

Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie – eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?¹

Von Thomas Vesting, Augsburg

I. Wissenschaftspragmatismus und wissenschaftliche Milieus im bundesdeutschen Verfassungs- und Grundrechtsdenken

Das Verfassungs- und Grundrechtsdenken der Bundesrepublik wird heute durch ein pragmatisches Wissenschaftsverständnis beherrscht, das sich ganz an den Konjunkturen des Tagesgeschäfts und vor allem: am Bundesverfassungsgericht orientiert, dessen laufende Rechtsprechung hier zu einem „richterrechtlichen Rechtsprechungspositivismus“ aufbereitet wird.² Dieser Wissenschaftspragmatismus dementiert jeden Bedarf von Theorie und ersetzt diese durch „praktische Relevanz“ – obwohl es doch eigentlich auffallen müsste, dass sich „Praxis“ als Arbeitsprogramm für Wissenschaft nicht so ohne weiteres eignet.³ Die Folgen dieser Praxisorientierung sind eine zweifelhafte Abgeschlossenheit gegenüber dem Stand der wissenschaftlichen Diskussion (sowohl in der eigenen als auch in benachbarten Disziplinen) sowie ein theoretisch ungefilterter Zugriff auf die „Wirklichkeit“, der auch im Hinblick auf den Aufbau eigenständiger dogmatischer Ordnungsmuster problematisch ist. Mehr und mehr erschöpfen sich die Beobachtungsleistungen des herrschenden Pragmatismus in der Darstellung von situativen Interessenabwägungen. Damit bleibt der Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts aber gerade unterhalb der Ebene einer reflektierenden Relationierung von Rechtsanwendungsrelationen, d.h. einer *autonomen* rechtswissenschaftlichen Arbeit an

¹ Zugleich eine Besprechung von *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Mohr-Siebeck, Tübingen 1999, 428 Seiten.

² *W. Schmidt*, Grundrechte, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, 1994, S. 188 ff., 209.

Begriffen, in der Ordnungsleistungen mit Blick auf eine fallübergreifende Stabilisierung von Erwartungen erbracht werden.

Wenn der Abwägungspragmatismus hier kritisch beurteilt wird, so soll diese Kritik doch kein Plädoyer dafür sein, die Geschichte des öffentlichen Rechts als Verfallsgeschichte zu zeichnen. Zwar gibt es auf der einen Seite zweifellos einen Trend der Entwissenschaftlichung des Verfassungs- und Grundrechtsdenkens, aber auf der anderen Seite muß man auch sehen, dass das öffentliche Recht schon immer sehr unterschiedliche Textsorten produziert hat. Auch in der Bundesrepublik gab es neben dem herrschenden Pragmatismus immer eine Anzahl intellektueller Milieus, aus denen zum Teil sogar recht einflußreiche Autoren hervorgegangen sind. In den achtziger und neunziger Jahren ist der herrschende Abwägungspragmatismus darüber hinaus auch von „außen“ herausgefordert worden ist, beispielsweise durch unterschiedliche Anschlüsse an Ronald Dworkins Prinzipientheorie⁴, an die Habermassche Theorie des kommunikativen Handelns⁵ oder an die Systemtheorie.⁶ Und schließlich ist inzwischen auch bei jüngeren Autoren eine (hoffentlich weiter wachsende) Zahl von Publikationen zu verzeichnen, die mittels einer theoretischen Absicherung der eigenen Argumentation die Beschränkungen des herrschenden Abwägungspragmatismus hinter sich lassen.⁷ Das gilt im üb-

³ Vgl. dazu die Bemerkungen von *Luhmann*, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 473 f.

⁴ Z.B. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. 1996.

⁵ Z.B. *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3. Aufl. 1996; *Frankenberg*, *Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, 1997.

⁶ Z.B. *Ladewig*, *Postmoderne Rechtstheorie, Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, 2. Aufl. 1995.

⁷ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Neves*, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, 2000; *Möllers*, *Staat als Argument*, 2000; *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999; *Haltern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, 1998; *Lepsius*, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994.

rigen nicht nur für das Verfassungsrecht, sondern auch für das Verwaltungsrecht⁸ und das Zivilrecht.⁹

II. Rechtsgewinnungstheorie als Metatheorie

In diese zuletzt genannte Strömung gehört auch die Habilitationsschrift von Matthias Jestaedt. Jestaedts *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* setzt sich kritisch mit der Entwicklung der Grundrechte und der Grundrechtstheorie auseinander und wendet sich insbesondere gegen einen Abbau klarer Grenzen und Unterscheidungen. Im Mittelpunkt seiner Untersuchung steht die schon vielfach beschriebene Entwicklung des Bedeutungsaufstiegs der Grundrechte und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie der damit verbundenen „Methode“ der Abwägung.¹⁰ Diese Entwicklung läuft für den Verfasser auf eine „Stärkung der Grundrechtsextensivität“ durch „unbegrenzte Auslegung“ (44 ff.) bei gleichzeitiger „Schwächung der Grundrechtsintensivität“ durch „unbegrenzte Abwägung“ (49 ff.) hinaus. Damit korrespondiert eine „Bedeutungseinbuße des Gesetzes“ (37), ja ein Zuwachs an „grundrechtsfundierte[n] Vorbehalten gegen das Gesetz“ (65), d.h. durch die „Expansion der Grundrechte“ (41) werden der Parlamentsvorbehalt und das Demokratieprinzip zugunsten einer Ausweitung der richterrechtlichen Rechtsfortbildung durch das Bundesverfassungsgericht ausgehebelt. Auch Jestaedt setzt sich also entschieden vom herrschenden Selbstverständnis ab. Gegen den „nach wie vor fast ungebrochenen grundrechtsdogmatischen Trend zum einzelfallorientierten Abwägungsdemokratismus“ (241) und einen daran anknüpfenden „okkasionalistisch-eklektizistischen Methodenpragmatismus“ will er den „Eigenwert der Rechtswissenschaft“ (265) stark machen. Die

⁸ Auch hier nur exemplarisch *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, 1997; *Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, *VerwArch* 90 (1999), S. 187 ff.

⁹ Vgl. nur u.a. *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000.

¹⁰ Vgl. nur *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), S. 1 ff.

Rechtswissenschaft müsse heute bewusst „kontrapraktisch“ operieren und bislang unerprobte Wege gehen (265), um zu einem „modernen Grundrechtsschutz und einer zeitgemäßen Antwort des Rechts auf die Herausforderungen der Gegenwart“ zu gelangen (67). Dies führt zu einem rechtsmethodischen wie rechtstheoretischen Theorieunternehmen, das insbesondere auf Einsichten des Wiener Rechtspositivismus (Merkel, Kelsen) zurückgreift und diese mit Ideen der (juristischen) Hermeneutik, insbesondere in der Lesart von Gadamer, kombiniert. Der Name seines Theorieunternehmens lautet: „Rechtsgewinnungstheorie“ als gegenstandsadäquate „rechtstranszendente Metatheorie“ (270). Darunter versteht der Verfasser eine Rechtstheorie und Methodik, die den – nach seiner Ansicht – *vorgegebenen* Gegenstand ihrer Beschreibungen, die Grundrechte (und ihr Verhältnis zum Gesetz), adäquat zu erfassen und daher rechtsverbindlich auszulegen vermag.

Hintergrund der Überlegungen zu einer gegenstandsadäquaten Rechtsgewinnungstheorie sind eine Reihe von problematischen Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die von einem diffusen Verständnis materialer Einzelfallgerechtigkeit geleitet werden und in jüngster Zeit einer wachsenden Kritik ausgesetzt sind.¹¹ Der berechtigte Kern dieser Kritik kann mit Niklas Luhmann darin gesehen werden, dass das Bundesverfassungsgericht rechtsdogmatische Bestände abbaut und diese „durch das flexible bis nichtssagende Paradigma der Interessen- oder Werteabwägung“ ersetzt.¹² Damit verfehlt der herrschende Abwägungspragmatismus aber die eigentliche Funktion der Rechtsbildung, nämlich „auf lange Sicht ein selbststabilisierungsfähiges Verknüpfungsmuster für Rechtsbeziehungen zwischen Individuen“ aufzubauen.¹³ Jestaedt weist z.B. zu Recht auf die bedenklichen Konsequenzen

¹¹ Vgl. zuletzt *Ladeur*, Das Bundesverfassungsgericht als „Bürgergericht“? Rechtstheoretische Überlegungen zur Einzelfallorientierung der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, *Rechtstheorie* 31 (2000), S. 67 ff.; *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists. Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation, in: *AöR* 122 (1997), S. 1 ff.

