

Jahrbuch
Junger Zivilrechtswissenschaftler
2008

**Einheit des Privatrechts,
komplexe Welt:
Herausforderungen durch
fortschreitende
Spezialisierung und
Interdisziplinarität**

Zürcher Tagung
3. – 6. September 2008

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Tanja Domej
Bianka S. Dörr
Urs H. Hoffmann-Nowotny
David Vasella
Ulrich Zelger



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTT GART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-415-04217-9

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2009
Scharrstraße 2
70563 Stuttgart
www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de
Druck und Verarbeitung: e. kurz + co druck und medientechnik gmbh
Kernerstraße 5, 70182 Stuttgart

Die Einheit der Rechtsordnung

Heinrich Honsell

Das Generalthema der Tagung ist die Einheit des Privatrechts. Mein Vortrag über die Einheit der Rechtsordnung enthält dazu die Prolegomena und steckt den größeren Rahmen ab. Im Zentrum steht das Verhältnis des Privatrechts zu den anderen Teildisziplinen, insbesondere zum Verfassungsrecht. Sodann geht es um Methodenfragen, namentlich den Begriff des Systems und das Nichtwiderspruchsprinzip.

Im Jahre 1935 hielt der Strafrechtler und Rechtsphilosoph Karl Engisch seine Heidelberger Antrittsvorlesung über die Einheit der Rechtsordnung.¹ Seither wird wieder die Frage diskutiert, ob das Recht als ein System begriffen werden kann, dessen zwei wesentliche Elemente Einheit und Ordnung sind. Claus Wilhelm Canaris hat dies in seinem Buch „Systemdenken und Systembegriff“² bejaht und die Rechtsordnung als ein axiologisches und teleologisches System bezeichnet, in dem die „generalisierende Tendenz der Gerechtigkeit verwirklicht“ sei.³ Andere bezeichnen es als logisches⁴ oder gar moralisches⁵ Postulat.⁶ Der Einwand liegt nahe, dass man zwischen einem wissenschaftlichen Rechtssystem unterscheiden muss, das solche Forderungen vielleicht erfüllen könnte und dem Recht als der Summe aller Normen, das ja nicht einem sinnvollen Plan folgend als Ganzes konzipiert worden ist, sondern als ad hoc-Gesetzgebung und das a priori kein System in dem genannten Sinne sein kann. Ein Versuch der Systematisierung des Rechts waren die großen Zivilrechtskodifikationen am Anfang und am Ende des 19. Jahrhunderts. Seither ist die Kodifikationsidee weitgehend Geschichte. Vieles wird außerhalb geregelt. Was integriert wird, wie z. B. die deutsche Schuldrechtsreform, kontrastiert durch legistische und dogmatische Mängel.

Die Idee von Einheit und Ordnung war eine Anleihe der Rechtswissenschaft bei dem positivistischen Wissenschaftsbegriff des 19. Jahrhunderts, der seinerseits von dem Systemstreben des Naturrechts geprägt war. Wis-

1 1935; s. ferner *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, 168 ff., 401; zur geschichtlichen Entwicklung des Topos *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995; „Die Einheit der Verfassung“ beleuchtet kritisch *F. Müller*, 1979, 85 ff., 225 ff. u. passim.

2 2. Aufl. 1983, 16 f. u. passim.

3 Kritsch *Peine*, Recht als System, 1983, 16, 20 ff.

4 Etwa *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, 107.

5 *Coing*, System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 485; *Raiser*, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 1964, 1201 ff., 1206.

6 Weitere Charakterisierungen bei *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, 13 f.

senschaft bedeutete damals exakte systematische Wissenschaft wie Mathematik oder Physik. Es waren Systeme *more geometrico* mit einer Hierarchie von Gattungsbegriffen unter einer höchsten Idee, aus der alles deduziert werden sollte. Solche Systeme wurden nicht nur für das Recht konzipiert. Baruch Spinoza hat sogar eine *ethica more geometrico demonstrata* verfasst und Isaac Newton eine Philosophie in dem Werk *Philosophiae naturalis principia mathematica*. Samuel Pufendorf,⁷ Thomas Hobbes, Christian Wolff u. a. haben diese vorgeblich von Naturgesetzen ausgehende Methode auf das Naturrecht übertragen.⁸ Diese Mode fand ihre Fortsetzung in der Begriffsjurisprudenz des 19. Jhdts. Paradigmatisch dafür waren Puchta's Genealogie der Begriffe oder Stammlers Begriffshimmel. Einheit bedeutete nicht nur Widerspruchsfreiheit, sondern auch Lückenlosigkeit, die allerdings nur durch die Lehre vom sog. negativen Satz hergestellt werden konnte, der Annahme, dass auch ein noch so lückenhaftes Gesetz keine Lücken hat, weil eben jeder Anspruch, den das Gesetz nicht kennt, abzuleiten ist.⁹ Die Begriffsjurisprudenz ist heute weitgehend überwunden. Unser Systemvertrauen ist weniger optimistisch und wir pflichten Nicolai Hartmann bei, der gesagt hat, System sei immer ein inhaltlich zu weit gehendes Verlangen der menschlichen Vernunft.

Fragen kann man allerdings, ob die Jurisprudenz überhaupt eine Wissenschaft ist. Die Rechtsdogmatik, die sich mit dem geltenden Recht und seiner Anwendung befasst, ist jedenfalls keine Wissenschaft im strengen Sinne, wie die Mathematik oder die Physik. Es gibt kein geschlossenes System, keine Axiome und keine Ableitungszusammenhänge. Sie ist auch keine empirische Wissenschaft wie z. B. die Medizin, die Biologie oder die Geschichte. Gegenstand empirischer Forschung sind aber einige Nebenfächer, wie Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie.

Man könnte es sich leicht machen und die Frage nach dem Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz pragmatisch dahin beantworten, dass alles, was an Universitäten gelehrt wird, Wissenschaft ist. Die Jurisprudenz gehört neben Philosophie, Medizin und Theologie seit dem Mittelalter zu den klassischen vier Fakultäten. Zu diesen zählt allerdings auch die Theologie. Sie ist Zweifeln an ihrer Wissenschaftlichkeit noch stärker ausgesetzt; Ähnlichkeit mit ihr hat die Jurisprudenz insofern, als sie sich mit Dogmen befasst. In der Jurisprudenz geht es zwar nicht um Glaubenssätze, aber doch um Dogmen im Sinne einer Überzeugung von der Richtigkeit, um Meinungen und Regeln, die der Mehrheit einleuchten, es geht nicht um Erkenntnis von Wahrheiten. Hier tut sich ein weites Feld von Streitfragen auf, zu denen es sogenannte herrschende Meinungen gibt. Diese werden

7 *De jure naturae et gentium*, 1672.

8 S. etwa *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, 301 ff.; *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1924, 124 ff.

