

Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen

**Von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der
Abwägung**

Von Friedemann Vogel und Ralph Christensen

I. Was heißt Abwägung?.....	3
1. Konduktives Argument.....	3
2. Abwägung von Prinzipien.....	6
3. Abwägung als lokale Ausarbeitung der Semantik.....	7
II. Theorie der Abwägung: Von der Gesetzessemantik zu den Rechtsprinzipien....	9
1. Der platonistische Regelbegriff der Juristensemantik.....	9
a) Die gesetzessystematische Semantik.....	9
b) Der Rückzug von der Semantik zu den Rechtsprinzipien.....	10
c) Mit Vagheit von der Sprache zum Rechtsbegriff.....	12
2. Der Prinzipienbegriff.....	14
a) Die Regelaversität.....	16
b) Die Beziehung zur Moral.....	18
c) Die Flucht in die Ideale scheitert.....	19
3. Die produktive Rolle der Vagheit.....	21
a) Vagheit als zentrale Eigenschaft sprachlicher Äußerungen.....	21
b) Vagheit als Topos.....	28
c) Vagheit als kommunikativer Alltag.....	30
III. Empirie juristischer Korpuspragmatik: Die Praxis der Gerichte aus rechtslinguistischer Perspektive.....	31
1. Juristische Korpuspragmatik am Beispiel der MENSCHENWÜRDE.....	31
a) Recht als Text.....	31
b) (Musterhafte) Rechtssprache als Sedimente juristischer Dogmatik.....	31
c) Dogmatische Spuren zur „Menschenwürde“ in der Rechtssprache.....	34
2. Die Frage „Abwägung“ vor Gericht? korpuslinguistisch gefolgt.....	37
a) Philosophische Prinzipienlehre.....	37
b) Konduktives Argument.....	38
c) „Abwägung“ als Kern- und Randbereich.....	39
3. „Abwägung“ als Prüfung ‚der‘ Verhältnismäßigkeit.....	39
IV. Zur Theorie der Praxis gerichtlicher Abwägung.....	41
1. Wie wägen Gerichte ab?.....	41
2. Wie vollzieht sich die lokale Ausarbeitung der Semantik?.....	42
3. Die Verkettung von Präjudizien.....	44
V. Fazit, oder: Was bleibt, ist semantische Elaboration im Einzelfall.....	47

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

I. Was heißt Abwägung?

Das Wort „Abwägung“ kann in mehrfacher Weise verwendet werden. Der Ausdruck wird in der Logik und philosophischen Argumentationstheorie für das heftig diskutierte ›konduktive Argument‹ gebraucht. In der Rechtstheorie wird das Wort „Abwägung“ für einen ›von der Semantik des Gesetzes getrennten Ausgleich von Prinzipien‹ verwendet. Schließlich erscheint das Wort bei den Gerichten, wenn sie den durch die ›Verarbeitung von Einwänden angetriebenen Prozess der lokalen Ausarbeitung der Semantik‹ benennen. Wenn das Wort „Abwägung“ auftaucht, ist also darauf zu achten, mit welcher Operation diese Figur eingelöst werden soll.

1. Konduktives Argument

Ob es neben dem deduktiven, induktiven und abduktiven Argument noch ein konduktives Argument gibt, wird seit einigen Jahren in der philosophischen Argumentationstheorie und Logik diskutiert. Ergebnis dieser Debatte ist vorläufig, dass man ein konduktives Argument dann für möglich hält, wenn es in der Diskussion gelinge, die unterschiedlichen Rahmen der am Streit beteiligten Personen so in Beziehung zu setzen, dass eine Hierarchie entstehe. Das konduktive Argument zieht also die Folgerung aus einer vorangegangenen Rahmenhierarchisierung. Diesem Ergebnis ging aber eine Entwicklung voraus. Es wurde darum gestritten, ob sich aus der Abwägung wirklich eine Technik machen lasse, weil man dabei auf das Problem heterogener Argumente stoße. Diese kommen aus verschiedenen

Kontexten und seien deswegen nicht vergleichbar. Bevor eine Abwägung stattfinden könnte, müssten diese Argumente erst vergleichbar gemacht werden. Wie will man aber das Persönlichkeitsrecht gegen das Interesse der Gemeinschaft an der Strafverfolgung oder die Religionsfreiheit einer gesellschaftlichen Gruppe gegen die Kunst- oder Pressefreiheit einer Zeitungskarikatur abwägen?

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

Man könnte nun auf dieses Problem reagieren, indem man das relative Gewicht der Kontexte fixierte und diese Gewichtung in die einzelnen Kontexte hinein fortsetzte. Dann ließe sich tatsächlich ein ‚Wägevorgang‘ durchführen. Hierzu brauchte man einen Geist des Vergleichs. Aber wie soll man die Prioritäten bilden? Man ist geneigt, dabei an Fälle zu denken, wo diese Prioritätenbildung einmal gelingt. Der Vergleich

im Prozess ist dabei ein Beispiel. Hier gelingt es den Parteien, die Verschiedenheit ihrer Rahmungen in einem gemeinsamen übergeordneten Rahmen aufzuheben. Wenn der Vergleich nicht gelingt, fehlt ein gemeinsamer Rahmen. Wie lassen sich jetzt noch Prioritäten bilden? Damit stoßen wir auf ein grundlegendes Problem des Versuchs, Argumentation mit dem Bild des Abwägens zu beschreiben. Diese grundsätzliche Schwierigkeit liegt in der quantitativen Metaphorik. In Argumentation geht es um Qualitäten. Sollen diese quantitativ untereinander verglichen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grundlage.

Die philosophische Argumentationstheorie hat in mehreren Diskussionsschritten auf dieses Problem reagiert. Zunächst wurde vorgeschlagen, die nicht einlösbare Gewichtsmetaphorik durch eine Kraftmetaphorik zu ersetzen¹ und die Pro-et-Contra-Debatte als eine Art Tauziehen aufzufassen. Damit kommt es schon eher auf die beteiligten Personen mit ihren Positionen und ihren Einfällen an. Dadurch entfernt man sich einen Schritt vom Scheinobjektivismus eines Waagschalen-Abwägens von Gewichten. Weiterhin hat man versucht, die Struktur eines nicht-deduktiven Argumentationsmusters anhand holzschnittartiger Fälle zu erarbeiten, in denen eine Gewichtung unproblematisch möglich ist.² Daran anschließend wurde vorgeschlagen Argumenten Ziffern zuzuordnen, die ein Errechnen der Folgerung ermöglichen sollten.³ Bei der Zuordnung von Zahlen zu Argumenten muss man allerdings intuitiv vorgehen, weil man dazu über keinen Maßstab verfügt. Dieser naive Versuch einer Anlehnung an die mathematische Entscheidungstheorie hat sich damit als willkürlich herausgestellt und ist mittlerweile aufgegeben.⁴

Abwägung ist also nur dann ein Verfahren, wenn es den Beteiligten gelingt, ein Medium des Vergleichs zu etablieren, also einen Rahmen zu finden, der die beiden

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

² Govier, T., A Practical Study of Argument, 3. Aufl., Belmont/California 1992, Kap. 4. Vgl. zur Kritik Wohlrapp, H., Über nicht-deduktive Argumente, in: Klein, P. (Hrg.), Praktische Logik, Göttingen 1996, S. 217 ff.