¹² *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 539.

¹³ *Ladeur*, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse

der Einebnung der Differenz von Verfassungsrecht und Privatrecht durch mehr oder weniger freischwebende Interessenabwägungen in einer Reihe von neueren Urteilen des Bundesverfassungsgerichts hin. Das gilt etwa für den Mieter-Eigentum-Beschluss, in dem die Rechtsstellung des Mieters nicht nur zum „Eigentümer“ aufgewertet, sondern vor allem situationsbezogen individualisiert wird¹⁴; oder für die Bürgschaftsentscheidung, in der die Privatautonomie auf bedenkliche Weise für die Herstellung faktischer Gleichheit funktionalisiert und erneut unter einen kontextabhängigen „Überlegenheits-Vorbehalt“ (57) gestellt wird.¹⁵ Man könnte darüber hinaus auf die von Jestaedt nur beiläufig behandelte Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit hinweisen, die ebenfalls als insgesamt misslungene Konkretisierung des Verfassungsrechts durch ein einzelfallgesteuertes Abwägungdenken angesehen werden muss.¹⁶ Ob das Bundesverfassungsgericht in all diesen Fällen mit „Brachialformeln“ (57) operiert, ist sicherlich zweifelhaft. Zweifelhaft ist auch, ob man jede Form der Modellierung des Zivilrechts durch Verfassungsrecht zurückweisen sollte, wie es Jestaedts Denken in strikten Trennungen und Subordinationsverhältnissen nahelegt. Aber Jestaedt liegt zweifellos richtig, wenn er in diesen Beispielen eine kritikwürdige Nivellierung von verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Rechtspositionen erkennt, durch die die Eigenkomplexität und Selbstorganisationsfähigkeit der Institutionen des bürgerlichen Rechts – „das ebenso austarierte wie labile bürgerlich-rechtliche Regelgeflecht“ (57) – und seiner Beobachtungsinstanzen (Zivilgerichte) gestört wird. Dieser Abbau selbststabilisierungsfähiger Ordnungsmuster durch eine am Ein-

des Rechts, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 64 (2000), S. 60 ff., 77.

¹⁴ BVerfGE 89, 1 (6 ff.).

¹⁵ BVerfGE 89, 214; 81, 242 (254 f.); kritisch dazu *Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, *KritV* 2000, S. 388 ff.; vgl. auch *Diedrichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, *AcP* 1998, S. 171 ff.

¹⁶ Vgl. *Ladeur*, Schutz von Prominenz als Eigentum. Zur Kritik der Caroline-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *ZUM* 2000, S. 879 ff.; vgl. auch *Vesting*, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, in: *AöR* (122) 1997, S. 337 ff.

zelfall orientierte „Materialisierung“ des Rechts ist auch deshalb bedenklich, weil das Bundesverfassungsgericht, das selbst keine Revisionsinstanz ist, die Folgen seiner Interventionen in das Privatrecht – im Gegensatz z.B. zum Bundesgerichtshof – gar nicht kontrollieren kann.

Die Entwicklung zum Abwägungspragmatismus ist nach Ansicht des Verfassers nicht auf einen „Grundrechtswandel“, sondern einen „Grundrechtsinterpretationswandel“ (266) zurückzuführen – auf eine veränderte Auslegung von Grundrechten einschließlich der Rückwirkungen, die dieser Interpretationswandel auf das Verhältnis von Grundrechten und Gesetzgebung hat. Mit der Unterscheidung von Grundrechtsinterpretation und Grundrechten als Gegenstand der *Rechtserkenntnis*, der Unterscheidung von „Wahrnehmung des Gegenstands“ und „Gegenstand der Wahrnehmung“ (69), rekurriert Jestaedt auf die sogenannte Korrespondenztheorie der Wahrheit.¹⁷ Nach Ansicht der „analytischen“ Richtung der Philosophie gibt es eine beobachter- und sprachunabhängige Wirklichkeit, die richtig oder falsch beschrieben werden kann. Wahrheit bedeutet hier „die Übereinstimmung einer Aussage mit den von ihr beschriebenen Tatsachen“ (275). Jestaedt macht sich diese Position für die Rechtstheorie zu eigen, indem er den Geltungssinn von Rechtsnormen als „Tatsachen“ behandelt. Danach ist die „Geltung“ von Normen, ihr „Sollen-Sein“ (329), für den Interpreten eine vorgegebene Tatsache. Natürlich nicht in einem substanziellen, aber auch nicht in einem sprachlich-empirischen Sinn. Die Substanz einer Norm liegt ausschließlich in ihrem *geistigen Geltungssinn*; jede Rechtsnorm ist eine ideelle Größe, „weder greifbar noch sonst sinnlich wahrnehmbar“ (135). Der Geltungssinn manifestiert sich aber weder in der Sprache noch in der Schrift, „dem in Schriftform materialisierten Normtext“ (329). Der *Normtext* ist nur das „Medium“, das den Sinn einer Norm, ihre „ideelle Wirklichkeit“ (329), transportiert. Der tatsächliche Geltungssinn von Rechtsnormen liegt also gewissermaßen hinter der Schrift und ihr Urheber ist im subjektiven Willen der rechtsetzenden Instanzen zu suchen und zu finden. Im Anschluß an Kelsen heißt es:

¹⁷ Vgl. dazu nur *Searle*, Geist, Sprache und Gesellschaft. Philosophie der wirklichen Welt, 2001, S. 9 ff., 19 f., der allerdings, anders als Jestaedt, deutlich zwischen Natur und Gesellschaft unterscheidet.

„Somit kann ... eine Rechtsnorm als die objektive Geltung eines subjektiven, auf das Verhalten von Menschen intentional gerichteten Willensaktes begriffen werden. Inhalt der Norm und damit Ziel der Rechtserkenntnis ist infolgedessen der Sinn dieses menschlichen Willensaktes. Die Norm als solche hat keinen Willen, sie ‚will‘ nichts: ‚nur der Mensch kann etwas wollen‘“ (331).

Diese Normentheorie, die Jestaedt als „subjektiv-historischen Interpretationsansatz“ (352) einführt, basiert auf zwei miteinander verbundenen (und mitlaufenden) Hintergrundannahmen. Die erste Hintergrundannahme besteht in einer Einheitssicht auf Recht und Politik. Jestaedt bestimmt die Einheit der Rechtsordnung von territorialen Staatsgrenzen her. Das entspricht der Sicht von Hobbes, die vor allem auf dem Kontinent rezipiert worden ist. In Deutschland bildet diese Sichtweise die Grundlage sowohl für das Schema des Rechtsstaats in der Mitte des 19. Jahrhundert als auch für den Aufbau der allgemeinen Staatslehre der Jahrhundertwende z.B. bei Jellinek¹⁸; und noch heute ist diese Sicht in Begriffen wie „Staats-Recht“ oder „Staats-Rechtslehrer“ lebendig. Die „operative Geschlossenheit des Rechtssystems mit seinen Selbsterzeugungsmechanismen“ (218) ist danach deckungsgleich mit dem „gegenständlichen Geltungsraum der Verfassung“ (11), der „durch das Grundgesetz konstituierten Rechtsordnung“ des „Verfassungsstaates der Bundesrepublik Deutschland“ (281).