9 Vgl. statt aller *Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I*, 1892, 372 ff.

von den Juristen oft auch Theorien genannt, ohne dass sie freilich den Anforderungen eines wissenschaftlichen Theoriebegriffs genügen würden. Meinung zu bilden und zu überzeugen ist Aufgabe der Rhetorik, die seit dem Mittelalter Jahrhunderte lang im Studium generale des ersten Studienjahrs im sog. trivium (den trivialen Fächern) neben Grammatik und Logik unterrichtet wurde. Sie kam seit dem Wissenschaftspositivismus des 19. Jahrhunderts – nicht zum ersten Mal, aber zu Unrecht – in Verruf und wurde schließlich an den Universitäten nicht mehr gelehrt. Jetzt glaubte man, dass es in den Parlamenten und Gerichtshöfen nur um die Wahrheit gehe, zu der die Rhetorik nichts beitragen könne. Heute ist Rhetorikunterricht wieder im Vordringen. Jurisprudenz ist zu einem guten Teil Rhetorik. Juristische Argumentation ist in gewissem Sinne eine Kunst (ars) oder besser ein Handwerk (techné). In diesem Sinne sagt der römische Jurist Celsus¹⁰: *Ius est ars boni et aequi* – Das Recht ist die „Kunst“ des Billigen und Gerechten.

So wundert es nicht, dass eine alte Tradition den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz überhaupt leugnet. Noch heute wird Julius von Kirchmann zitiert mit seinem Vortrag über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Aus diesem Dilemma heraus hat man die Wertfreiheit der Jurisprudenz gefordert und versucht, aus der Jurisprudenz ein deduktives System zu machen. Das war die Geburtsstunde des Positivismus.

Bernhard Windscheid, der berühmte deutsche Pandektist, hat den Satz geprägt: „Ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen [...] sind nicht Sache des Juristen als solchen.“ Auch Max Weber postulierte die Wertfreiheit der Wissenschaft. Hans Kelsen begründete die Reine Rechtslehre¹¹ in Reaktion auf die Freirechtsschule Eugen Ehrlichs,¹² des Begründers der modernen Rechtssoziologie.

Nach der Reinen Rechtslehre sollte sich die Rechtswissenschaft allein mit dem positiven Recht befassen und nicht mit Rechtspolitik, Soziologie oder Ethik etc. vermengt werden. Gegenstand der Reinen Rechtslehre war das Recht, wie es ist, und nicht das ideale, richtige Recht. Sein und Sollen waren ebenso strikt zu trennen wie Recht und Politik. So glaubte man erneut, aus der Jurisprudenz eine echte Wissenschaft mit einem geschlossenen System, ableitungsfähigen Begriffen und verifizierbaren Sätzen machen zu können. Dies geschah um den Preis eines Verzichts auf inhaltliche Richtigkeit, was zu einem mehr oder weniger sterilen System führte. Die Reine Rechtslehre ist eine Fortsetzung der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Kelsen wollte ein geschlossenes, auf einer Grundnorm basierendes

10 Ulpian. Dig. 1,1,1.pr.: *ut eleganter Celsus definit ius est ars boni et aequi.*

11 Reine Rechtslehre, 1934.

12 Vgl. ARSP 1915, 839; dazu Ehrlich, ARSP 1916, 844; Kelsen, ARSP 1916, 850; Ehrlich, ARSP 1916/17, 609 und wiederum Kelsen, ARSP 1916/17, 611.

System von Regeln. Die Grundnorm und den Gedanken eines rechtlichen Stufenbaus hat erstmals der Kelsen-Schüler Adolf Julius Merkl formuliert.

Die Reine Rechtslehre geht von einer Normenhierarchie und einem Delegations- und Bedingungszusammenhang aus: Verfassung – Gesetz – Verordnung – Verwaltungsakt/Urteil.¹³ Sie hat der Idee von der Einheit der Rechtsordnung neuen Auftrieb verliehen.¹⁴ An oberster Stelle steht die Verfassung. Obwohl sie positives Recht ist, nimmt sie sich selbst vom positiven Recht aus¹⁵. Das ist paradox.¹⁶ Vom sonstigen positiven Recht unterscheidet sich die Verfassung zunächst nur durch erschwerte Abänderbarkeit. Sodann durch einen Vorrang¹⁷, der allerdings wie für die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes ausdrücklich angeordnet sein muss. Verfassungen enthalten Normen von ganz unterschiedlichem Gewicht. Etlliche Regelungen, wie die Freifahrt der Abgeordneten im deutschen Grundgesetz (Art. 48 Abs. 3 GG), das Absinth- oder das Jesuitenverbot in der alten Schweizer Verfassung oder die Beschreibung des Bundesadlers¹⁸ in der österreichischen Verfassung (einköpfig, golden gewaffnet, rot bezungt) könnten auch einfachgesetzlich geregelt sein und haben offensichtlich nicht denselben Stellenwert wie die Würde des Menschen. Die Normenhierarchie steigert sich zur deductio ad absurdum, wenn man das Europarecht in die Pyramide einzeichnet, dem ja Vorrang sogar vor den nationalen Verfassungen eingeräumt wird. Obersten Rang haben dann nicht nur der EG-Vertrag, sondern auch pointilistische und fragmentarische EG-Richtlinien zum Konsumentenschutz oder zum Kartellrecht, die sich als oberste Grundsätze oder Begriffe für das sonstige Recht überhaupt nicht eignen und eine planmäßige Einheit und Ordnung auch nicht im Ansatz erkennen lassen.

Doch bleiben wir bei der Verfassung. Die Vorstellung vom Grundgesetz als „Spitze der Pyramide der Rechtsordnung“¹⁹ oder als „Dach über dem sonstigen Recht“²⁰ hat in Deutschland eine merkwürdige Fehlentwicklung begünstigt: Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Einheit der Verfassung „das vornehmste Interpretationsprinzip“, ein „logisch-teleologisches

13 *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, FS Kelsen, 1931, 252 ff.

14 *S. Schnapp*, Hans Kelsen und die Einheit der Rechtsordnung, FS Kelsen, 1984, 381; ferner *Mayer-Maly*, Jurisprudenz und Politik, FS Kelsen, 1984, 108.

15 *N. Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, RJ 9 (1990) 176, 186 f., 190.

16 So *Roellecke*, Das Ansehen des BVerfG und die Verfassung, in: Piazolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, 1995, 33, 47 f.

17 Dazu etwa *Starck* (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, 29 ff.; *Ruffert*, Der Vorrang der Verfassung, 2001, 7 ff. u. passim.

18 Art. 8a B-VG Abs. 2.

19 Gegen diese These *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979, 106.

20 *Clemens*, Das BVerfG im Rechts- und Verfassungsstaat, Das Ansehen des BVerfG und die Verfassung, in: Piazolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, 1995, 16, 19.