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

⁴ Wohlrapp, H., Heterogenität als argumentationstheoretisches Problem, in: Paschen, H./Wigger, L. (Hrsg.), Schulautonomie als Entscheidungsproblem. Zur Abwägung heterogener Argumente, Weinheim 1996, S. 45 ff.

unterschiedlichen Rahmen beider Seiten erfasst. Dies wird natürlich häufig vorkommen in Schiedsgerichtsverfahren und im Vergleich. Ansonsten muss der Richter entscheiden. Wie kann er dann noch legitimieren, dass er den Parteien einen Rahmen aufzwingt, den sie selbst nicht gefunden haben?

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

2. Abwägung von Prinzipien

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

⁵ Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 143.

ist das Ergebnis der Abwägung ein bedingter Präferenzsatz. Im Dezisionsmodell ist die Festsetzung des Präferenzsatzes das Ergebnis eines rational nicht kontrollierbaren psychischen Vorganges. Das Begründungsmodell unterscheidet demgegenüber zwischen dem psychischen Vorgang, der zur Festsetzung des Präferenzsatzes führt, und dessen Begründung.“⁶

Auch das klingt wieder vielversprechend. Aber das Wichtige an diesem Begründungsmodell ist, dass es nicht von der Semantik des Gesetzes und der Argumentation der Beteiligten abhängt: „Allerdings scheiden semantische Argumente aus, wenn mit der Feststellung der Kollision über die Anwendbarkeit der infrage kommenden Grundrechtsbestimmungen vom Wortlaut her bereits entschieden ist.“⁷ Hier meldet sich wieder der Wunsch nach einem den ‚Wechselfällen der Sprache‘ entzogenen Recht. Die Bedeutung lasse sich nicht unmittelbar aus den Gesetzesbegriffen gewinnen. Dafür wird das Problem an eine zweite Rechtsquelle weitergereicht. Die fehlende Bedeutung wird zur ‚Lücke‘. Wenn das Gesetz keine vorgegebene Bedeutung habe, so müssten andere Maßstäbe in die Bresche springen.

3. Abwägung als lokale Ausarbeitung der Semantik

Die dritte Bedeutungsvariante von „Abwägung“ verwendet diese Bezeichnung weder als konduktives Argument, noch als Ausgleich von Prinzipien. Bezeichnet wird damit ein von der Verarbeitung von Einwänden vorangetriebener Vorgang der lokalen Ausarbeitung der Semantik von Rechtsbegriffen: Geht man mit einer linguistisch aufgeklärten Methoden- und Argumentationslehre davon aus, dass der Normtext (...) noch nicht die Norm ist, weil diese sich erst aus der Konkretisierung im Einzelfall ergibt, kennt das Grundgesetz keine einzige Norm, die auf axiomatisch vorausgesetzten und außer Diskussion gestellten Prämissen beruht.“⁸ Bevor man subsumieren kann, muss die Semantik feststehen. Man sieht das am Beispiel des umstrittenen Begriffs der „Menschenwürde“: Es ist hier zwischen der Garantie der Menschenwürde als Verfassungssatz und dessen Konkretisierung im Fall zu

⁶ Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 144.

⁷ Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 143.

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

unterscheiden.⁹ Die meisten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts betonen einerseits die Absolutheit der Würdegarantie, und andererseits nehmen sie eine Differenzierung nach berührten Rechtsgütern¹⁰ oder der Täter- bzw. Opferrolle¹¹ vor. Man darf also die Absolutheit der Menschenwürde nicht mit dem Fehlen von Differenzierungen gleichsetzen:¹² „Eine situationsbezogene Differenzierung bedeutet nicht, dass ein an sich bestehender Achtungsanspruch mit kollidierenden Verfassungsbelangen wie dem Schutz von Leib und Leben abgewogen wird. Vielmehr erschließt sich der Achtungsanspruch des Einzelnen in einer konkreten Situation aus dem verfassungsrechtlichen Leitbild des Menschen als Person in seiner Verantwortung für autonomes Handeln und auch seiner Schutzbedürftigkeit etwa bei Krankheit, Behinderung oder Bedrohung durch Dritte. Dies meint auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn sie eine Verletzung der Menschenwürde immer von der ‚Ansehung des konkreten Falls‘ abhängig macht. Der einmal ermittelte Achtungsanspruch kraft menschlicher Würde unterliegt keiner weiteren Abwägung mit Grundrechten und anderen Verfassungsbelangen. So findet auch ein Grundrecht mit einem besonderen Stellenwert in der verfassungsrechtlichen Wertordnung wie die Meinungsfreiheit absolute Schranken im Würdeanspruch des Einzelnen.“¹³

⁹ *Matthias Herdegen*, Die Garantie der Menschenwürde: Absolut und doch differenziert?, in: *Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke*, Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2009, S. 97.

¹⁰ BVerfG 109, S. 279 ff., 313 ff.; *Manfred Baldus*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – Absolut geschützt, aber abwägungsoffen, in: JZ 2008, S. 218 ff.

¹¹ BVerfGE 115, S. 118 ff., 160 ff.

¹² Vgl. in diesem Sinne auch *Matthias Herdegen*, Die Garantie der Menschenwürde: Absolut und doch differenziert?, in: *Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke*, Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2009, S. 95.

¹³ *Matthias Herdegen*, Die Garantie der Menschenwürde: Absolut und doch differenziert?, in: *Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke*, Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2009, S. 98. „Die Deutung die Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts (...) dränge zu einer Konkretisierung der Würdegarantie, die für eine situationsbezogene Gesamtwürdigung der berührten Belange im Lichte der grundgesetzlichen Wertordnung offen ist. Der so ermittelte Würdeanspruch gilt dann absolut und unterliegt keiner Abwägung mit anderen Verfassungsbelangen.“ (*Matthias Herdegen*, Die Garantie der Menschenwürde: Absolut und doch differenziert?, in: *Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke*, Das Dogma der Unantastbarkeit, Tübingen 2009, S. 109.)