Die zweite Hintergrundannahme besteht in der Vorstellung einer „vollhierarchisierten Rechtsordnung“ (93). Das dicht geknüpfte Netzwerk „normativer Interaktionen“, das der Rechtserzeugungszusammenhang des Rechtsraumes „Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland“ (281) produziert und reproduziert, ist nach einem „Bauplan“ hierarchisch geordnet. Die Rechtsordnung ist also in einem Schichtenmodell von oben nach unten aufgebaut. An der Spitze dieses Bauplans steht die Verfassung (300), die zugleich „zur einzig originären Rechtserzeugungsquelle, zur norma normans, avanciert“ (9). Der Zugang zum rechtlichen Aussagegehalt von Rechtsnormen ist daher im subjektiven Willen der rechtsetzenden Instanzen zu suchen, also im Fall der Grundrechte beim Verfassungsgesetzgeber. So heißt es z.B. in der Auseinandersetzung mit Alexys Prinzipientheorie, dass von einem Prinzip mit verbindlicher Op-

¹⁸ Vgl. dazu und zu den Grenzen dieser Tradition *Breuer*, Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien, 1998, S. 291 ff.

timierungstendenz nur dann die Rede sein könne, „wenn und soweit der Verfassungs(gesetz)-geber ihm diese Normstruktur attribuiert, wenn und soweit er den Festsetzungen der Norm abschließenden, definitiven Charakter verliehen hat“ (216). Jestaedt wendet sich infolgedessen auch und vor allem gegen die objektiv-teleologische Auslegung von Grundrechten, gegen die er die „Annäherung an den tatsächlichen Normsetzerwillen“ (343) in Anschlag bringt. Zur Verdeutlichung seiner Auffassung sei an dieser Stelle ein etwas längerer Abschnitt zitiert:

„Sogenannte ‚objektive‘ Auslegung findet ihren letzten Grund wohl darin, *nicht* anerkennen zu wollen oder auch zu können, daß in einer vollpositivierten, d.h. ausschließlich nach selbstgesetzten Operationen sich verändernden Rechtsordnung die von ihr inthronisierten Rechtsetzer im Rahmen der ihnen delegierten Rechtserzeugungsmacht (sic !) das letzte, das verbindliche Wort sprechen – und falle dies noch so armselig und unzulänglich, noch so interessegeleitet und augenblicksverhaftet aus. Die interpretierende Rechtswissenschaft hat ihres entsagungskräftigen Amtes zu walten und, unbekümmert um die Werthaftigkeit oder auch Wertlosigkeit der konkreten Inhalte und daher notfalls bis an die Grenzen der Selbstverleugnung, getreulich dem authentischen Normsetzungswillen ihre Stimme zu leihen“ (346).

III. Zur Arbitrarität des Zeichens und den Bedingungen der Stabilisierung von Sinn

Damit ist die Grundidee der gegenstandsadäquaten Rechtsgewinnungstheorie umrissen. In ihrem Zentrum steht ein als subjektiv-historisch bezeichneter Interpretationsansatz, der den objektiv-rechtlichen Geltungssinn auf den subjektiven Willen des Verfassungs(gesetz)gebers zurückführt und aus ihm herleitet. Dieses Theoriearrangement ist aber schon von seiner Grundidee her nicht recht einleuchtend. Es ist ja gerade die Erschütterung des hierarchisch-deduktiven Gesetzesverständnisses und der daran anknüpfenden Interpretationslehren, die den *Ausgangspunkt* der gesamten neueren Methodendiskussion bildet.¹⁹ Dass Jestaedt über die Erschütterung der Möglichkeit der „Erkenntnis“ des wahren Willens des Verfassungs(gesetz)gebers einfach hinweg zu gehen können glaubt, hängt vor allem damit zusammen, dass er die linguistische Wende seit de Saussure und Wittgenstein nicht verarbeitet. Obwohl er an einer Stelle seines Buches zu recht darauf hinweist, dass die Verfassung nur als *Text* existiere –

¹⁹ *Ladeur* (FN 13), S. 78.

„weder greifbar noch sonst sinnlich wahrnehmbar“ (135) –, wird vor allem die Eigenständigkeit der Schrift gegenüber dem Sinn eines subjektiven „Willensaktes“ nicht hinreichend erfaßt.

Das hat weitreichende Konsequenzen. Unter dem Einfluss der strukturalistischen Semiotik ist es heute üblich geworden, den Sinn eines Zeichens durch seine Stellung in einem System von Bezeichnungen zu bestimmen, also durch die Relationen eines Zeichens zu anderen Zeichen – und nicht durch das Verhältnis von Zeichen und Realität.²⁰ Zeichen verweisen immer auf andere Zeichen, ohne dass eine „endgültige“ Bedeutung des Zeichens, die als solche nicht interpretierbar bliebe, ausgemacht werden kann²¹; ein Durchgriff auf einen stabilen wahren Willen hinter den beständigen „Übergang“ von Zeichen zu Zeichen ist demnach nicht möglich. Deshalb geht die ganz herrschende Ansicht heute von einer Autonomie der Zeichen und seiner horizontalen Verknüpfungsmuster gegenüber dem Bezeichneten aus. Die „Wirklichkeit“ oder „natürliche Bedeutung“ der Zeichen wird damit auch und gerade im Hinblick auf die Zeitdimension, die „Zeit der Zeichen“²², provisorisch. Dieses nachbarschaftlich-horizontal angelegte dynamische Ordnungsmuster bildet nicht nur den Ausgangspunkt der post-modernen Philosophie z.B. bei Jacques Derrida, sondern auch den der Luhmannschen Systemtheorie. Auch bei Luhmann wird zunächst die Eigenständigkeit der Kommunikation gegenüber allen materiellen Voraussetzungen von Sprache und Schrift (z.B. gemäßigte klimatische Bedingungen) akzentuiert. Daran wird – über die Einführung der Unterscheidung von System und Umwelt – ein post-ontologisches Konzept sich selbst reproduzierender *Kommunikationsnetzwerke* angeschlossen. Auch in den autopoietischen Systemen Luhmanns ergibt sich also die „Identität“ einer Operation (z.B. Anwendung des Gesetzes auf den Fall) nicht mehr aus der Struktur (Gesetz), die während einer Operation benutzt wird. Die „Identität“ einer Operation liegt nicht einmal mehr in der einzelnen Situation, d.h. in dem, was die Operation *ist*; auch das wäre noch ontologisches Denken. In der Systemtheorie erfolgt die Operation immer innerhalb eines

²⁰ Vgl. etwa Groys, *Unter Verdacht. Eine Phänomenologie der Medien*, 2000, S. 205.

²¹ Vgl. nur Simon, *Philosophie des Zeichens*, 1989; Rorty, „Sein, das verstanden werden kann, ist Sprache“, *Hommage an Hans-Georg Gadamer*. 2001, S. 30 ff.

²² Groys (FN 20), S. 203 ff.

dynamischen Netzwerks von Relationen; die Operation vollzieht sich in „zeitlichen Rückgriffen und Vorgriffen“, sie besteht „aus (selektiven) Erinnerungen und (selektiven) Antizipationen“.²³ Operationen sind also in einen sequentiell aufgebauten Verweisungszusammenhang eingebettet, der in sich selbst zurückführt (Zirkularität). Operation ist daher einerseits immer mehr, als im Moment realisiert werden kann, sie „bezahlt aber dieses „Mehr“ mit dem Zwang zur Selektion dessen, was rekursiv in Betracht gezogen wird, und dies in einer Weise, die sich von Moment zu Moment verschiebt (Derridas ‚différance‘)“.²⁴ Das Problem, das zu lösen ist, liegt also darin, wie unter der Bedingungen, dass „kein Gebrauch eines Zeichens in zwei Situationen derselbe“ ist²⁵, Wiederholung eingerichtet werden kann. Für das Rechtssystem besteht das zu lösende Problem also darin, wie normative Erwartungen unter *diesen* Bedingungen im Fluß der Zeit stabilisiert werden können.