Sinngebilde“. Die Wertordnung der Grundrechte strahle auf alle Rechtsgebiete aus und verwirkliche so das Postulat der Einheit der Rechtsordnung.²¹ In der Wissenschaft hatte Günter Dürig schon zuvor eine Drittwirkung der Grundrechte im Rahmen der Generalklauseln des Privatrechts postuliert und dies damit begründet, dass so die „Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral“ gewahrt werde.²²

Die entscheidende Fehlentwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war das Lüth-Urteil²³ im Jahre 1958. Lüth, ein hamburgischer Beamter, hatte zum Boykott gegen einen Film des Regisseurs Veit Harlan aufgerufen, der im Dritten Reich im Auftrag von Goebbels den antisemitischen Hetzfilm „Jud Süß“ gedreht hatte. Die Hamburgische Justiz hielt Boykottaufrufe für unzulässig. Das Bundesverfassungsgericht hingegen entschied, sie seien durch die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG gerechtfertigt. Im nächsten Fall rief der Axel Springer Verlag zum Boykott gegen die Zeitschrift „Blinkfuer“ auf, weil diese das DDR-Fernseh-Programm abdruckte. Die Justiz hatte durch das Lüth-Urteil gelernt, dass die Meinungsfreiheit Wirtschaftsboykotte rechtfertigt und wies deshalb die Schadensersatzklage gegen den Axel Springer Verlag ab.²⁴ Damit lag sie wieder falsch. Das Bundesverfassungsgericht²⁵ gab diesmal Blinkfuer recht. Es geht hier nicht darum, welche Entscheidung richtig ist. Es geht darum, dass die Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen politische Ansichtssache ist, die mal so und mal so ausfällt. Das Lüth-Urteil ist deshalb so bedeutsam geworden, weil es aus den Grundrechten, die Abwehrrechte gegen den Staat waren, eine auf alle Bereiche des Rechts ausstrahlende Wertordnung gemacht hat. Erst dadurch, so die vorherrschende Meinung, sei die Einheit der Rechtsordnung verwirklicht worden.²⁶

So bestechend auf den ersten Blick der Gedanke ist, dass die ganze Rechtsordnung vom Geist der Grundrechte durchweht wird, so verfehlt ist er bei näherem Hinsehen. Die Grundrechte eignen sich nicht zur Lösung von Konfliktfällen im Privatrecht. Auch wird die Verfassung entwertet, wenn man selbst noch die kleinsten praktischen Rechtsfragen aus ihr ableitet, wie dies seit dem Elfes-Urteil²⁷ geschieht, das aus der freien Persönlich-

21 S. etwa K. Schmidt in: Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung, Hamburger Ringvorlesung, 1994, 9, 19.; W. Ruffner, Drittwirkung der Grundrechte – Versuch einer Bilanz, GS Martens, 1987, 215, 216 f.; s. auch Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 42 f.; krit. Felix (Fn. 1), 168 ff., 401; „Die Einheit der Verfassung“ beleuchtet kritisch F. Müller, 1979, 85 ff., 225 ff. u. passim.

22 Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS Nawiasky, 1956, 176 ff.

23 BVerfGE 7, 198, 205.

24 BGH NJW 1964, 29.

25 BVerfGE 25, 256.

26 Z. B. K. Schmidt (Fn. 21) 9, 19.

27 BVerfGE 6, 32.

keitsentfaltung des Art. 2 Abs. 1 GG eine allgemeine Handlungsfreiheit entwickelt hat.²⁸ Mit dem Instrumentarium des Bundesverfassungsgerichts kann man jede Rechtsfrage zur Verfassungsfrage machen.²⁹ Seither befasst sich das Gericht im Rahmen von Verfassungsbeschwerden mit dem Grundrecht auf „Reiten im Wald“³⁰ oder „Taubenfüttern“³¹, um nur zwei Beispiele zu nennen. Zu Recht hat man von einer Banalisierung der Grundrechte gesprochen.³² Inzwischen existiert eine abschreckende Liste von Einzelfällen, die das Bundesverfassungsgericht auf dieser Basis als „Supervisionsinstanz“ und „Oberstes Amtsgericht“³³ entschieden hat, von der Parabolantenne³⁴ des türkischen Mieters bis zur Verfassungswidrigkeit des Verbots von Erfolgshonoraren wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit³⁵. Wäre das richtig, so wäre das Erfolgshonorar ein Essentiale der Advokatur. Davon kann indes keine Rede sein. Das auch in anderen Ländern gültige Verbot des Erfolgshonorars³⁶, das man als eine Art Klagenkauf charakterisieren kann, geht auf das Römische Recht zurück.³⁷ Seine ratio liegt auf der Hand: Der Mandant kann das Prozessrisiko und damit den Wert der Klage nur schwer einschätzen. Dass das Verbot an der Berufsfreiheit scheitern soll, ist zu weit hergeholt. Einen kuriosen Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung hat das Bundesverfassungsgericht³⁸ auch mit der Entscheidung geleistet, dass das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1. S. 1 GG sein soll. Es gibt also jetzt zwei Eigentümer, den Vermieter und den Mieter. Im Gegensatz zum Laien unterscheidet der Jurist zwischen Eigentum und Besitz. Seit 2000 Jahren gilt der Satz, dass Eigentum und Besitz nicht verwechselt werden dürfen: Ulpian. Dig. 41,2,12,1: nihil commune habet proprietas cum possessione. Kurios sind auch die Ergebnisse, zu denen das Gericht auf dieser

28 Dazu statt aller *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 2003, 165, 172; *Knies*, FS Stern, 1997, 1155, 1172 f.

29 Vgl. auch *Würtenberger*, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: *Guggenberger/Würtenberger* (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998, 57, 69.

30 BVerfGE 80, 137.

31 BVerfGE 54, 173.

32 *Grimm*, Sondervotum BVerfGE 80, 137, 146 ff.; kritisch auch *Knies*, FS Stern, 1997, 1155, 1172 f.; *Scholz*, Karlsruhe im Zwielficht – Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG, FS Stern, 1997, 1201, 1214 f.

33 *Robbers*, NJW 1998, 935 ff.; s. auch *Ossenbühl*, FS Hoppe, 1996, 52: „entscheidet das Bundesverfassungsgericht wie ein Amtsrichter, beispielsweise im Ehrenschutz, im Mietrecht und zuletzt im Arbeitsrecht“.

34 BVerfG NJW 1993, 1252.

35 BVerfGE 117, 163.

36 Vgl. z. B. § 879 Ziff. 2 ABGB. Die US-amerikanische contingency fee ist allerdings überall auf dem Vormarsch.

37 Ulp. Dig. 17,1,6,7; Pap eod. 7; s. *Kunkel/Honsell*, Röm. Recht, 1987, 337 Fn. 23.

38 BVerfGE 89, 1 (u. öfter).

Grundlage gelangt. Dafür nur zwei Beispiele: So soll die außerordentliche Kündigung des Vermieters wegen konstanter Nichteinhaltung von Terminen zur Besichtigung der heruntergekommenen Wohnung gegen Art. 14 GG verstoßen,³⁹ weil bei der Abwägung das Eigentum der Mieterin nicht richtig gewürdigt worden sei. Im zweiten Fall hatte ein Mietinteressent, der eine gehbehinderte Partnerin hatte, eine Wohnung im 1. Stock eines Mietshauses gemietet. Der Vermieter hatte gezweifelt, ob die Wohnung für den Mieter zumutbar sei und bedauert, dass er mit Rücksicht auf die anderen Mieter keinen Treppenlift einbauen könne. Der Mieter hatte geantwortet, das sei kein Problem, er komme zurecht. Kaum war er eingezogen, verlangte er den Treppenlift. Seine Klage war bis zum BGH erfolglos. Das Bundesverfassungsgericht⁴⁰ leitete aus dem Eigentum des Mieters ein Recht auf Barrierefreiheit ab, das sogar Eingang ins BGB gefunden hat.⁴¹

Wenn man weiß, dass nur 2,5 % aller Verfassungsbeschwerden angenommen werden, was heißt, dass 97,5 % offensichtlich unzulässig oder unbegründet sind, fragt man sich, nach welchen Kriterien die Annahme erfolgt,⁴² die wie die Nichtannahme nicht begründet werden muss.