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

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

1. Der platonistische Regelbegriff der Juristensemantik

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

a) Die gesetzessystematische Semantik

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

Als „Semantik“ wird die vorgängige Existenz einer Regel angenommen, mit der sich jeder Gebrauch beurteilen lassen soll. Daher postuliert die herkömmliche Lehre eine

„Externalität der Sprache für das Recht“.¹⁴ Das heißt, die Sprache operiert als ontisch gedachte Rechtfertigungsinstanz über den juristischen Argumenten. Die Semantik von Koch / Alexy wird aus dem Entscheidungsvorgang ausgeklammert und als Steuerungs- und Kontrollinstanz gesetzt. Man glaubt an die „Steuerungsfähigkeit der Sprache“¹⁵ und des näheren an die „Steuerungskraft der Semantik“.¹⁶ Damit ist auch schon das Verhältnis des ‚semantischen‘ Arguments zum juristischen geklärt. Denn das Gericht müsse für jedes Argument, das es vorbringt, ausweisen, dass es der Regel entspreche. Vor jeder juristischen Interpretation läge also eine externe ‚sprachliche‘. Diese Vorstellung geht jedoch nicht nur an der Realität sprachlicher Praxis¹⁷ vorbei, sondern lässt sich in der Praxis der Gerichte auch nicht beobachten¹⁸. Den Gerichten fehlte der Nachweis, dass ihre Wortgebrauchsregel genau diejenige ist, die tatsächlich ‚gilt‘.

b) Der Rückzug von der Semantik zu den Rechtsprinzipien

„Regeln“ im Sinne von Koch und Alexy sind „Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“,¹⁹ sie sind also „definitive Gebote“.²⁰ Prinzipien dagegen seien abstufbar und vor allem abwägbar.²¹ Das ‚semantische‘ Argument gilt dabei als Aufweis einer Regel. Es funktioniert als Mächtetern-Feststellung über die natürliche Sprache oder den Fachsprachgebrauch. Festzustellen seien diese Regeln dann über die Besinnung auf die eigene Sprachkompetenz oder durch Nachschlagen in Wörterbüchern. Das kann natürlich weder methodisch noch praktisch

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

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

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

¹⁷ Vgl. dazu Vogel, F., Linguistik rechtlicher Normgenese. Walter de Gruyter, 2012.

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

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

²⁰ Alexy, R., Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg, München 1994, S. 120.

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

funktionieren. Der Sprachphilosoph Friedrich Waismann beschreibt dieses Problem folgendermaßen: „Ein Ausdruck ist dann definiert, wenn die Situation beschrieben ist, in die er gebracht werden soll. Nehmen wir für einen Augenblick an, wir könnten Situationen vollständig und ohne etwas auszulassen beschreiben (wie beim Schachspiel), dann ließe sich eine erschöpfende Liste all der Bedingungen aufstellen, unter denen der Ausdruck zu gebrauchen ist: wir würden mit anderen Worten eine vollständige Definition konstruieren, das heißt ein Denkmodell, das ein für allemal sämtliche Fragen eines möglichen Gebrauchs vorweg nimmt und entscheidet. Da wir aber in Wahrheit nie die Möglichkeit eines unvorhergesehen auftauchenden Faktors ausschließen können, gelangen wir nie zur absoluten Sicherheit.“²² Jede neue Fallkonstellation kann also die Regel eines Sprachgebrauchs verschieben. Daher kann eine Sprache oder ein Text nicht als geschlossenes System feststehender Merkmale betrachtet werden: durch jede Interpretation kann das vorhandene Zeichenmaterial neu und anders differenziert werden, wird Bedeutung eines Ausdrucks neu kontextualisiert und dient selbst als exemplarische Grundlage für spätere Interpretationsakte (Transkription).

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

Bedeutungsbeschreibungen liefern nichts anderes als Gebrauchsbeispiele für den fraglichen Ausdruck. Durch ihre lexikographische Festschreibung zum Wortbestand

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

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

der Sprache mögen sie zwar paradigmatisch bei Zweifeln an der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke oder im Streit darum eingesetzt werden. Eine ‚an und für sich‘ eindeutig feststellbare Regel aber, die solche Zweifel ein für allemal ausräumen oder solchen Streit unwiderruflich schlichten könnte, liefern die Bedeutungsbeschreibungen nicht. In der Sprachwissenschaft ist heute anerkannt, dass sich eine funktionierende Sprache nur als Gesamtheit, das ein einzelnes Element nur vor dem Hintergrund eines heuristisch angenommenen Systems beschreiben lässt. Die Bedeutung eines einzelnen Wortes verweist auf die entwicklungsoffene Gesamtheit aller anderen und kann nur im Zusammenhang gemeinsamer Überzeugungssysteme bestimmt werden.²⁴ Der Holismus ist dabei keine Einbahnstraße. Es ist nicht nur so, dass sich Bedeutung nur aus dem ganzen Lebenszusammenhang heraus erschließt, in denen der Gebrauch der Wörter seinen Sinn und seinen Zweck hat, dass also „die Gesamtheit der Zwecke und Handlungen (...) die Bedeutung bestimmt.“²⁵ Sondern „die Möglichkeit alternativer Interpretationen ist sehr groß, weil jede Änderung der Bedeutung eines Teils die Änderung des Ganzen nach sich zieht.“²⁶ Das heißt, eine Sprachregel ist nicht vorgängig, sondern nachgängig, nur in der Retrospektive beschreibbar. Sie ist ein vorläufiger Versuch, gelungene Kommunikationsakte unter normativer Bewertung zu verketteten.

c) Mit Vagheit von der Sprache zum Rechtsbegriff

In der Diskurstheorie des Rechts wird dieses Problem der Regelformulierung unter dem verkürzenden Stichwort „Defeasibility“ rubriziert.²⁷ Nachdem es erwähnt wurde, wird es sogleich beiseite geschoben mit folgender Formulierung: „Im Vorgriff auf den noch zu entwickelnden Begriff des tatsächlichen Diskurses besteht eine diskurstheoretische Möglichkeit zu erklären, warum Regeln defeasible sind, also die Ausnahmen zu Regeln nicht aufzählbar sind, darin, dass uns nur der tatsächliche Diskurs

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

²⁵ *Mayer, V.*, Semantischer Holismus, Berlin 1997, S. 221.

²⁶ *Mayer, V.*, Semantischer Holismus, Berlin 1997, S. 197.

