sup>143</sup> Aber die abwägende Vernunft hat viele notwendige Voraussetzungen. Sie bleiben unsicher und überspannen das Wahrscheinliche.<sup>144</sup>

Gute Gründe sollten deshalb danach beurteilt werden, ob sie vertretbar sind oder nicht. Das hat Tradition, weil auch das BVerfG einfachrechtliche Entscheidungen nach diesem Maßstab beurteilt.<sup>145</sup>

## V. Zusammenfassung

Rechtsanwender haben mit dem allgemeinen Sprachgebrauch kein sicheres Fundament für das richtige Verständnis einer Rechtsnorm. Bürger, Beamte professionelle Berater und Richter sind deshalb (in den hier erörterten Beispielen) erwartungsgemäß gescheitert. Genauso ist es aber auch dem Wissenschaftler ergangen. Seine theoriegeleiteten Überlegungen bleiben im isolierten Feld der wissenschaftlichen Dogmatik. Das kennzeichnet eine Trennlinie: Die Rechtswissenschaft entwickelt Dogmatik, die Praxis nutzt sie.<sup>146</sup> Wenn man also Dogmatik als eine Form der „Bewältigung praktischer juristischer Tätigkeit“ versteht<sup>147</sup>, dann muss man den Praxisbezug der Rechtswissenschaft ernst nehmen<sup>148</sup> und sich der durch den Systembezug der Dogmatik verursachten „Vernachlässigung der Akteure und Interessen“ der an der Rechtsanwendung Beteiligten<sup>149</sup> stellen. Sie müsste beginnen, sich wirklich mit den Funktionen und Belangen der Rechtsanwender, insbesondere der

<sup>142</sup> Es spielt z.B. eine Rolle bei der Beantwortung der Frage, welche therapeutischen Beurteilungsstandards allgemein anerkannt sind, BSGE 81, 43 (68) und dazu Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin, 2. Aufl. 2012, Rn. 40.

<sup>143</sup> Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, dt. 1975, 455 hat sie im Anschluss an Sidgwick ins Spiel gebracht.

<sup>144</sup> Sie beruhen vor allem auf Informationsdefiziten, vgl. Kersting, Der Gesetzgeber zieht die Grenze, und das Gesetz selbst das Ziel, in: Höffe (Hrsg.), Klassiker auslegen, John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 209 ff. (216 ff.).

<sup>145</sup> Siehe dazu auch Zuck, Begründungen – ihre Gründe und Grenzen, NJW 2016, 3573.

<sup>146</sup> Jestaedt, Wissenschaftliches Recht, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstdreflektion der Rechtswissenschaft, 2015, 117 (128).

<sup>147</sup> Jestaedt, Wissenschaftliches Recht, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstdreflektion der Rechtswissenschaft, 2015, 117 (121).

<sup>148</sup> Gutmann, Intra- und Interdisziplinarität: Chance und Störfaktor, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstdreflektion der Rechtswissenschaft, 2015, 93 (95).

<sup>149</sup> Lepsius, Problembewältigung und Denktradition im öffentlichen Recht, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstdreflektion der Rechtswissenschaft, 2015, 53 (65).

Rechtsanwälte, bei der Durchsetzung und/oder der Verteidigung von Rechten zu befassen. Dann erst könnte sich die Dogmatik dem Richter zuwenden. Sie müsste die Rahmenbedingungen diskutieren, die vorauszusetzen sind, damit gerichtliche Entscheidungen auf guten Gründen beruhen. Dann ließe sich von der anwendungsbezogenen Rechtswissenschaft als einer „Durchsetzungswissenschaft“ sprechen.<sup>150</sup> Dieses Ziel wird sich jedoch kaum erreichen lassen, solange Rechtswissenschaft nur als „Gerechtigkeitswissenschaft“ gekennzeichnet wird.<sup>151</sup>

Um deren Kritik geht es hier ebenso wenig, wie um Kritik am allgemeinen Verständnis von Dogmatik. Was hier angemahnt wird, ist die Schließung einer Lücke, die sich bei der wissenschaftlichen Beurteilung des Produktionsprozesses im Rahmen der Fixierung von Entscheidungsnormen im gesamten Bereich der Rechtswelt aufgetan hat, um die Hervorhebung eines Sektors von Dogmatik also, dessen Schwergewicht nicht im Text, sondern im Personenbezug liegt.

150 Lindner, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 7. Krit. früher schon Podlech, Sprachliche Bedingungen einer Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts (1977), erstmals veröff. in: JöR 65 (2017), 345 (355 f.).

151 Lindner, Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft, Rechtswissenschaft 2011, 1.