Obwohl Jestaedt relativ häufig auf systemtheoretische Begriffe rekurriert, wird dieser Eintritt der Kommunikation die Zeit, die Verweltlichung von Schrift, Sprache und Zeichen, in der Rechtsgewinnungstheorie nicht verarbeitet. Nur deshalb kann Gegenstandsadäquanz auf den stabilen Willen eines Subjekts reduziert bzw. die Bedeutung von Grundrechtsnormen dem subjektiven Willen des Gesetzgebers untergeordnet werden. Der Sinn der Norm entspringt dem subjektiven Willen, für den ihr „Sollen-Sein“ (329) steht. Die (sprach-)theoretischen Grundlagen dieser Auffassung sind aber, wie angedeutet, alles andere als geklärt. Sie sind mit der Funktionsweise der Kommunikationsnetzwerke einer (post-)modernen Gesellschaft und ihrer heterarchisch-relationalen Verknüpfungsmuster wohl auch nicht vereinbar. Letzteres kann man Jestaedt vermutlich nicht einmal vorhalten, da seine sprachtheoretischen Vorstellungen in vielfacher Hinsicht dem metaphysisch-religiösen Weltbild der Gesellschaft der Tradition verpflichtet sind. Seine Theorie des „authentischen Normsetzungswillens“ hinter der Schrift entspricht jedenfalls im Kern der Vorstellung der platonisch-aristotelischen Metaphy-

²³ Luhmann, Politik der Gesellschaft, 2000, S. 67 (Hervorhebung von mir), hier im Zusammenhang mit dem Medium Macht.

²⁴ Luhmann (FN 22), S. 67.

²⁵ Figal, Phänomenologie der Kultur, Hommage an Hans-Georg Gadamer, 2001, S. 100 ff., 102.

sik, in der „das Zeichen von Anfang an dem Gedanken des Seins, *für* das es stehe, untergeordnet“ wurde.²⁶

Diese Subordinationslehre wirkt gerade im Fall der Grundrechte wenig überzeugend. Grundrechte sind erst *nach* der Erfindung des Buchdrucks aufgekommen. Für die Menschenrechtserklärungen der amerikanischen und französischen Revolution war ihr *Schrift*charakter von konstitutiver Bedeutung. Deshalb ist z.B. auch der zeitgenössischen US-amerikanischen Verfassungstheorie die Vorstellung eines stabilen Willens hinter der Verfassung eher fremd; vielmehr wird hier gerade darüber gestritten, wie man die Leerstelle, die aus dem Versagen der konventionellen Quellen der Textorientierung resultieren, auffüllen soll (etwa durch Moraltheorie oder ökonomische Analyse des Rechts).²⁷ Schon die Genese der Grundrechte im Medium der Schrift zeigt jedenfalls den engen und unauflösbaren Zusammenhang zwischen Schrift und Grundrechtsidee, während Jestaedt Sprache und Schrift zur „materiellen Hülse“ des Sinns erklärt. Das ist auch insofern wenig plausibel, als sich Juristen heute normalerweise an Texten *über* Grundrechte z.B. in Form von Grundrechtskommentierungen orientieren. Auch Jestaedts eigene Überlegungen zur subjektiven Auslegung von Grundrechten präsentieren sich im Verbreitungsmedium der Schrift und können nur mit Hilfe dieses Mediencodes die Welt des Autors, d.h. *sein* Bewusstsein, verlassen. Nur durch Schrift werden (komplexere) Gedanken kommunizierbar; als ausschließlich subjektiver Sinn ließe sich *nichts* über sie sagen. Daraus resultiert auch die Vergänglichkeit des Autors als „Urheber“ eines Textes. Wie Boris Groys zu recht bemerkt, ist ein Autor in dem Moment gestorben (auch wenn er als Mensch immer noch lebt), in dem er seine Gedankenbewegung dem Leser als Buch präsentiert.²⁸ Und so wie die Zukunft immer dem Leser gehört, verliert auch der Verfassungsgeber die Kontrolle über die Bedeutung von Grundrechtsnormen, sobald er diese einmal schriftlich publiziert hat. Grundrechtsnormen werden damit der Wiederverwendbarkeit in der laufenden Kommunikation zugänglich. Es lassen sich jetzt Texte über Normen, Texte über die Interpretation dieser ihrerseits Normen interpretierenden Texte sowie weitere Texte anfertigen, und

²⁶ Simon (FN 20), S. 9.

²⁷ Vgl. nur Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 1999.

²⁸ Groys (FN 19), S. 210.

das, was bereits als Textmaterial vorliegt, kann dann z.B. als Anregung für die Ausarbeitung von Habilitationsschriften benutzt werden. Damit wachsen die Textmengen und mit ihnen die Vielfalt der Interpretationen.

Mit all diesen kritischen Einwänden soll hier nicht gegen die Notwendigkeit von Regeln der juristischen Auslegung von Grundrechten auf einer Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung plädiert werden.²⁹ Aber auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung ist Jestaedts Theorieunternehmen auch nicht angesiedelt. Jestaedt glaubt vielmehr, längst ausgebildete Differenzen von Beobachtungsebenen im alten ontologischen Stil vernachlässigen zu können. Er meint, durch die „erkenntnistheoretische Ausrichtung“ (214) der Rechtstheorie eine stabile Wirklichkeit und objektiv verbindliche Autorität unterhalb des unendlichen Stroms (und der Überfülle) der medialen Oberfläche der Zeichen finden zu können. Nur deshalb kann Jestaedt unterstellen, dass allein und ausschließlich seine Rechtsgewinnungstheorie als „rechtstranszendente Metatheorie“ für ihren Gegenstand „zweckmäßig“ sei (270). Denn nur eine in seinem Sinne als gegenstandsadäquat definierte Theorie ist "auf die Teilnehmerperspektive im Rechtsaktualisierungsgeschehen“ ausgerichtet (275); und nur eine subjektiv-historisch argumentierende Rechtsgewinnungstheorie ist der „eigentümlichen Seinsweise der Geltung“ von Normen angemessen; nur sie erfüllt die Funktion von Dogmatik, „rechtsanwendungsleitend und rechtsanwendungsbegleitend zu wirken“ (274). Werden dagegen von einer konkurrierenden Rechtstheorie z.B. teleologische oder prozedurale Formeln als Leitdifferenzen für die Theorie- und Dogmatikbildung benutzt, wie etwa Lernfähigkeit, ist dies eben kein Beitrag zu einer „Innentheorie des Rechts“ (275), keine „*normativistische* Reflexionstheorie“ (275), sondern Zugang von außen, Politik, Soziologie, Ökonomie usw., jedenfalls ohne „rechtserhebliche Maßstäblichkeit“ (297).

„So können etwa die Fragen, ob die Interpretationstheorie die Anpassungsfähigkeit („Lernfähigkeit“) des Rechtssystems an die gesellschaftlichen Herausforderungen hinreichend gewährleiste ... zum Erkenntnisziel erhoben werden. Nur wird damit *nicht* nach den *immanenten* Funktionsgesetzlichkeiten des *geltenden* Rechts gefragt ... , sondern das Recht vielmehr wird an außerhalb seiner selbst und damit außerhalb der Reichweite seiner

²⁹ Dafür z.B. *Luhmann* (FN 12), S. 338 ff.

Selbstreferenz stehenden, rechtstranszendenten Maßstäbe gemessen.“ (276; vgl. auch 283, 297 und 232 f., 218 für Alexys Prinzipientheorie; und 147 für die Hermeneutik und daran anschließende Theorien).

IV. Selbstreferenz und Fremdreferenz im Rechtssystem

Die Haltbarkeit eines Theorieunternehmens, das die „*immanente* Funktionsgesetzlichkeit des *geltenden* Rechts“ (276) abbilden will und diese Innensicht (Selbstreferenz) schroff von Außentheorie (Fremdreferenz) absetzt, steht und fällt mit seinem vermeintlichen Haltepunkt, der adäquaten Abbildung des „Gegenstands der Wahrnehmung“ (69), also hier: der Möglichkeit der adäquaten Abbildung des Geltungssinns der Grundrechte durch die eigene Theoriebildung. Der Geltungssinn der Grundrechte ist nach Jestaedt dann als immanent zu bezeichnen (und damit vorgegeben), wenn er aus dem „authentischen Normsetzungswillen“ entwickelt werden kann; „entwickelt“ in der gebundenen Form eines prozeduralistischen *Rechtskenntnisverfahrens*, „dem Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Gegenstand und Methode“ (274). An dieser Stelle zeigt sich aber nun, dass ein solches Theoriearrangement unzureichend ist. Das soll im folgenden, mit einigen – aufgrund des begrenzten Raums – verkürzten Argumentationsschritten gezeigt werden.