²⁷ Vgl. dazu *Becker, C.*, Begründen und Entscheiden, Baden-Baden 2008, S. 135.

mit beschränkten Erkenntnismöglichkeiten dessen, was richtig ist, zur Verfügung steht. Diese Überlegung zeigt, dass Regeln nur dann endgültige konkrete Handlungsanweisungen beinhalten können, wenn die Voraussetzungen des in allen Hinsichten idealen Diskurses vorlägen, wenn wir also etwa unendlich viel Zeit hätten und alles wüssten.“²⁸ Diese Erklärung könnte auch die Fortexistenz der in der Neuzeit ausgestorbenen Wissenschaft der Angelogie begründen, als Vorgriff auf das Jüngste Gericht. Tatsächlich muss man sich von der Vorstellung vorgegebener Regeln, welche das Sprechen steuern, verabschieden. Regeln sind ein nachträgliches methodisches Hilfskonstrukt des Sprachbeobachters.

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

Vor dieser Präzisierung hat man aber die fraglichen Ausdrücke von ihrem Kontext und ihrer Verwendungssituation isoliert. Das heißt, die Entstehung des Problems von Mehrdeutigkeit und Vagheit setzt bereits voraus, dass juristische Semantik von der Praxis natürlicher Sprache – Pragmatik – aktiv getrennt wird. „Pragmatik“ heißt nämlich, sich Bedeutung aus den Beziehungen bzw. Kontexten zu erschließen, in denen eine Äußerung steht und diese wiederum mit entsprechenden Überzeugungen in Einklang zu bringen. Wenn man an den Begriffen „Vagheit“ und „Mehrdeutigkeit“ festhalten will, muss man sie anders fassen. Sie hängen von dem Zweck ab, zu dem

²⁸ Becker, C., ebd., S. 135, Fn. 475.

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

Ausdrücke in der Verständigung verwendet werden, und damit von den Personen und Umständen, die dabei eine Rolle spielen. Vagheit und Mehrdeutigkeit können allein pragmatisch begründet werden. Es ist ja nicht etwa eine Verwaschenheit des Wortlauts, die den Streit provoziert hat, sondern eine Störung im gesellschaftlichen Zusammenleben. Der Normtext weist also nicht ein ‚zu wenig‘, sondern ein ‚zu viel‘ an Klarheit auf. Es gibt mehrere vollkommen verständliche, aber sich gegenseitig ausschließende Lesarten. Mehrdeutigkeit und Vagheit sind damit keine absoluten Eigenschaften der Bedeutung. Sie sind Formen, mit denen man Konfliktkonstellationen im semantischen Streit beschreiben kann, und somit geht es letztlich um Pragmatik und nicht um Erkenntnisprobleme. Die Pragmatik der Sprache soll aber abgeschnitten werden zugunsten von Spekulationen über absolute Prinzipien und den Rechtsbegriff.

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

2. Der Prinzipienbegriff

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

Anwendungsbereich, ein Synonym für ›Grundsatz, Grundnorm oder Grundregel‹.³⁰ In diesem Sinn wird das Wort „Prinzip“ etwa auch von Esser³¹ verwendet.

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

Alexys Prinzipientheorie beinhaltet eine sehr starke Behauptung über die Seinsweise des Rechts: Danach gibt es zwei getrennte Reiche, einmal das Reich der Regeln, welche normale methodische Arbeit erfordern und dann das zweite davon getrennte Reich der Prinzipien, welche immer im Wege der „Abwägung“ zu behandeln sind: „Prinzipien sind Normen, die gebieten, dass etwas relativ auf die faktischen und die rechtlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maß realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird

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

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

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

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

wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt.“³⁴ Der hier vorausgesetzte Regelbegriff ist natürlich nicht sinnvoll, denn auch jede rechtliche Regel ist in ihrem Möglichkeitsbereich durch gegenläufige Regeln bestimmt.³⁵ Das nennt man gemeinhin systematische Auslegung.

a) Die Regelaversität

Linguistisch lässt sich der Wert eines Zeichens immer nur in Abgrenzung zu allen anderen Zeichen bestimmen. Der von Alexy und seiner Schule vorausgesetzte Regelbegriff verfehlt damit die Realität der Sprache vollkommen. Es handelt sich um Platonismus vor dem linguistic turn. Alles, was an einem Gesetz sprachlich relevant ist, wird damit in das abstrakte Reich der Prinzipien verlagert. Dort allerdings sollen nicht mehr die normalen Instrumente zur Ermittlung der sprachlichen Bedeutung gelten, wie die Frage nach Zusammenhang, Entstehung und Zweck. Vielmehr wird das Ganze in die Philosophie verlagert, und als einzige Methode steht uns „Abwägung“ zur Verfügung. Damit verschwindet die ganze sprachliche Realität des Gesetzes im Abgrund zwischen einem sinnlosen Begriff der Regel und einem philosophischen Begriff des Prinzips. Dieser wird von Alexy an den Grundrechten als ‚Optimierungsgebot‘ und, nachdem dies scheitert, als ‚ideales Sollen‘ bestimmt: „Der Prinzipienbegriff der Prinzipientheorie darf also nicht mit dem traditionellen Begriff des Rechtsprinzips verwechselt werden, der weder einem normativen Dualismus, noch der Idee eines ‚idealen Sollens‘, noch dem Monismus der Optimierung verpflichtet ist. Dass nur selten wahrgenommen wird, wie anspruchsvoll die Annahme von Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie ist, beruht wohl wesentlich auf einer Äquivokation, in der die Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie mit denen unserer traditionellen Rede von Rechtsprinzipien gleichgesetzt werden.“³⁶ Entwickelt wurde

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

³⁵ Zur Kritik an diesem Regelbegriff vgl. Christensen, R./Kudlich, H., Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008, S. 80 ff. Speziell zur Kritik am regelplatonistischen Begriff der Sprachregel bei Alexy: Christensen, R./Kudlich, H., Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 60 ff., 73 ff. sowie zum Regelbegriff in der Prinzipientheorie generell Poscher, R., Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnisse der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, J.-R. (Hrsg.), Prinzipientheorie der Grundrechte, Baden-Baden 2007, S. 59 ff., 70 ff.