Die (abstrakte) Normenkontrolle ist ähnlich ausgeübt wie die Verfassungsbeschwerde. Das jüngste Beispiel ist die Aufhebung des Rauchverbots für Einraumkneipen⁴³ mit weniger als 75 Quadratmetern, in denen keine zubereiteten Speisen angeboten werden und zu denen Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben – steht offenbar alles in der Verfassung. Auch dass die Beschränkung der Pendlerpauschale⁴⁴ auf Entfernungen über 20 km verfassungswidrig ist.

Die Fehlentwicklung der Ausstrahlung und Drittwirkung wird erheblich verschärft durch die unbegrenzte Auslegung⁴⁵, die das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch nimmt. Die Grundrechte sind zum Teil abstrakt, vage und unbestimmt. Dies gilt namentlich für die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), die Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) die Gleichbehandlung (Art. 3 GG), die Meinungs- und Berufsfreiheit (Art. 5 und 12 GG) sowie den

39 BVerfG, 1 BvR 2285/03 vom 16. 1. 2004.

40 BVerfG NJW 2000, 2658.

41 Zur sog. Barrierefreiheit s. 554a Abs. 1 BGB.

42 S. auch *Roellecke*, Das Ansehen des BVerfG und die Verfassung, in: Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, 1995, 33, 40.

43 Entscheidung v. 30. Juli 2008, 1 BvR 3262/07; 402/08; 906/08.

44 BVerfG 2 BvL 1/07 v. 9. 12. 2008.

45 Der Begriff stammt von *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1966/2005. Das Phänomen, dass Wertordnungen die Auslegung beeinflussen, ist freilich nicht auf dieses negative Beispiel begrenzt. Freilich ginge es zu weit, im Bestreben nach einer wertfreien Jurisprudenz die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte mit der Gleichschaltung der Nazis zu vergleichen, s. *Limbach*, Die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf das Privatrecht, FS Zivilrechtslehrer 1934/35, 2004, 383.

Eigentumsschutz (Art. 14 GG).⁴⁶ Was heißt es konkret, dass die Würde des Menschen unantastbar ist, dass jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 Abs. 1)? Diese Normen sind nicht unklar oder dunkel, dagegen hülfe die Auslegung, sondern plakativ und pathetisch. Wegen ihrer Abstraktionshöhe und ihres deklamatorischen und programmatischen Charakters⁴⁷ und weil sie anders als die einfachen Gesetze keine subsumtionsfähigen Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge sind, eignen sie sich kaum zur Anwendung auf Einzelfälle. Dagegen hilft keine Auslegung. Ihrem Wortlaut lässt sich nichts entnehmen, was nicht zuvor in ihn hineingelegt worden ist. Wenn das Bundesverfassungsgericht dennoch aus allgemeinen und inhaltsarmen, programmatischen Sätzen die kleinsten und letzten Details zur Entscheidung von Einzelfällen herausliest, so handelt es sich dabei in Wahrheit um die alte Interpretationspresse, die Jhering in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz⁴⁸ bei seinem Rundgang durch den juristischen Begriffshimmel neben der Haarspaltmaschine vorgefunden und so beschrieben hat: „Was Du hier erblickst, ist die dialektisch-hydraulische Interpretationspresse. Mittels ihrer bringt man aus jeder Stelle das heraus, was man nötig hat. Von den Pumpen, die sich neben dem Hauptzylinder befinden, enthält die eine den dialektischen Infiltrationsapparat, den Injektor, wodurch Gedanken, Voraussetzungen, Beschränkungen, die dem Schreiber der Stelle gänzlich fremd waren, in sie hineingetrieben werden. Es ist eine Erfindung der Theologen, die Juristen haben sie bloß nachgemacht, und ihr Apparat ist mit dem der Theologen nicht von weitem zu vergleichen, er leistet kaum ein Zehntel von dem der Letzteren, die dadurch ganze Systeme in ein einziges Wort hineintreiben; aber für die juristischen Zwecke reicht sie vollkommen aus.“ Auch Goethe hat in den *Zahmen Xenien* (II) über die Auslegungskünste der Juristen gespottet: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.“ Das Misstrauen gegen juristische Auslegungskünste ist ein alter Topos.⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht treibt sie auf die Spitze und mutiert vom Hüter der Verfassung zu ihrem

46 Konkreter ausgestaltet sind etwa Ehe und Familie (Art. 6 GG), die Vereinsfreiheit (Art. 9 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) oder das Asylrecht (Art. 16a GG), die zuletzt genannten wurden erst als Ergebnisse langer politischer Debatten und nicht zu ihrem Vorteil konkretisiert und haben den Charakter von Grundrechten weitgehend verloren.

47 Näher etwa *Bethge*, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 24 (1985) 351, 359 ff.

48 4. Aufl. 1891, 247 ff.

49 Das kommt in mehreren Parömien zum Ausdruck: „gute Juristen – böse Christen“ (*Luther*); *Summum ius – summa iniuria*“ (römisches Sprichwort), etwa bei Cicero, *de off.* I 33; dazu *Honsell*, FS Kaser, 1976, 111, 114 mit Nachweisen in Fn. 20.

Herrn. Sodass man mit Juvenal⁵⁰ fragen muss: quis custodiat ipsos custodes? Die Verfassungsrichter füllen die inhaltsleeren Normen mit ihren eigenen Werturteilen aus und geben ihre Erfindungen als die Erkenntnisse aus der Verfassung aus.⁵¹ Nach dem Motto des Chief Justice Hughes, der gesagt hat: „We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.“⁵² Das ist ein undemokratisches gouvernement des juges mit Kompetenz-Kompetenz. Gleichwohl hält die h. L. die Konkretisierung der Wertordnung für legitim und notwendig, weil die Verfassung einerseits binde, andererseits aber keine klaren Vorgaben enthalte. Art. 1 Abs. 3 GG bestimmt allerdings, dass die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Doch gilt diese in Reaktion auf die Programmsätze der Weimarer Verfassung aufgenommene Vorschrift⁵³ natürlich nur, soweit die vagen Inhalte überhaupt eine Bindungswirkung entfalten.⁵⁴ Die Grundrechte geben als Abwehrrechte gegenüber dem Staat allerdings eine Richtung oder Impulse für die politische Willensbildung an. Programmatische Sätze sind politisch ausfüllbar. Dies ist indes allein Sache des hierfür demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Was als politische Implementierung durch das Parlament legitim ist, ist als angeblich interpretativ gewonnene Erkenntnis illegitim. Man muss also trennen zwischen Handlungsmaßstab und Kontrollmaßstab,⁵⁵ der erste ist weit, der zweite eng. Das ist auch deshalb so, weil die politische Willensbildung der Legislative durch einfaches Gesetz erfolgt. Die im Rahmen der Konkretisierung gewonnenen Prüfungsmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts hingegen haben Verfassungsrang.⁵⁶ Gerade der

50 Satyrae VI 347 f.

51 Dazu statt vieler *Diederichsen*, Rangordnung 90 ff.; *Großfeld*, Götterdämmerung?, NJW 1995, 1719 ff.; *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, 17; kritisch auch *Isensee*, FS Großfeld, 1999, 485 ff.

52 Danelski/Tulchin (ed.), *The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes*, 1973, 144.

53 Dazu *Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, 48 f.; ders., AcP 198 (1998) 225 f.; s. auch *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, 11 f.