Jeder „Gegenstand der Wahrnehmung“ basiert auf einer Unterscheidung wie z.B. der zwischen geltendem und nicht-geltendem Recht. Damit wird aber ein Beobachter vorausgesetzt, der diese Unterscheidung trifft. Wo nichts unterschieden wird, ist nichts, weder eine „Wahrnehmung des Gegenstands“ noch ein "Gegenstand der Wahrnehmung", da Unterschiede wie z.B. Gegenstand/Nicht-Gegenstand an Unterscheidungen und Bezeichnungen gebunden sind. Dieser logische Vorrang der Unterscheidung vor dem Unterschiedenen ist insbesondere dann unhintergebar, wenn man – wie Jestaedt – den Begriff des Beobachters mehr oder weniger mit einem individuellen Beobachter gleichsetzt, der von außen, mit einer „rechtstranszendenten *Erkenntnistheorie*“, an das Recht herantritt. Auch für eine rechtstranszendente Rechtstheorie gilt, dass es jenseits des Vollzugs einer empirischen Beobachtung (z.B. Schreiben eines wissenschaftlichen Textes) keinen "Gegenstand der Wahrnehmung" gibt, jedenfalls keinen,

der für die vertextete Theoriebildung beachtlich sein könnte. Die Beobachtung selbst vollzieht sich aber immer in der „Wirklichkeit“ einer geschichtlichen Welt, wie sie auch dem Beobachter einer rechtstranszendenten Rechtstheorie insbesondere in Form von Zeichen, Sprache, Bildern und Texten, im Fernsehen, in Zeitungen und Büchern, entgegentritt. Eine theoretische Beschreibung der Selbstbeobachtung des Rechtssystems kann sich deshalb nicht auf die normative, selbstreferentielle Seite des Rechts beschränken, die „*immanenten* Funktionsgesetzmäßigkeiten des *geltenden* Rechts“ (276). Würde sie dies tun, würde sie die kognitiven Voraussetzungen der Rechtskommunikation ignorieren, die mitlaufende Fremdreferenz im Recht, die von ihrer Selbstreferenz nicht getrennt werden kann, weil ansonsten die Unterscheidung von Selbst- und Fremdreferenz selbst sinnlos würde. Jestaedt meint dagegen, Geltungssinn auf eine normative Komponente reduzieren und das mitlaufende Kommunikationsgeschehen in der Umwelt des Rechtssystems (und darauf reagierende rechtswissenschaftliche Theoriebildungen) als normativ irrelevant, als bloße Außentheorien, hinstellen zu können. Dann wäre das Rechtssystem aber nicht nur normativ, sondern auch kognitiv geschlossen, wie der real existierende Sozialismus bis zu seinem Zusammenbruch.

Dass diese theoretische Auffassung nicht richtig sein kann, zeigt sich zunächst daran, dass das geltende Recht selbst auf einer Fülle kognitiver Annahmen aufbaut. Jestaedt weist beispielsweise zu recht darauf hin, dass der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff im Sinne des Art. 14 GG nicht ohne Rückgriff auf den bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff gebaut werden könne, da „der Verfassungsgeber im bürgerlich-rechtlichen Eigentum gleichsam die konkrete Regelungsvorlage für das abstrakte Rechtsinstitut auf Verfassungsebene erblickt und dessen Eigentümlichkeiten ... in die Grundrechtsgewährleistung übernommen hat“ (32). Der bürgerlich-rechtliche Eigentumsbegriff kann aber nicht von der Grenzziehung zwischen rechtlich zulässigem und rechtlich unzulässigem Eigentumsgebrauch z.B. in Form von Verschuldens- und Haftungsregeln getrennt werden. Erst aus beidem, aus positivem Eigentumsbegriff und negativer Grenze des Eigentumsgebrauchs, ergibt sich der konkrete juristische Inhalt des Eigentums. Die eigentumsrelevanten Verschuldens- und Haftungsregeln basieren jedoch im wesentlichen auf kognitiven Elementen, auf die das Recht zurückgreift, und sie als kognitive Infrastruktur von (kanonisierter) Erfahrung, Konventionen und Standards und größtenteils sogar

in seine Normstrukturen übernimmt. Das zeigt sich im Privatrecht z.B. im Rückgriff auf allgemeines Wissen, das aus praktischen Erfahrungen hervorgeht, wie etwa der Begriff der im *Verkehr* erforderlichen Sorgfalt zeigt. Auf praktischen Erfahrungen, die in kanonisierten Beispielen gespeichert werden, beruht aber auch das Polizeirecht, wie insbesondere der Gefahrenbegriff lehrt.³⁰ Das gleiche lässt sich vom Verfassungsrecht sagen, das z.B. politische Parteien als praktisch funktionierende Komponenten der staatlichen „Einheitsbildung“ voraussetzt.

Wenn jedoch das Privatrecht, das Verwaltungsrecht und auch das Verfassungsrecht selbst auf der Kombination von normativen und kognitiven Komponenten aufbauen, dann muss sich eine Beschreibung der „*immanenten* Funktionsgesetzmäßigkeiten des *geltenden* Rechts“ (276) auch auf diese kognitive Seite des Rechts einlassen. Lässt sie dagegen die „Sachstrukturen“ in der Umwelt des Rechtssystems außer Acht, die vom Begriff der Geltung des Rechts nicht getrennt werden können, bezahlt die Theorie einen hohen Preis. Sie wird dann unter den Druck von Bekenntniszwängen gesetzt, die selbst nicht mehr theoretisch reflektiert werden können. Das zeigt sich bei Jestaedt vor allem in der Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Rechtssystem hierarchisch aufgebaut ist. Die Vorstellung einer „vollhierarchisierten Rechtsordnung“ (93) kann ja nur dann eine sinnvolle Annahme für das Rechtssystem sein, wenn auch seine Umwelten im wesentlichen hierarchisch geordnet sind. Lässt sich dagegen zeigen, dass sich z.B. die Entscheidungsvorgänge in staatlichen Organisationen nicht mehr in hierarchischen Ordnungsvorstellungen abbilden lassen, hängt die Annahme einer „vollhierarchisierten Rechtsordnung“ (93) buchstäblich in der Luft. Insbesondere ist dann eine Adäquanz von Sachbestimmtheit und Gegenstand, wie sie Jestaedt selbst fordert, nicht mehr gegeben. Jestaedt ahnt durchaus, dass hier ein Problem für sein vertikales Theorieprogramm liegen könn-

³⁰ *Ladueur*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 225 ff., 229 f.; vgl. allg. auch *Scott*, *Seeing like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, 1998.

te. Er glaubt aber, diese Herausforderung durch eine Art „Deutungsverbot“ z.B. von Systemtheorie für rechtswissenschaftliche Überlegungen beantworten zu können.

„Die soziologische Systemtheorie überschreitet ihren Horizont – operiert gleichsam außerhalb der Grenzen ihres eigenen soziologischen Systems oder kürzer: *ultra vires* –, wenn sie die Rechtstheorie darüber zu belehren können glaubt, dass eine (post-?)moderne Reflexionstheorie aus rechtlicher Binnenperspektive Komplexität wie Ausdifferenzierung des Rechts nicht mehr mit der Deutungsfolie der Hierarchie erfassen könne (oder gar dürfe?)“ (300; vgl. auch 185 Fn. 215).