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

die Prinzipientheorie vor allem auf dem Gebiet der Grundrechtstheorie.³⁷ Dieser Prinzipienbegriff ist gegenüber dem geläufigen Sprachgebrauch eine massive Einengung. Denn viele Prinzipien wie etwa „Treu und Glauben“ im Zivilrecht bzw. der Gleichheitssatz im Verfassungsrecht lassen sich nicht mit diesen Vorstellungen vereinbaren.³⁸ Allerdings wäre man bereit, diese Nachteile zu akzeptieren, wenn man dadurch eine Operationalisierung für den Vorgang der Abwägung gewinnen könnte. Voraussetzung dazu wäre, dass man die Existenz von Prinzipien als Gegenstand der Abwägung im Sinne einer eigenständigen juristischen Seiensweise aufweisen könnte.

Der Begriff des Prinzips wird durch negative Merkmale definiert.³⁹ Das Prinzip ist schon bei Larenz und Dworkin dadurch gekennzeichnet, dass nicht subsumiert werden kann. Es ist damit regelavers.⁴⁰ Bei Alexy kommen zu diesem negativen Aspekt noch die positiven Aspekte des Gewichts⁴¹ und der „Mehr-oder-Weniger-Charakter“.⁴² Die Rolle des Prinzips liege also darin, eine Brücke vom positiven

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

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

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

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

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

⁴² Vgl. dazu *Alexy, R.*, ebd.

Recht zur Welt der Werte zu schlagen.⁴³ Alexy versteht sich als Kritiker des Positivismus.⁴⁴ Neben den Gegensatz zur Regel tritt damit die Nähe zur Moral.

b) Die Beziehung zur Moral

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ Vgl. dazu *Alexy, R.*, ebd., S. 38; sowie *Alexy, R.*, Ideales Sollen, in: *Clérico, L./Sieckmann, J.-R.* (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, Baden-Baden 2009, S. 21 ff.; vgl. dazu *Poscher, R.*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: *Rechtswissenschaft* 2010, S. 349 ff., 353: „Die Entwicklung der Prinzipientheorie nährt den Verdacht, dass es die Kritik mit einem Hydra-artigen Phänomen zu tun hat. Für jeden Kandidaten des Prinzipienbegriffs, den die Kritik zurückweist, sprießen gleich mehrere neue hervor.“ Vgl. zu weiteren Kandidaten *Ressing, M.*, Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen, in: *ARSP* 2009, S. 28 ff.; *Jansen, N.*, Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998, S. 101; „pro tanto-Sollen“ *Sieckmann, J.-R.*, Zur Analyse von Normkonflikten und

c) Die Flucht in die Ideale scheitert

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

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

Normabwägungen, in: *Meggle, G.* (Hrsg.), *Anlyomen 2. proceedings of the 2nd Conferenc „Prespectives in Analytical Philosophy“*, Band III, Frankfurt am Main 1994, S. 394 ff. „Unendlich iterierte Geltungsgebote“.

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

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

Gebot zu optimieren, Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit zu unterlassen, sondern richtet sich unmittelbar auf das Unterlassen staatlicher Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit. Zur Erklärung der Normativität von Optimierungsgeboten bedarf es keiner weiteren normativen Entitäten.⁵¹ Dies gilt sogar für den seltenen Fall, dass man nicht einen empirischen Umstand, sondern ein Gebot optimieren will. Das zeigt sich, sobald man den normativen Operator durch einen deskriptiven ersetzt.⁵²

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

Wenn Alexy Prinzipien als Gegenstand einer vergleichenden Gewichtung verwendet, muss dieser Ansatz insgesamt scheitern. Zunächst beruht er darauf, dass man normale Normtexte mit Hilfe eines platonistischen Regelbegriffs zu sinnlosen Zeichen verstümmelt hat. Nach der Ausschaltung der nach den Regeln der Kunst zu verwendenden juristischen Methodik zur Bewältigung von Normkollisionen⁵⁴, soll dann eine „Abwägung“ im Sinne einer Prinzipienduktion erfolgen, wobei es diese Prinzipien weder gibt (Optimierungsgebote sind Regeln), noch die Alternative des „idealen Sollens“ zur Erklärung irgendetwas beitragen könnte.

Nach dem Zusammenbruch des Dualismus von Regel und Prinzip ist klar, dass diese Theorie zur Erklärung der Abwägung nicht verwendet werden kann. Die Phlogiston-Theorie entstammte der Prinzipienchemie, welche selbst aus der Alchemie erwachsen ist. Der prinzipientheoretische Ansatz in der Chemie scheiterte an der

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

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

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

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

Forderung, die chemischen Elemente sollten sich empirisch direkt aufweisen lassen. Heute ist Phlogiston vergessen.⁵⁵ Genauso ist es mit der Abwägungstheorie der Prinzipienlehre. Sie funktioniert nicht und sie erklärt nichts. Deswegen ist sie durch ein anderes produktives Verständnis von sprachlicher Vagheit und durch praktisch-empirische Untersuchungen der Abwägungstätigkeit in Gerichtsentscheidungen zu ersetzen.

3. Die produktive Rolle der Vagheit

›Vagheit‹ ist keine Gefahr für die menschliche Sprache, auch nicht für die juristische Textarbeit mit Normen. Im Gegenteil: ›Vagheit‹ ist nicht wegzudenken aus unserem kognitiven Haushalt und eine Grundlage menschlicher Lernfähigkeit (1.1), ist aber auch Topos in der juristischen, fallbezogenen Auseinandersetzung (1.2) und gehört zum kommunikativen Alltag (1.3).

a) Vagheit als zentrale Eigenschaft sprachlicher Äußerungen

In der Sprachphilosophie tummeln sich zahlreiche Ansätze zur Beschreibung von „Vagheit“. Häufig ausgehend von Sorites-Problemen wird Vagheit als Unschärfe- bzw. Grenzproblem bei der Extensionsbestimmung gesehen, die durch formal-wahrheitslogische Argumente ‚korrigiert‘ werden soll, und dies unabhängig von Kontext- oder gar Rezipienten.⁵⁶ Vagheit ist hierbei in aller Regel etwas ‚negatives‘, ‚unerwünschtes‘, das einem implizit präsupponierten Ideal von ‚der‘ Sprache zuwiderlaufe (so bereits bei Frege, Pierce und Russel)⁵⁷.

Dieses angenommene Ideal von Sprache ist linguistisch betrachtet jedoch eine Illusion⁵⁸. Sprache ist kein kontextabstrahierbares (lat. abstrahere: ‚abziehen‘,

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

⁵⁶ Vgl. die versammelten Beiträge in: *Walter, S.* (Hrsg.), Vagheit, Paderborn 2005.

⁵⁷ Vgl. *Dönninghaus, S.*, Die Vagheit der Sprache. Begriffsgeschichte und Funktionsbeschreibung anhand der tschechischen Wissenschaftssprache. Wiesbaden 2005, S. 24ff.