54 In diese Richtung auch *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990) 1, 11: Art. 1 Abs. 3 sei „bezogen auf die Grundrechte in der Gestalt und mit dem normativen Gehalt, den sie haben“. Zustimmend *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992) 35, 45 f. Nicht zustimmen kann man indes der weiteren Folgerung von *Böckenförde*, die Verfassungsgerichtsbarkeit müsse wegen dieser Offenheit der Grundrechte Intensität und Umfang der Ausstrahlung „nach selbst gesetzten Maßstäben festlegen“. Das ist zwar eine korrekte Beschreibung des Befundes, aber keine zutreffende Handlungsanleitung.

55 Zu der Unterscheidung s. *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1988, 306 f.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 186 ff., je m. w. N.; *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, 147 ff.

56 S. z. B. *Böckenförde*, NJW 1999, 9, 12, der sagt, durch die Konkretisierung werde die Verfassung angereichert und diese Anreicherung nehme am Vorrang der Verfassung teil. S. ferner *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999) 170 ff., 172. § 31 BVerfGG ordnet darüber

Vorrang⁵⁷ der Verfassung und die überragende Stellung des Bundesverfassungsgerichts, das außerhalb der Gewaltenteilung agiert und keinerlei Kontrolle unterworfen ist, würde eine vorsichtige Verfassungsgerichtsbarkeit nahelegen, die den gebotenen *judicial self restraint* und die *political-question-Doktrin* beachtet und darauf bedacht ist, aus der Verfassung nichts abzuleiten, was nicht drin steht. Häufig wird behauptet, dieser Ansatz sei in Deutschland nicht möglich, weil das Gericht ja verpflichtet sei zu entscheiden und es keine präzisen Ansätze für diese Empfehlung gebe.⁵⁸ Diese Argumentation ist beinahe frivol. Denn das Gericht gibt ja die Konkretisierungen vor. Es müsste nur diese Grenzüberschreitungen unterlassen, bei der „Auslegung“ der Verfassung Zurückhaltung üben und auf politische Entscheidungen im Zweifel verzichten.⁵⁹

Die Texte der Grundrechte reagieren auf evidente Grundrechtsverletzungen. So weiß man, dass in Konzentrationslagern und nicht selten auch in Gefängnissen die Würde des Menschen verletzt wurde. Die Menschenwürde und das Recht auf Leben sind in Reaktion auf die Naziverbrechen in die Verfassung aufgenommen worden. Für die Frage, wann das Leben beginnt und ob ein Embryo oder ein Fötus geschützt werden muss, lässt sich ihnen nichts entnehmen. So hat denn auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof⁶⁰ die Einbeziehung des ungeborenen Lebens in den Schutz des Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK abgelehnt und in den meisten Ländern Europas⁶¹ gilt die Fristenregelung. In Deutschland hingegen gelangt das Bundesverfassungsgericht im Wege der Konkretisierung der Wertordnung zu dem Ergebnis, dass es wegen der Menschenwürde und des Rechts auf Leben geboten sei, an der Strafbarkeit der Abtreibung festzuhalten.⁶² Das Gericht hat offenbar nicht hinreichend reflektiert, dass nach diesem Konzept nicht mehr die Abtreibung strafbar ist, sondern das Fehlen eines Beratungsscheins. Ist es schon mehr als zweifelhaft, ob aus Art. 1 und 2 GG eine

hinaus Bindungswirkung (Abs. 1) bzw. Gesetzeskraft (Abs. 2) der Entscheidungen des BVerfG an. Zur Letzteren s. *Wiederin*, FS Badura, 2004, 605. Einige behaupten deshalb, die Entscheidungen des BVerfG hätten keinen Verfassungsrang. Es kann aber gar nicht anders sein, wenn man die Behauptung aufrechterhalten will, die Prüfungsmaßstäbe seien aus der Verfassung gewonnen.

57 Dazu etwa *Starck*, Rangordnung der Gesetze, 1995, 29 ff.; *Ruffert*, Der Vorrang der Verfassung, 2001, 7 ff. u. passim.

58 S. etwa *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, 1706, 1710 f.; *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991, Rn 469; *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, 11 f.

59 BVerfGE 36, 1, 14 hat sich einmal zum *judicial self-restraint* bekannt und sich den Verzicht auferlegt, Politik zu treiben. Diese eine Schwalbe hat indes keinen Sommer gemacht.

60 EGMR Nr. 53924/00.

61 Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich, Ungarn, Italien, Norwegen, Niederlande, Schweden und Tschechien.

62 BVerfGE 89, 203 ff.

Schutzpflicht gegenüber dem Fötus im Sinne einer bei sonstigem Verfassungsverstoß gebotenen Strafbarkeit hergeleitet werden kann⁶³, so ist es ethisch schlicht nicht mehr vermittelbar, dass diese Strafbarkeit allein durch eine simple Beratung wieder entfallen soll. Davon steht weiß Gott nichts in der Verfassung und es bleibt auch dann ungereimt, wenn man meint, den Fötus durch Beratung schützen zu können, eine Möglichkeit, die bei weitem überschätzt wurde.

Ein anderes Beispiel der Grenzüberschreitung ist die behauptete Verfassungswidrigkeit des § 253 BGB a. F., der (vom Schmerzensgeld abgesehen) eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden, insbesondere für Ehrverletzungen ausgeschlossen hatte. Das Gericht hat die contra-*legem*-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit der Begründung bestätigt, § 253 a. F. BGB sei „durch Art. 1 Abs. 1 GG (Würde des Menschen) als *ius superveniens* von höherem Rang außer Kraft gesetzt.“⁶⁴ Die Norm sei als vorkonstitutionelles verfassungswidriges Recht *eo ipso* unbeachtlich. Da fragt man sich erstens, wie man ein Schmerzensgeld wegen Ehrverletzung aus der Würde des Menschen herleiten kann und zweitens, wie es sein kann, dass die Würde der Person (nur) durch eine Geldzahlung wieder hergestellt werden kann. Ein unverbildetes Ehrgefühl, wie es die Väter des BGB noch besaßen, würde ein Geldangebot zur Tilgung einer Beleidigung nur als neue Beleidigung betrachten. Die Abwehr von Übergriffen der *yellow press* hätte man dem Gesetzgeber überlassen können. Seither sind die Grundsätze für die Abwägung von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit immer unklarer geworden. So haben einige Paparazzi-Fotos von Caroline von Hannover und ihren Kindern nicht nur den Bundesgerichtshof⁶⁵ und das Bundesverfassungsgericht,⁶⁶ sondern auch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁶⁷ beschäftigt. Am Ende kam heraus, dass die Bundesrepublik 115 000 Euro zahlen musste, weil die deutschen Gerichte Caroline zu wenig geschützt hätten. Hingegen hielt man in Strassburg den Schutz des Mörders Gaefgen für ausreichend, weil das LG Frankfurt den Polizisten Daschner verurteilt hatte.

63 So BVerfGE 39, 1 und 89, 203; dagegen etwa *Hoerster*, Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht? JuS 1989, 172; gegen ihn *Picker*, Menschenwürde und Menschenleben, FS Flume, 1999, 197 ff.

64 BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221 – Soraya; kritisch dazu *Honsell*, Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR 1974, 205; *Giesen*, NJW 1971, 801 f.; *Diederichsen*, AcP 198 (1998) 171, 193 ff.; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 120; *Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, § 7 V; *Medicus*, Bürg. Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 615.