Auf der Ebene des Austauschs von Bekenntnissen und Regieanweisungen lässt sich die Frage, ob das Recht hierarchisch geordnet ist oder ob seine Selbstreproduktion einem horizontal-nachbarschaftlichen Verknüpfungsmuster folgt, aber nicht sinnvoll diskutieren. Jestaedt müsste vielmehr zeigen, dass die Erschöpfung von Hierarchie als Bauprinzip des Rechts wie der Gesellschaft eine Erfindung der Systemtheorie ist. Das wird aber kaum gelingen. Beobachter aus den unterschiedlichsten Bereichen der Gesellschaft berichten das Gegenteil. Exemplarisch sei hier nur auf den Diskussionsstand in der ökonomischen und soziologischen Theorie der industriellen Organisation³¹, der politikwissenschaftlichen Theorie der internationalen Beziehungen³², der soziologischen Staatstheorie³³ und der Verwaltungswissenschaft³⁴ hingewiesen. Der autoritäre Stil, in dem Jestaedt seinen Versuch der Rettung von Hierarchie vorträgt, macht seine Position im übrigen nicht überzeugender. Hier liegt offensichtlich eine Verwechslung von Systemreferenzen vor. Auch die Wissenschaft ist nicht hierarchisch, sondern heterarchisch organisiert; sie beruht auf wechselseitiger Kontrolle durch wechselseitige Beobachtung

³¹ *Castells*, *The Rise of the Network Society*, 2. Aufl. 2000, S. 151 ff.; MIT Scenario Working Group, *Two Scenarios for 21st Century: Shifting Networks of Small Firm or All-Encompassing „Virtual Countries“*, WP MIT 1997; vgl. auch *Rifkin*, *Access – Das Verschwinden des Eigentums*, 2000, S. 26 ff., 36 ff.

³² *Grande/Risse*, *Bridging the Gap*, *Zeitschrift für internationale Beziehungen*, 2000, S. 235 ff.

³³ *Breuer* (FN 17), S. 272 ff.

³⁴ Siehe z.B. *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1998, z.B. S. 208.

in Form „überlappender Nachbarschaften“.³⁵ Deshalb kann hier auch niemand belehrt werden, der sich nicht belehren lassen will.

Das Problem liegt also im Begriff der Gegenstandsadäquanz. Die rechtserkenntnistheoretische Reduktion auf einen zu engen Vorstellung von Normativität führt zu einer Selbstabschließung der rechtswissenschaftlichen Reflexion über den Geltungssinn von Grundrechten. Diese Selbstabschließung kann aber nur zu selbstblockierenden Effekten führen. Das zeigt sich nicht nur in der Sachdimension, sondern auch und vor allem in der Zeitdimension. Nur für eine zeitentrückte (ontologische) Gegenstandsadäquanz, die nicht durch Kontextualität und gesellschaftliche Evolution berührt wird, passt Jestaedts vertikaler Theoriebau, nicht aber für die zukunftsorientierte (post-)moderne Gesellschaft der Gegenwart und die horizontalen Verknüpfungsmuster ihrer sequentiell geknüpften Kommunikationsnetzwerke. Unter dieser Bedingung erschließt sich gerade der Sinn von Grundrechtsnormen, die, wie Jestaedt selbst klarmacht, inhaltlich höchst unbestimmt sind und daher der gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen (34 ff.), nur vor dem Hintergrund einer stets mitlaufenden, an Zeitpunkte gebundenen Produktion von Texten in einem Horizont von Welt und Zeit. Ein *juristischer* Text über Eigentumsrechte muss sich verändern, wenn die gesellschaftliche Evolution die Bedeutung von Wissen und damit die Bedeutung von immateriellen Eigentumsrechten wie z.B. von Patenten, Urheberrechten, Warenzeichenrechten usw. steigert.³⁶ Diese Anpassung der juristischen Begriffsbildung an neue gesellschaftliche Herausforderungen ist im Bereich des Eigentumsrechts um so notwendiger, als man zeigen kann, dass die Begründung des Eigentumsschutzes in der liberalen Theorie bis heute ganz auf den Schutz von materiellem Eigentum (Land, Häusern, Produktionsanlagen etc.), nicht aber auf immaterielles Eigentum zugeschnitten ist.³⁷ An die-

³⁵ Polanyi, *The Tacit Dimension* (1966), 1983, S. 72 f.; vgl. dazu auch Gill, *The Tacit Mode. Michael Polanyi's Postmodern Philosophy*, New York 2000, S. 63 ff.

³⁶ Vgl. dazu nur Rifkin (FN 29), S. 9 ff., 104 ff.

³⁷ Child, *The Moral Foundations of Intangible Property*, *The Monist* 1990, S. 578 ff.; vgl. auch Vesting, *Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft – dargestellt am Beispiel der Bedeutung der Intellectual Property Rights in der neuen Netzwerkökonomie*, in: *Regulierte*

sem Beispiel zeigt sich auch, dass es mit „dem Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Gegenstand und Methode“ (274) eben nicht getan ist.

Wenn man die hier nur knapp skizzierten Einwände zusammenfasst, muss man also erhebliche Zweifel haben, ob das hierarchisch-deduktive Modell der Gesetzesanwendung des 19. Jahrhunderts, an dessen Modellbildung Jestaedt insbesondere im Hinblick auf die Akzentuierung des Stufenbaus der Rechtsordnung anknüpft, sich um seine eigene Anwendungsgeschichte verkürzen lässt.³⁸ Ganz gewiß lässt sich aber die Öffnung für gesellschaftlichen Wandel, die im Mittelpunkt der neueren Methodendiskussion wie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht, nicht einfach durch den Rekurs auf Bausteine aus der *Theoriegeschichte* des eigenen Fachs überspringen – auch und gerade, wenn man in dieser Öffnung für gesellschaftlichen Wandel ein Problem sieht. Jestaedts gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie ist deshalb auch weit davon entfernt, gegenstandsadäquat zu sein. Sie lässt sich auf die Probleme der gestiegenen Umweltkomplexität des Rechts gar nicht erst ein, weder in sachlicher noch in zeitlicher Hinsicht. Statt dessen glaubt der Verfasser der gestiegenen Umweltkomplexität von Grundrechten durch eine abstrakte methodologische Setzung, der subjektiv-historischen Auslegung, entgegen zu können. Damit versperrt sich die Rechtsgewinnungstheorie von vornherein die Möglichkeit, zu einem „modernen Grundrechtsschutz und einer zeitgemäßen Antwort des Rechts auf die Herausforderungen der Gegenwart“ zu gelangen (67). Diese Kritik ist, wie gezeigt, nicht im Sinne der Unterstellung einer logisch zirkulären Begründung gemeint. Mit den hier nur kurz skizzierten Überlegungen sollte vor allem verdeutlicht werden, dass sich auf der von Jestaedt gewählten „erkenntnistheoretischen“ Ebene die durchaus berechtigte Frage nach der Gegenstandsadäquanz einer Grundrechtstheorie nicht beantworten lässt. Der erkenntnistheoretische, im alten Subjekt/Objekt-Stil verankerte Zugriff auf die Problemstellung ist bereits das eigentliche Problem. Ein solcher Zugriff transformiert das Methodenproblem der Rechtswissenschaft, das erst auf der Ebene der juristi-

Selbstregulierung, Die Verwaltung, Beiheft 4 aus Anlass des 60. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem, 2001.

³⁸ Vgl. nur *Ladeur* (FN 13), S. 63 f.

schen Argumentation eine Rolle spielt, irrigerweise zu einem die Rechtstheorie als Reflexionstheorie selbst konstituierenden Bestandteil.

V. Zur Bedeutung der Hermeneutik für die Rechtswissenschaft

Mit welchen Fehlertoleranzen die Rechtsgewinnungstheorie gebaut ist, zeigt sich auch in ihrer Kombination unterschiedlicher Theorieelemente. In diesem Zusammenhang fragt sich vor allem, ob sich die wissenschaftstheoretische Tradition der neukantischen, analytischen Philosophie, von der Jestaedt die Vorstellungen der stabilen Gegenstandsadäquanz und des einheitlichen subjektiven Willens übernimmt, überhaupt mit dem anderen Standbein seiner Reflexionstheorie des Rechts, der Hermeneutik Gadammers, kombinieren lässt. Dazu wenigstens ein paar Bemerkungen.