⁵⁸ In der Linguistik wird „Vagheit“ im Umfeld von *Polysemie, Homonymie, Ambiguität, Unbestimmtheit, Unterbestimmtheit, Vieldeutigkeit, Stereotypie* usw. diskutiert, stellt jedoch im Vergleich zur Sprachphilosophie kein fest umrissenes, gar definitorisch etabliertes Konzept dar; vgl. dazu *Fries, N.*, Ambiguität und Vagheit. Einführung und kommentierte Bibliographie. Tübingen 1980, S. 3 und *Wichter, S.*, Signifikantgleiche Zeichen. Tübingen 1988, S. 14. *S. Dönninghaus* (a.a. O., S. 99) spricht zwar von einer „Vagheitslinguistik“ als Teildisziplin an der Grenze von Linguistik und Sprachphilosophie, sieht aber ebenfalls einen „Treibsand Vagheit“ – der „Vagheitsbegriff [sei] selbst vage“ (579). Die terminologische Offenheit des Ausdrucks *Vagheit* heißt jedoch nicht, dass

‚wegreißen‘) Objekt, das allein mit der richtigen Logik in die gewünschte Form gebracht oder mit Hilfe anderer Werkzeuge ‚abgezählt‘ werden könnte. Genau genommen gibt es ‚Sprache an sich‘ nicht (auch wenn Sprachwissenschaftler zuweilen heuristisch vom „System“ der Sprache sprechen), sondern nur Sprecher-Schreiber und Hörer-Leser, also Kommunikanten und sprachliche Zeichen in Funktion. Vagheit ist, wie schon M. Black 1937 betonte, kein „Defekt der Sprache“⁵⁹, sondern hat elementar etwas mit sprachlichem Handeln, mit Pragmatik und mit sprachlichen Verstehens- bzw. Konstruktionsprozessen zu tun. Um diese nachvollziehen zu können, bedarf es einiger semiotischer und psycholinguistischer Grundlagen⁶⁰:

Sprachrezeption ist ein komplexer konstruktiver Prozess, bei dem – vereinfacht formuliert – Ausdrucksmuster der Perzeption (Buchstaben, Wörter, Sätze, Bilder usw.) gemeinsam mit weiteren Sinnesreizen der aktuellen Wahrnehmungssituation (z.B. para- und nonverbale Reize) korreliert werden mit kognitiven Konzepten bzw. Wissensrahmen (Frames, Scripts usw.).⁶¹ Dieser Prozess verläuft fortwährend wechselseitig rekursiv, d.h. vorhandene Wissensrahmen sind die Voraussetzung zur Erkennung und Einordnung perzeptiver (Sprach-)Muster (top-down-Prozess) und (neue) Eingangsreize der Perzeption aktualisieren ihrerseits wieder bisherige Konzeptkonfigurationen (bottom-up-Prozess). Dabei ist es theoretisch unerheblich – und auch praktisch unmöglich –, allen Perzeptionsreizen ein ‚bestimmtes‘ Konzept, allen Ausdrücken eine bestimmte, begrenzte Bedeutung, zuzuordnen. Vielmehr werden die Informationen kognitiv schrittweise strukturiert und mit Vorwissen

in der Sprachwissenschaft nicht fortwährend über das Konzept ›Vagheit‹ verhandelt würde. Genau genommen beschäftigt die gesamte (empirische) linguistische Pragmatik Probleme des ‚vagen Sprachgebrauchs‘, nämlich im Kontext von Verstehen und Missverstehen sprachlicher Äußerungen.

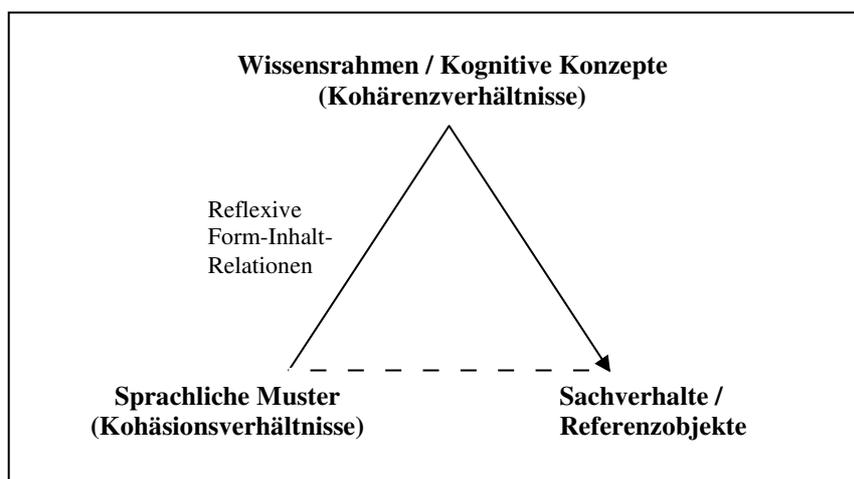
⁵⁹ Black, M., Vagueness. An Exercise in Logical Analysis. In *PhilosSci* IV, 1937, S. 429. (wiederabgedruckt in: Black, M. (1949). *Language and Philosophy. Studies in Method.* Ithaca (N.Y.), S. 23-58).

⁶⁰ Die folgenden Ausführungen können lediglich cursorisch die wichtigsten Prozesse anreißen. Für nähere Details mit zahlreichen Nachweisen: Vogel, F., *Linguistik rechtlicher Normgenese. Theorie der Rechtsnormdiskursivität am Beispiel der Online-Durchsuchung.* Berlin / New York 2012.

⁶¹ Vgl. dazu im Überblick: Christmann, U. & Groeben, N., Die Rezeption schriftlicher Texte. In *Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft. Schrift und Schriftlichkeit. Ein interdisziplinäres Handbuch internationaler Forschung*, Hrsg. v. H. Günther und O. Ludwig. Berlin/ New York 1996, S.1536-1545 sowie Artelt, C., McElvany, N., Christmann, U., Richter, T., Groeben, N., Köster, J., Schneider, W., Stanat, P., Ostermeier, Ch., Schiefele, U., Valtin, R. & Ring, K., Förderung von Lesekompetenz. Expertise. Hrsg. vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, 2007; [WWW-document]. http://www.bmbf.de/pub/bildungsreform_band_siebzehn.pdf (04.05.2009).

angereichert. Unser Sprach- und Weltwissen, heißt das, ist prototypisch und hierarchisch organisiert und wird kontextsensitiv abgerufen. So reicht allein das Wort *Restaurantbesuch*, um in unserem Kopf ein komplexes Wissen (ein sog. „Script“⁶²) über den Ablauf, die beteiligten Gegenstände, typische Akteure und Umgebungsvariablen zu aktivieren. Dieses kognitive Verknüpfen von einzelnen Konzepten zu einem situativ ‚stimmigen‘ Bild nennt man in der Psycholinguistik auch „mentales Modell“, denn es erlaubt uns im Verstehensprozess offene Variablen bzw. Nicht-Expliziertes mit Vorannahmen zu ergänzen (Inferenztheorie⁶³), also ‚Sinnloses‘ sinnvoll zu machen⁶⁴.