65 BGHZ 131, 332.

66 BVerfGE 101, 361.

67 EGMR NJW 2004, 2647 ff.

Das Modell der Abwägung⁶⁸ einander widerstreitender Grundrechte oder Verfassungsprinzipien im Einzelfall höhlt die traditionelle Zivil- und Strafrechtsdogmatik aus und führt zu einer Verdoppelung der rechtlichen Beurteilung, die jeweils nach ganz unterschiedlichen Kriterien erfolgt und zu einer nicht unbeträchtlichen Rechtsunsicherheit führt,⁶⁹ sobald das Bundesverfassungsgericht auf den Plan tritt. An die Stelle klarer, subsumtionsfähiger Tatbestände treten dann widerstreitende Prinzipien, vielfach nur Zielvorstellungen, deren Spannungsverhältnis durch Abwägung neutralisiert werden soll.⁷⁰ Grundrechte, die gegeneinander abgewogen werden, z. B. Meinungsfreiheit gegen Persönlichkeitsschutz oder Eigentumsgarantie, Menschenwürde gegen Handlungsfreiheit (usw.), ohne dass hierfür konkrete, nachprüfbare Maßstäbe in der Verfassung zur Verfügung stünden. Ohne solche Maßstäbe indes hat das bloße Abwägen kollidierender Grundrechte keinen nachprüfbaren Begründungswert. Es ist ein „Wiegen ohne Waage“,⁷¹ Auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip⁷², das eine angemessene Zweck-Mittel-Relation postuliert, trägt keine konkreten Prüfungsmaßstäbe bei, auch dann nicht, wenn es als Übermaßverbot (Lerche⁷³) oder als Untermaßverbot (Canaris⁷⁴) daherkommt.

Die überzogene Tendenz der „Grundrechtskonkretisierung“ legt es nahe, die Lehre von der Ausstrahlung der Grundrechte, die nicht nur im Privatrecht zu „Strahlenschäden“⁷⁵ führt, ganz aufzugeben und die Grundrechte wieder als bloße Abwehrrechte zu verstehen⁷⁶, so wie das jahrhundertlang

68 Zur Abwägung s. etwa *Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht in: *Erbguth/Ebbecke* u. a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, Symp. Hoppe, 1996, 25, 33f.; *Leisner*, Der Abwägungsstaat – Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 1997; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; *ders.*, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 334, 349ff.; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, 814ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, 143ff.; *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundlagen, 1993; *H. Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, bes. 93ff.

69 *Medicus*, AcP 192 (1992) 58ff.

70 *Pawlowski*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Privatrecht, in: *Wolter/Riedel/Taupitz* (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, 39, 48.

71 So *Koppensteiner*, Marktbezogene Unlauterkeit und Missbrauch von Marktmacht, WRP 2007, 475, 479 – zur Interessenabwägung.

72 Dazu *Hanau* (Fn. 68), bes. 93ff. mit weit. Lit.

73 Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, passim.

74 AcP 184 (1984) 201, 228.

75 *Isensee*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis? in: *Fikentscher* u. a., Wertewandel – Rechtswandel, 1997, 93ff., 107.

76 So zutreffend *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990) 1, 21.; *Schlink*, *EuGRZ* 1984, 437; *Diederichsen*, in: *Starck* (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, 39, 50f.; anders leider die ganz h. L., etwa *Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsver-

richtig war. Dies wird noch wichtiger, wenn erst der Vertrag von Lissabon mit seinem Grundrechtskatalog in Kraft tritt. Dann kommen wir womöglich vom Regen in die Traufe, weil die Rechtsprechungskultur des EuGH politisch noch prekärer ist als die des Bundesverfassungsgerichts.

Die Ausstrahlung der Grundrechte, ihre angeblich von Verfassungen wegen gebotene Implementierung in das Privatrecht führt zu einer Erosion der Privatautonomie, zu einer Vermehrung zwingenden Rechts und vor allem zur Ersetzung einer hochdifferenzierten Dogmatik durch eine Methode der Abwägung widerstreitender Prinzipien, die ihre Begründungsarmut nur dürtig verbergen kann. Das Privatrecht hat eine 2000-jährige Tradition mit einer hohen Kompetenz für sachgerechte Entscheidungen und Gewährleistung der Privatautonomie. Die Einmischungen des Bundesverfassungsgerichts in die Rechtsprechung der Fachgerichte führen kaum je zu einer Vermehrung von Gerechtigkeit, verursachen aber einen beträchtlichen Qualitätsverlust der juristischen Argumentation, denn die Entscheidungen fallen, wenn das Gericht angerufen wird, auf einer Begründungsebene, die der Dogmatik des Privatrechts bei weitem unterlegen ist. Die öffentliche Wahrnehmung ist natürlich eine andere. Das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts ist unangefochten. Ironisch kann man dies mit Gerd Roellecke⁷⁷ so kommentieren: „Das Bundesverfassungsgericht ist der Tempel des höchsten Wesens, des Grundgesetzes und die Verfassungsrichter sind seine Hohen Priester. Das Ansehen des Gerichts beruht nicht auf der Qualität seiner Rechtsprechung, sondern auf der Notwendigkeit, die Fragwürdigkeit seiner Legitimation zu verdrängen. Die Achtung vor dem Bundesverfassungsgericht ist die dünne Decke über dem Abgrund der Verfassungsparadoxie. Sie ist existenzhaltender Selbstbetrug, gegen den nichts hilft, schon gar nicht Aufklärung.“

Österreich hat keine Verfassungsbeschwerde und eine restriktivere Normenkontrolle. Der Verfassungsgerichtshof übertreibt in der entgegengesetzten Richtung und hat sich für die sog. Versteinerungstheorie entschieden, die besagt, dass Grundrechte entstehungszeitlich ausgelegt werden, das ist in Österreich das Jahr 1867, in dem das Staatsgrundgesetz erlassen wurde. Die an sich gebotene Zurückhaltung geht auf Kelsen zurück, der zwar ein Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit, aber stets darauf bedacht war, die Grenzen der Jurisdiktion zu beachten und politische Entscheidungen zu vermeiden. Kelsen, der jeder Verfassungslyrik abhold war, lehnte auch die Aufnahme programmatischer Grundrechte in die Verfassung ab, weil er deren gefährliches Konkretisierungspotential kannte. So ist die noch heute gültige, von ihm entworfene österreichische Verfassung von 1920 ein nüch-

ständnis?, Recht 1988, 41 ff.; Heun (Fn. 58) 54. Das Argument, die Bürger seien auf die objektiv-rechtliche Entfaltung (d. h. auf die Ausstrahlung) angewiesen, bleibt eine unbewiesene, falsche Behauptung.

77 A. a. O. (Fn. 16) 33, 48.

ternes Werk ohne große Worte. Angeblich beanstandete Kelsen bei den Verfassungsarbeiten sogar den Art. 1 S. 1 (Österreich ist eine demokratische Republik) wegen seines programmatischen Charakters, worauf Renner geantwortet haben soll: „Herr Professor, Sie haben Recht, aber irgend etwas Schönes soll doch auch in der Verfassung stehen.“⁷⁸

Auch die Schweiz kennt keine allgemeine Verfassungsbeschwerde und keine Normenkontrolle von Bundesgesetzen. Man hat jedoch bei der letzten Verfassungsrevision die Lehre von der Ausstrahlung übernommen und in der Verfassung verankert. Nach Art. 35 Abs. 1 der Bundesverfassung müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Nach Abs. 3 haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Bislang hat man noch nicht erkannt, was für ein gefährliches Potenzial in dieser harmlos klingenden Norm steckt. Immerhin wird man aber davon ausgehen dürfen, dass das Schweizer Bundesgericht im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht den *judicial self restraint* und die *political-question-Doktrin* beachten wird.⁷⁹ Eine Kompetenzanmaßung ähnlich der des Bundesverfassungsgerichts wäre in der demokratischen Schweiz nicht denkbar.