Der Hermeneutik geht es keineswegs nur um die Selbstreflexion des eigenen Beobachterstandpunkts – „der Gesamtheit intellektueller Fähigkeiten des Erkenntnissubjekts“ (155) – bei der Anwendung von Rechtstexten. Sie will nicht nur die „Leistung produktiver Rechtergänzung“ (146) dadurch rationalisieren, dass sie das „Vor-Verständnis“ auf die „Sinnerwartung“ einstimmt, die „aus dem Zusammenhang des Vorangegangenen stammt“ (272), also das Vorverständnis des Interpreten offenlegen. Diese Reduktion des hermeneutischen Zirkels auf subjektive Selbstvergewisserung schimmert jedoch bei Jestaedt durch, wenn er etwa bemerkt „das jede (Rechts-)Erkenntnis im Guten wie im Bösen subjektgebunden und subjektbedingt“ sei (149). Auch bei Jestaedt wird – wie so oft in juristischen Zusammenhängen – das Subjekt mit dem empirischen Einzelbewusstsein gleichgesetzt. Die Hermeneutik Gadammers geht aber sehr viel radikaler von einer grundsätzlichen Erschütterung sämtlicher stabiler Wahrheitsvorstellungen aus. Sie teilt mit Heidegger die Kritik am Bewusstseinsbegriff und an der Letztbegründung der Philosophie im Selbstbewusstsein³⁹; und darin ist die Hermeneutik vor allem

³⁹ Vgl. nur *Gadamer*, Gesammelte Werke, Bd. 10: Hermeneutik im Rückblick, S. 201.

Kritik der Subjektphilosophie.⁴⁰ Gegen die Vorstellung von im (erkennenden) Subjekt zu lokalisierenden Vor-Bedingungen des Zugangs zur Welt, an die auch Jestaedt unter Rückgriff auf Theoriefiguren Kelsens anschließt, bringt die Hermeneutik gerade den „Vollzugssinn des Gesprächs“ (Gadamer) in Anschlag. Die Hermeneutik insistiert also gerade auf dem *Interpretations*charakter einer jeden Wahrheitserfahrung, auf der Abhängigkeit der Wahrheit von der unabschließbaren „Zirkelbewegung des Verstehens“ (273), also von *Texten*. Das führt zu einer Verweltlichung der Schrift und der Sprache, die in der Hermeneutik als „Ereignis“ thematisiert wird, als etwas „Ichloses“ (Gadamer), aber nicht als etwas, über das ein subjektiver Wille (z.B. der Verfassungsgeber) wie über ein Werkzeug verfügen könnte. Dadurch erfährt in der Hermeneutik nicht nur die Kontext-, sondern auch die Zeitgebundenheit eines jeden Verstehens an Bedeutung. Bei Gadamer führt dies zwar auf der Seite des Kontextes zu einer Art Wieder-Einsetzung der Einheit und Kontinuität *eines* vergangenheitsbezogenen kulturellen Verweisungszusammenhangs, insofern die Sinnerwartung hier „aus dem Zusammenhang des Vorangegangenen stammt“ (272); an diese Homogenitätserwartung knüpft dann z.B. Konrad Hesses Vorstellung politischer Einheitsbildung an.⁴¹ Jedenfalls ist schon in der Hermeneutik Gadamers der Weg zu einem stabilen Subjekt jenseits historisch variabler Sinnhorizonte versperrt.⁴² Gerade darauf insistiert aber Jestaedt, wenn er behauptet, dass „eine Rechtsnorm als die objektive Geltung eines subjektiven, auf das Verhalten von Menschen intentional gerichteten Willensaktes begriffen werden“ müsse (331).

VI. Große Theorie und lokale Rechtswelten

Die berechtigte Fragestellung, die der Verfasser mit der Suche nach einer gegenstandsadäquaten Rechtsgewinnungstheorie verfolgt, besteht darin, wie die Grundrechtstheorie mit ge-

⁴⁰ Vgl. nur Hofer, Die „Abdämpfung der Subjektivität“, Zeitschrift für philosophische Forschung 54 (2000), S. 593 ff.; Vattimo, Weltverstehen - Weltverändern, Hommage an Hans-Georg Gadamer, 2001, S. 50 ff.; Ladeur (FN 6), z.B. S. 12 f.

⁴¹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999.

⁴² Vgl. nur Hofer (FN 39), S. 593 ff.; Ladeur (FN 6), z.B. S. 12 f.

steigerter Umweltkomplexität umgehen soll. Um eine Alternative zum herrschenden Abwägungspragmatismus zu finden, der zu viel „Wirklichkeit“ im Rechtssystem zulässt und die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung verwischt, will Jestaedt der Theorie wieder zu ihrem Recht verhelfen. Aber er will zugleich vermeiden, dass sich rechtliche Verbindlichkeit in der Vielfalt von Modellen und Vorverständnissen der jeweiligen Beobachter und ihrer unterschiedlichen Perspektiven auflöst. Dies würde, so seine Befürchtung, einen im Rechtssystem nicht zu verarbeitenden Überschuss des Kreativ-Innovativen zu Lasten der „Gebundenheit der Erkenntnis an Gegebenes“ (343) freisetzen und die Frage, „wo die Erkenntnis aufhört und die Bewertung anfängt“ (138), unentscheidbar machen. Diesen Startpunkt kann man durchaus akzeptieren. Auch sein Vorschlag, bei der Suche nach Gegenstandsadäquanz den engen Pfad der Verfassungs- und Grundrechtstheorie zu verlassen und diese in eine weiter ausholende rechtstheoretische Reflexion zu integrieren (266 ff.), hat vieles für sich. Es ist außerdem nicht zu leugnen, dass Jestaedt auf dem Weg zu einer gegenstandsadäquaten Rechtstheorie eine Fülle von klugen und zutreffenden Bemerkungen zu den Unzulänglichkeiten des funktionell-rechtlichen Ansatzes (z.B. 153), der Prinzipientheorie und dem herrschenden Wertordnungsdenken macht. So ist es, wie eingangs bereits erwähnt, sicherlich richtig, dass zur Ausdehnung punktueller Grundrechtsgewährleistungen ein überzogenes Systemdenken und eine damit verknüpfte unreflektierte „Teleologisierung“ der Grundrechte beigetragen hat, während die dadurch verstärkten Zuteilungs- und Ressourcenprobleme durch die „Herrschaft des Güterabwägungsprinzips“ (52) erkaufte werden. Es ist auch zutreffend, um ein anderes Beispiel zu nennen, dass die Prinzipientheorie die Probleme der Abwägung nur in einer modernisierten Terminologie abbildet, nicht aber löst (229 ff.). Außerdem – und auch darin ist Jestaedt zuzustimmen – setzt die Prinzipientheorie das Verfassungsrecht einem fragwürdigen moralischen Begründungszwang aus (218).