Daraus folgt auch, dass zwischen Sprache und Lebenswelt kein direkter ontischer Zusammenhang besteht, sprachliche Abbildtheorien also fehlgehen. Die Sachverhalte und Objekte unserer Lebenswelt sind vielmehr immer abhängig von ihrer jeweiligen sprachlichen Perspektivierung. Deshalb kann eine ‚Online-Durchsuchung‘ im Rahmen der juristischen und öffentlichen Debatte um computergestützte Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG sowohl *Bundestrojaner, staatliches Hacken, Schnüffelei* und *Ausspähung* (Kritiker) als auch *Remote Forensic Software* oder (am Anfang der Debatte) *Durchsuchung* (nach §§ 112 ff. StPO) sein. Ogden und Richards⁶⁵ halten diesen Zusammenhang im semiotischen Dreieck fest:



Mod. Semiotisches Dreieck (in Anlehnung an Ogden & Richards 1923)

⁶² Schank, R. & Abelson, R., Scripts, plans, goals, and understanding: An inquiry into human knowledge structures. Hillsdale, NJ 1977.

⁶³ Pohl, I., Textsemantisierung: Inferenzen über Inferenzen. In Methodologische Aspekte der Semantikforschung, Hrsg. von Inge Pohl. Frankfurt am Main 1997, S. 337-364.

⁶⁴ Hörmann, H., Der Vorgang des Verstehens. In Sprache und Verstehen, Hrsg. von Kühlwein, W. & Raasch, K., Bd.1, Tübingen 1980, S. 17-29.

⁶⁵ Ogden, C. K. & Richards, I. A., The Meaning of Meaning. New York 1923.

Da jeder Rezipient einen eigenen Kopf hat und eine Rezeptionssituation nie der anderen gleicht, werden alle Rezipienten den Gesetzesausdruck *Würde* – in Abhängigkeit von ihrem bisherigen Vorwissen – theoretisch immer unterschiedlichen, individuellen Konzepten zuordnen. Sie interpretieren ihn unterschiedlich. In der Praxis jedoch teilen sich Rezipienten eines gleichen Kulturkreises, ähnlicher sozialer Herkunft oder gleicher institutioneller Ausbildung zahlreiche Ausdrucks-Konzept-Korrelationen, Kommunikanten greifen in diesem Sinne also auf implizite Sprachkonventionen zurück und kommen – je nach Situation bzw. Fall – zu ähnlichen Interpretationshypothesen. Kommunikation ist insofern keine ‚1:1-Übertragung‘ von Informationen, sondern die schrittweise Ko(n)textualisierung des Sprach- und Weltwissens zwischen Aktanten. Sprachliche Indikatoren für derartige Vermittlungsversuche sind im Dialog etwa Rückfrage- und Bestätigungsschleifen (*Was meinst Du mit X?*).

„Es ist ein weitverbreitetes sprach- und kommunikationstheoretisches Missverständnis, dass die Funktion sprachlicher Äußerungen darin bestehe, einen zu kommunizierenden Inhalt möglichst vollständig in eine sprachliche Ausdrucksgestalt zu fassen.“ Sprachliche Zeichen bilden lediglich „Anhalts- und Markierungspunkte [...], die es dem Rezipienten erlauben, unter Bezugnahme auf sein gesamtes, für das Verstehen dieser kommunikativen Äußerung relevantes Wissen die Bedeutung dieser Äußerung zu (re-)konstruieren.“⁶⁶

Man kann sich diesen konstruktiven Vermittlungsprozess auch vorstellen als den Versuch zweier Seiteninstrumente, mit ihrem jeweils ganz eigenen Klang- und Resonanzraum sich gegenseitig ‚in Stimmung‘ zu versetzen. Vagheit wäre in diesem Bild tendenziell überwiegende Disharmonie, doch zugleich fortwährende Versuche gegenseitigen Verständnisses bzw. ‚richtiges‘ Interpretieren als gemeinsames Klingen in einem situativ angemessenen, harmonischen Klangrahmen. Ziel menschlicher Kommunikation ist nicht der Gleichklang, nicht das Aufoktroieren einer Klangfarbe auf ein fremdes Instrument, denn Kommunikation ist auf Kooperation angelegt⁶⁷. Die Durchsetzung oder ‚Feststellung‘ eines Wortgebrauchs darf auch nicht das Ziel sein, da sie jedem demokratischen Grundverständnis (auch in einem noch so naiven Verständnis) zuwiderliefe.

⁶⁶ Busse, D., Semantisches Wissen und sprachliche Informationen. Zur Abgrenzung und Typologie von Faktoren des Sprachverstehens. In Methodologische Aspekte der Semantikforschung, Hrsg. von Inge Pohl. Frankfurt am Main 1997, S. 23.

⁶⁷ Grice, P., Logik und Konversation. In: Meggle, Georg (Hrsg.). Handlung, Kommunikation, Bedeutung, Frankfurt 1997, 243-265.

Damit wird klar, dass Vagheit ein zentraler Faktor aller menschlichen Kommunikation ist. Vagheit lässt sich nicht außersprachlich tilgen, auch nicht etwa durch logische Argumente, denn letztere bedürfen selbst der Versprachlichung bzw. ihre zugrundeliegenden praxissterilen Konventionen gelten nur für einen sehr engen Sprachkreis der Eingeschorenen. Sprachwissenschaftler lehnen daher Ansätze der (formalen) Sprachphilosophie als (sprach-)praxisfern⁶⁸ und „nutzlos“ (S. Dönninghaus: 2005, 579) ab. Selbst dort, wo der Fokus stärker auf die Sprachsystematik (nämlich eine Systematik sprachlicher Vagheitsindikatoren) abhebt – wie bei S. Dönninghaus – ist Vagheit ohne Kontext und sprachhandelnde Akteure nicht zu haben. Kurz: Formallogische semantische Ansätze übersehen häufig den „Nutzen [von Vagheit] als eine pragmatische Kommunikationsstrategie“ (ebd., 578):