Wir haben nun gesehen, dass die Einheit der Rechtsordnung nicht durch die Verfassung hergestellt wird und dass die gegenteilige These des Bundesverfassungsgerichts und der h. L. in der Literatur in Deutschland zu einer Verschlechterung des einfachen Rechts und zur Störung der Balance der Gewaltenteilung geführt hat.

Jetzt komme ich zu dem weit kürzeren Teil, der sich mit der Frage befasst, was Einheit der Rechtsordnung tatsächlich bedeutet. Das ist einfach und bescheiden zugleich: Einheit bedeutet Widerspruchsfreiheit und Ordnung bedeutet Gliederung. Zur Gliederung ist nicht viel zu sagen. Sie erfolgt systematisch nach den herkömmlichen Rechtsgebieten, eine Einteilung, die nicht zugunsten von modernen Querschnittmaterien aufgegeben werden sollte.⁸⁰ Denn sie hat sich nicht nur für das Studium bewährt, sondern auch für die Gesetzgebungskompetenz und die Gerichtszuständigkeit. Wichtiger für unser Thema ist die Widerspruchsfreiheit.

Ein Normwiderspruch liegt vor, wenn zwei Normen auf denselben Sachverhalt anwendbar sind und unvereinbare Rechtsfolgen enthalten. Seine Vermeidung ist ein einfaches logisches Gebot: A kann nicht zugleich gelten und nicht gelten. Schon in der Scholastik des Mittelalters hat man erkannt,

78 Erzählt von R. Walter in der Wiener Zeitung online <www.wienerzeitung.at/linkmap/personen/kelsen.htm>, gesehen am 21. 8. 2008.

79 Deutlich in diese Richtung BGE 129 III 34 E. 5.4; s. dazu *Bucher*, recht 2003, 101.

80 Ebenso *K. Schmidt* (Fn. 21) 12.

dass man aus widersprüchlichen Prämissen jede beliebige Schlussfolgerung ziehen kann: *ex falso quodlibet sequitur*.⁸¹

Das Bundesverfassungsgericht glaubt freilich, den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit aus der Verfassung ableiten zu müssen, genauer aus dem Rechtsstaatsprinzip.⁸² Danach soll bei Wertungswidersprüchen eine der beiden Normen nichtig sein. Der frühere Präsident des Bundesverwaltungsgerichts Horst Sendler⁸³ hat diese Argumentation eine „Reise nach Absurdistan“ genannt. Das Nichtwiderspruchsprinzip ist ein Axiom der Logik und als solches ein vorpositives Prinzip, das seine Geltung nicht erst aus der Verfassung oder aus der Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht erhält. Echte Normwidersprüche müssen aufgelöst werden, einerlei, ob sich dafür in der Verfassung etwas Passendes findet oder nicht.

Widersprüche und ihre Auflösung haben schon die Antike beschäftigt. Vom römischen Kaiser Caligula wird berichtet, dass er seine Schwester nach ihrem Tod in den Stand einer Gottheit erheben ließ und anordnete, dass, wer weine, zu bestrafen sei, weil er an ihrer Göttlichkeit zweifle; dass, wer nicht weine, ebenfalls bestraft werden solle, weil er die gebührende Anteilnahme am Schicksal der kaiserlichen Familie vermissen lasse. Auch für den widersprüchlichen Fall, den *casus perplexus*⁸⁴ hat man sich interessiert.

Wenn von den zwei Konsuln, den obersten Exekutivbeamten der Römischen Republik, der eine etwas gebot, der andere eben dies verbot, so war das Verbot stärker.⁸⁵

Ein ähnliches Dilemma, das Generationen von Juristen beschäftigt hat,⁸⁶ ergab sich beim Befehlsnotstand: Kann die Befolgung eines rechtswidrigen Schießbefehls gleichzeitig geboten und verboten sein? Befolgt der Untergebene den Befehl, handelt er rechtswidrig, befolgt er ihn nicht, handelt er ebenfalls rechtswidrig. Heute enthalten Soldaten- und Polizeigesetze Bestimmungen, wonach Befehle, die eine Straftat oder Menschenrechtsverletzung zum Gegenstand haben, unverbindlich sind.

In der modernen Gesetzgebung sind echte Normwidersprüche selten. Häufiger sind Wertungswidersprüche. Sie führen nicht automatisch zur Nichtigkeit einer der beiden Normen. Sie entstehen, wenn der Gesetzgeber verschiedene Zwecke oder Ziele verfolgt und diese nicht aufeinander

81 Vgl. dazu *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl. 1998, 34 f.

82 BVerfGE 98, 83, 97; BVerfGE 98, 106, 118 f.

83 Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung? – Eine Reise nach Absurdistan, NJW 1998, 2875; kritisch auch *Fischer*, JuS 1998, 1096, *Konrad*, DÖV 1999, 12, 15 ff.; zustimmend hingegen *Sodan*, JZ 1999, 864; *Bothe* NJW 1998, 2333. Gegen die Ableitung der Einheit der Rechtsordnung aus der Verfassung auch *Felix* (Fn. 1), 168 ff., 187 f. u. 401.

84 S. dazu die gleichnamige Monographie von *Backhaus*, 1981.

85 Dig. 10,3,28: *in re pari potiorum causam esse prohibentis*.

86 Vgl. *Engisch* (Fn. 1) 53 f. *K. Schmidt* (Fn. 21) 27.

abstimmt, was insbesondere vorkommt, wenn es sich um verschiedene Gesetze handelt. Ein Beispiel aus der Schweiz ist Art. 186 OR. Danach kann die kantonale Gesetzgebung „die Klagbarkeit von Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke, einschließlich der Forderung für Wirtszeche, beschränken oder ausschließen“. Die Zechschuld kann also vom kantonalen Recht zur Naturalobligation gemacht werden. Die Kantone haben von dieser eher skurrilen Möglichkeit eifrig Gebrauch gemacht. Davon, dass sich jemals ein Zecher auf diese kuriose Möglichkeit berufen hätte, weiß man allerdings nichts. Die Regelung führt zu einem Wertungswiderspruch, denn Zechprellerei ist nach Art. 149 StGB strafbar. Das Verhalten des Gastes ist zivilrechtlich erlaubt, aber strafbar. Das ist ungereimt. Nur umgekehrt wäre es möglich, dass ein Verhalten verboten, aber nicht strafbar ist.

Aber auch in ein und demselben Gesetz kann es zu Wertungswidersprüchen kommen. So haftet der Geschäftsführer nach § 43 des dt. GmbHG auf Schadensersatz, wenn er in der Krise des Unternehmens eine Sanierungschance nicht wahrnimmt. Andererseits macht er sich sogar strafbar, wenn er in der Insolvenz nicht unverzüglich Konkurs beantragt, §§ 64, 84 GmbHG.⁸⁷ Die konträren Zielsetzungen des Gesetzes führen zu perplexen Handlungsanweisungen. Was immer der Geschäftsführer tut, es ist falsch.