Vielfach mündet jedoch eine z.T. treffende Kritik in überzogenen Schlussfolgerungen. So weist Jestaedt z.B. mit einer gewissen Berechtigung darauf hin, dass der in der Verfassungsrechtsprechung weit verbreitete Rückgriff auf die Kategorie der „objektiven Bedeutung der Grundrechte“ eigentlich nicht belege, „daß und warum die Grundrechte nicht nur gegen Freiheitsbeeinträchtigungen schützen, die der Staat zu verantworten hat, sondern auch gegen sol-

che, die von Dritten, von Privaten, ausgehen“ (112 f.). Das liegt aber nicht daran, dass die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte nicht „systematisch“ entfaltet würden (113). Es liegt auch nicht daran, dass z.B. Art. 5 Abs. 1 GG ein von vornherein unzulässiges „überindividuelles Grundrechtsziel“ (78) unterlegt würde. Wie wenig überzeugend dieser immer wieder erhobene Vorwurf ist, zeigt ein Blick in das Kernland des westlichen Liberalismus, die USA, in denen das transsubjektive Grundrechtsziel des First Amendment, die Offenhaltung eines „marketplace of ideas“, jedenfalls insofern unbestritten ist, als Grundrechte eben nicht „beliebige Freiheit“ von Individuen schützen, sondern freiheitliche Beziehungen zwischen ihnen und deren institutionelle Voraussetzungen.⁴³ Das Problem der Rechtsprechung zur Rundfunkfreiheit, um bei diesem Beispiel zu bleiben, lässt sich also nicht auf eine einfache Unterscheidung von Individuell/Überindividuell reduzieren. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Rechtsprechung zum Rundfunkrecht mit einer durchaus tragfähigen Modellbildung begonnen, ist aber schon mit dem Übergang zum „dualen Rundfunksystem“ auf ein Wissens- und Orientierungsproblem durch gestiegene Umweltkomplexität gestoßen, auf die die Vorstellungen von "dienender Freiheit" und „positiver Ordnung“ keine adäquaten Antworten mehr geben. Diese Komplexitätsprobleme werden in Zukunft noch wachsen und die Rechtsprechung praktisch bedeutungslos machen.⁴⁴ Dieses Beispiel zeigt auch, dass Überlegungen zu Grundrechten, Grundrechtsdogmatik und Grundrechtstheorie künftig durch bereichsspezifische Studien in „Referenzgebieten“ abgesichert werden müssen.⁴⁵ Dass Jestaedt die „Linien“ seiner Überlegungen über ein „paßfähiges rechts(gewinnungs)theoretisches Tragegerüst“, das das Verhältnis von richterlicher Grundrechtsinterpretation und Grundrechtsentfaltung im Gesetz klärt,

⁴³ Vgl. dazu nur *Sunstein*, Television and the Public Interest, California Law Review 2000, S. 499 ff.; *Baker*, The Media that Citizens Need, University of Pennsylvania Law Review 147 (1998), S. 317 ff.; kritisch mit Blick auf die Leistungsfähigkeit des „Konsequentialismus“ *Fish*, The Trouble with Principle, 1999, S. 75 ff.

⁴⁴ Vgl. *Ladewig*, Rundfunkaufsicht im Multimedia-Zeitalter zwischen Ordnungsrecht und regulierter Selbstregulierung, K&R 2000, S. 171 ff.; *Vesting*, Das Rundfunkrecht vor den Herausforderungen der Logik der Vernetzung. Vom Integrationsrundfunk zu einer horizontalen Rundfunkordnung für die Ökonomie der Aufmerksamkeit, im Erscheinen 2001.

⁴⁵ *Schmidt-Aßmann* (FN 32), S. 8 ff.

nicht in die „interpretatorische und dogmatische Praxis“ (379) ausziehen vermag, ist also kein Zufall. Sein „filigran, von Grundrechtsinterpretation wie Grundrechtsdogmatik entworfenes Mobile“ ist, um im Bild zu bleiben, am Haken der allgemeinen Grundrechtslehre aufgehängt und muss daher in „kunstvoll-schwebenden Drehbewegungen“ (379) enden.

Unter dem Strich bleibt der theoretische Ertrag der Überlegungen zu einer gegenstandsadäquaten Rechtsgewinnungstheorie – bei allem Niveau der Argumentation – eher begrenzt. Neben der fruchtlosen erkenntnistheoretischen Ausrichtung erscheint vor allem Jestaedts Festhalten an der Vorstellung einer „vollhierarchisierten Rechtsordnung“ (93) als wenig weiterführend. Diese Vorstellung mündet in einem Hybridgebilde, einer national-staatlichen Rechtsordnung, die Recht und Politik im Staat zusammenführt und sich aufgrund der wachsenden Bedeutungszunahme des nicht-staatlichen Rechts auf lange Sicht als nicht anschlussfähig erweisen dürfte; hier hat z.B. Udo di Fabio in neuerer Zeit sehr viel differenziertere Überlegungen als Jestaedt vorgestellt.⁴⁶ Wer wie Jestaedt argumentiert, muss die neuartigen Probleme des Rechtspluralismus verfehlen⁴⁷, die etwa aus dem Einwirken hervorgehen, die z.B. das europäische Wettbewerbsrecht auf die Grundrechte des Grundgesetzes hat. Dessen normative Geltung bestimmt sich jetzt nicht mehr ausschließlich nach dem Grundgesetz, sondern aus einem Verhältnis von Grundgesetz und benachbarten Rechtsordnungen, wie man z.B. wiederum im hoch konstitutionalisierten deutschen Rundfunkrecht sehen kann.⁴⁸ Zu diesen benachbarten Rechtsordnungen gehören aber nicht nur das Europarecht, sondern in zunehmendem Maße auch internationales und transnationales Recht, wie z.B. die Bananenmarkt-

⁴⁶ Vgl. *DiFabio*, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staatstheorie und Rechtstheorie, 1998.

⁴⁷ *Teubner*, Global Law without a State, 1997; vgl. auch *Ladueur* (FN 13), S. 98 ff.; vgl. auch *Vesting*, The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (beyond the State), im Erscheinen 2001.

⁴⁸ *Ladueur*, Die Kooperation von europäischem Kartellrecht und mitgliedstaatlichem Rundfunkrecht, WUV 2000, S. 965 ff.; *Vesting*, The Impact of European Competition Law on New Programme and Service Strategies of Public Broadcasters, in: de Witte (Hrsg.), im Erscheinen 2001.

entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zeigt.⁴⁹ Gerade durch die Zunahme der Selbstproduktion von Recht in transnationalen Zusammenhängen, wie sie z.B. im Internet den damit zusammenhängenden Regulierungen hervortritt (Privacy, Urheberrechtsschutz, Patentschutz etc.)⁵⁰, zeigt sich, dass die traditionellen Vorstellungen von Rechtsquelle und Rechts-hierarchie, die Idee „einer einzig originären Rechtserzeugungsquelle“ (9), längst gesprengt ist. Auch hier tritt eine neue horizontale Logik der Verknüpfung *zwischen* Situationen und der dadurch produzierten Anschlusszwängen und Anschlussmöglichkeiten an die Stelle der Wiederholung desselben Sinns im Willen des Verfassungs(gesetz)gebers. Das gleiche gilt für die „innerstaatliche“ Rechtsordnung: Auch hier wird das Recht in wichtigen, bislang durch Grundrechte stark beeinflussten Bereichen mit strategischen Akteuren konfrontiert, die selbst Einfluss auf die Bildung von Konventionen und Standards nehmen und den Gesetzgeber auf eine Logik der Kooperation festlegen, z.B. im Umweltrecht, im Medienrecht oder bei der Regulierung der Finanzmärkte. Jestaedt nimmt das alles nicht zur Kenntnis und vertraut statt dessen der Leistungsfähigkeit der großen Theorie. Auch in Zukunft wird man auf die Leistungsfähigkeit von Theorie nicht verzichten können, aber künftig wird vor allem die Frage zu lösen sein, wie die normative Kraft von Grundrechten in einem kooperativen Netzwerk sich selbst organisierender (Wettbewerbs-)Ordnungen und öffentlicher Rechtsentscheidungen produktiv zur Geltung gebracht werden kann. Dazu benötigen wir aber kein Denken in „parzellenscharfen grundrechtsdogmatischen Ortsbestimmungen“ (90), sondern ein Denken in dynamischen Netzwerken von Beziehungen, die ständig um- und neugeschrieben werden. *Darauf* muss sich das Verfassungs- und Grundrechtsdenken auf jeder Stufe seiner Existenz einstellen – durch Lernfähigkeit.

⁴⁹ Vgl. dazu *Ch. Schmid*, Ein enttäuschender Rückzug. Anmerkungen zum „Bananenbeschluss“ des BVerfG, NVwZ 2001, S. 249 ff.

⁵⁰ Vgl. nur *Hutter*, Efficiency, Viability and the new Rules of the Internet, European Journal of Law and Economics 10 (3), 2000.