Ein anderes Beispiel ist das sog. Wirklichkeitsprinzip des § 40 AbgabenO im Spannungsfeld zwischen Steuer- und Strafrecht⁸⁸: Danach soll auch ein Verhalten besteuert werden, dem die zivilrechtliche Wirksamkeit versagt ist, weil es gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Ein Beispiel ist die Besteuerung der Prostitution nach dem Motto *pecunia non olet*.⁸⁹ Konsequenterweise müsste man allerdings auch den Verdienstausschlag der Prostituierten ersetzen, was zwar in der Schweiz, nicht aber in Deutschland geschieht.⁹⁰ Schwieriger ist die Besteuerung des Gewinns aus strafbaren Handlungen wie z. B. einer Unterschlagung. Wird da nicht, könnte man fragen, der Staat zum Hehler? Der Staat sollte dafür sorgen, dass rechtswidrig entzogene Werte restituiert werden, anstatt sie als Gewinn zu besteuern. Doch überwiegt für die h. L. das Argument, dass die Steuerfreiheit des Straftäters eine ungerechtfertigte Besserstellung wäre. Nicht konsequent ist es wiederum, wenn Geldstrafen, die im Zusammen-

87 Beispiel von K. Schmidt (Fn. 21) 26, der den Widerspruch allerdings nicht überzeugend auflöst.

88 Felix (Fn. 1) 122 ff.

89 Der Spruch geht auf Vespasian bei der Einführung eines Obolus in öffentlichen Bedürfnisanstalten zurück, vgl. Sueton, *De vita Caesarum* 23,3.

90 Dafür BGE 111 II 295 ff. Die deutsche Judikatur ist restriktiver: BGHZ 67, 119 (= JZ 1977, 173 mit krit. Anm. v. Stürmer) verneint den Ersatz des Erwerbsschadens grundsätzlich und billigt der Prostituierten nur ein existenzdeckendes Einkommen zu. Das ist zweifelhaft; zum anstößigen Erwerb im deutschen Recht s. noch *Ganter*, NJW 1996, 1310.

hang mit verbotenen Geschäften verhängt werden, nicht abzugsfähig sind. Es ist nicht ohne eine gewisse Ironie, wenn der Bundesfinanzhof hier die Einheit der Rechtsordnung bemüht,⁹¹ die bei der Frage der Besteuerung gerade ausgeblendet worden ist. Der Große Senat des BFH⁹² hat diese Rsp. kassiert, was prompt den Gesetzgeber auf den Plan rief, der die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung rechtspolitisch für nicht hinnehmbar hielt⁹³ und die Absetzbarkeit wieder abgeschafft hat.⁹⁴

Eine ganz andere Sache ist es, wenn sich der Staat selbst als Hehler i. S. d. § 259 StGB betätigt, wie beim Ankauf veruntreuter Liechtensteiner Bankdaten durch den Bundesnachrichtendienst. Mit dem Argument, man habe keine Sache an sich gebracht, denn die DVD gebe man ja zurück, sollten die Verantwortlichen jedenfalls nicht durchkommen. Deutschland führt sich bisweilen imperialistisch auf wie die USA und schert sich nicht um fremde Gesetze. Unlängst hat man deutsche Steuerfahnder dabei beobachtet, wie sie Personen am Paradeplatz in Zürich beim Verlassen von Bankhäusern fotografierten. Die wurden dann an der Grenze angehalten und durchsucht.

Die juristische Logik besteht in der Hauptsache in der Vermeidung von Widersprüchen und der Beobachtung innerer Folgerichtigkeit. Denn die Rechtsnormen sind nicht isoliert, sondern idealiter als Teil der Gesamtrechtsordnung zu betrachten, als ein tendenziell konsistentes und durchdachtes Gefüge von Normen, ohne Widersprüche und Überschneidungen. Wertungswidersprüche werden im Rahmen der systematischen Auslegung ausgeräumt. Die systematische Auslegung beschränkt sich nicht auf die Anwendung eines Paragraphen oder Gesetzes, sondern bezieht alle zusammenhängenden Normenkomplexe ein, sodass es nicht zu Inkonsistenzen kommt. Der uns schon bekannte römische Jurist Celsus⁹⁵ hat es als zivilrechtswidrig bezeichnet, zu urteilen oder Rechtsauskünfte zu geben, wenn man nicht das ganze Gesetz gelesen hat: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. In Österreich ist man bescheidener, dort gibt es das Sprichwort „Der Rechtsfreund liest immer auch den nächsten Absatz.“

Wo ausnahmsweise Normwidersprüche bestehen, werden sie aufgelöst mit Hilfe dreier Grundsätze: *Lex posterior derogat legi priori* (das spätere Gesetz geht dem früheren vor). *Lex specialis derogat legi generali* (das speziellere Gesetz geht dem allgemeineren vor). *Lex superior derogat legi inferiori* (die höherrangige Norm geht der niedrigeren vor). Diese Kollisions-

91 BFHE 61, 361, 365.

92 BFHE 135, 531.

93 BR-Drs. 87/1984.

94 S. § 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG.

95 Dig. 1,3,24.

regeln werden oft als logische Sätze gar nicht weiter hinterfragt.⁹⁶ Indessen ist es keine Frage der Logik, ob eine Norm als höherrangig deklariert wird. Das sieht man am Vorrang der Verfassung oder des Europarechts. Man sieht es auch am Vorrang des Bundes- vor dem Landesrecht. Nach Art. 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht. Früher war es umgekehrt. Auch die *lex posterior* ist nicht zwingend, sondern lebt von der Vorstellung, dass der identische Gesetzgeber seine frühere Anordnung durch eine widersprechende jüngere stillschweigend aufhebt. Nur *prima vista* einfach erscheint schließlich auch der Satz von der *lex specialis*. Er ist die Grundlage der Konkurrenzlehre. Im Zivilrecht spricht man von Gesetzeskonkurrenz, wenn die spezielle Norm eine allgemeine ausschließt oder konsumiert. Das wichtigste Beispiel ist das umstrittene Verhältnis der Irrtumsanfechtung zur Sachmängelhaftung, das bekanntlich in Deutschland und Frankreich anders gelöst wird als in Österreich oder der Schweiz.

Ich komme zum Schluss. Die Einheit als ein harmonisches Ganzes hat sich weder für die Rechtswissenschaft noch für das Recht bestätigt. Übrig geblieben ist nur das Nichtwiderspruchsprinzip, gewissermaßen das Minimum des Postulats der Folgerichtigkeit. Das ist nicht wenig, denn es vermeidet das Chaos, das leicht aus widersprüchlichen Prämissen entsteht.

Auch in der Juristenausbildung ist die Einheit ein berechtigtes Postulat, vermeidet sie doch eine zu frühe und zu enge Spezialisierung. Dass das Recht in seinen Teildisziplinen nicht einer *déformation professionnelle* der Spezialisten anheimfällt, muss durch ein breit angelegtes Studium und die Pflege der *unité de doctrine* an den Universitäten gewährleistet werden.

96 Dazu *Grosskreutz*, Normwidersprüche im Verfassungsrecht, 1966, 28 ff.