„[...] die jeweiligen Kommunikationsbedürfnisse [entscheiden] über den Präzisionsgrad sprachlicher Äußerungen [...] und der sprachliche Kotext, der situative Kontext sowie das Wissen der Kommunikationsteilnehmer [tragen] zur Spezifizierung und Reduzierung von Vagheit [bei]. [...] Die Gradwanderung zwischen vagheitsbedingter Unverständlichkeit sprachlicher Äußerungen auf der einen und irrelevanter sprachlicher Präzision und Exaktheit auf der anderen Seite wird durch die Faktoren ‚Relevanz‘ und ‚Aufmerksamkeit‘ gesteuert. Ein verlässliches Instrument, Vagheitsgrade zu bestimmen, ist letztlich nur der kommunizierende Sprecher-Hörer.“⁶⁹

Vagheit lässt sich nur sprachlich bearbeiten, nämlich im Hinblick auf eine konkrete Situation, konkrete Akteure, einen konkreten Sachverhalt, oder wie Juristen eher sagen würden: auf einen konkreten Fall.

In juristischen Kontext bedarf diese Skizze allerdings einiger weiterer Konkretisierungen:

Die empirische Rechtslinguistik – die wir hier interdisziplinär: juristisch-linguistisch vertreten –, geht davon aus, dass die Arbeit im Recht eine institutionalisierte Form der Fachkommunikation ist, die sich in einem ganz speziellen Umgang mit Texten manifestiert⁷⁰. Dabei werden Rechtsnormen nicht aus einem Text – gleich einer konstanten Essenz – herausdestilliert, sondern nach bestimmten Regeln, mittels sprachlicher Handlungen und im Hinblick auf einen konkreten, juristisch zu bewerteten Sachverhalt von juristischen Fachexperten erst konstituiert, „zubereitet“⁷¹.

⁶⁸ *Wolski, W.*, Schlechtbestimmtheit und Vagheit – Tendenzen und Perspektiven. Methodologische Untersuchungen zur Semantik, Tübingen 1980, S. 345f.

⁶⁹ *Dönninghaus, S.*, a.a.O., S: 579.

⁷⁰ *Busse, D.*, Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution, Tübingen 1992.

⁷¹ *Jeand'Heur, B.*, Die neuere Fachsprache der juristischen Wissenschaft seit der Mitte des 19. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung von Verfassungsrecht und Rechtsmethodik. In *Fachsprache: ein internationales Handbuch der Fachsprachenforschung und*

Oder anders formuliert: eine Rechtsnorm wird nicht aus einem Normtext ‚herausgeholt‘ und über einen ‚gegebenen‘ Fall „subsumiert“, sondern ist Ergebnis eines komplexen Interpretations- und Konkretisierungsprozesses, in dem u.a. Normtextelemente, dogmatische Elemente (höchstrichterliche Entscheidungen, Kommentarliteratur usw.) und versprachlichte Elemente aus der Lebenswelt miteinander zu einem begründbaren Arrangement verknüpft werden (F. Müller/R. Christensen: ¹⁰2009, 294ff.)⁷².

Diese juristische Textarbeit unterscheidet sich also ganz grundlegend von der Textarbeit anderer Disziplinen oder des alltäglichen Sprachgebrauchs, denn sie setzt ein umfassendes rechtsinstitutionelles Fachwissen voraus:

- (a) über Normkonzepte, also komplexe Rechtsbegriffe und -materialien, um lebensweltliche Sachverhalte des Alltags in ihrer juristischen Relevanz zu perspektivieren, gleichsam zu ‚übersetzen‘ (mit all den damit verbundenen Problemen der Transformation);
- (b) über juristische Fachorganisation, Hierarchien und Abläufe, also nicht nur Kenntnisse über allgemeine fachinterne Handlungsabläufe und Kommunikationsroutinen, sondern auch über die internen und häufig impliziten Disziplinen (im foucaultschen Sinne⁷³) des Faches: Normhierarchien⁷⁴ und Autoritäten⁷⁵;

Terminologiewissenschaft. Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft, Bd. 1, Hrsg. von Hugo Steger & Herbert E. Wiegand. Berlin 1998, S. 1292.

⁷² Müller, F./Christensen, R., Juristische Methodik, Band I. Berlin ¹⁰2009.

⁷³ Foucault, M., Analytik der Macht. Hrsg. Von Daniel Defert, Francois Ewald unter Mitarbeit von Jaques Lagrange. Frankfurt am Main 2005, S. 208f.

⁷⁴ Zum Wissen über Normhierarchien zähle ich fachinterne Ideologeme bzw. Dogmen wie die der ganzheitlichen Rechtsordnung, der „inneren Einheit“ der Rechtsnormen bzw. „Normenhierarchie“, der Larenzischen Rechtsprinzipien, der Rechtsstaatsprinzipien, der Rechtsquellen (d.h. Kenntnis der Lehre von der nach ihrem ‚Geltungsrang‘ hierarchisch gereihten Ordnung unterschiedlicher Rechtsnormtexte und Rechtsnormen), Rechtsbegriffstypen (Annahme bestimmter‘ vs. ‚unbestimmter‘ Rechtsbegriffe), die Kanones der Auslegung als „Argumente für eine Vermehrung oder Reduzierung von gesetzlichen Begriffen, indem der Begriff in einen bestimmten Kontext gestellt wird.“ (Kudlich, H. & Christensen, R., Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten. In: Juristische Arbeitsblätter 2004, S. 83), Verweisungstechniken als ‚fachgerechte‘ Verknüpfung unterschiedlicher Rechtsnormgefüge u.a.

⁷⁵ Das Wissen um Autoritäten umfasst sämtliche Konzepte, die Auskunft darüber geben, wer oder was mit welcher Legitimation Rechtsnormgefüge zu (re)konfigurieren vermag. Hierzu zählen insb. Konzepte zu juristischen Institutionen, ihren Vertretern (Akteuren) und deren Akzeptanz innerhalb der Jurisprudenz sowie zur Selbstreferenzialität (Verweisungsmöglichkeiten) juristischer Normkonzepte innerhalb der als „juristisch“, also rechtsinstitutionell markierten Wissensrahmen.

(c) über den juristischen Fachsprachgebrauch, d.h. Wissen über spezifische sprachliche Muster, mittels derer juristisches Normwissen auf Ausdrucksebene für Juristen erkennbar und bearbeitbar (rezipierbar) wird⁷⁶.

Das spezialisierte Fach(sprach)wissen in der Jurisprudenz hat mindestens dreierlei Funktionen: „erstens dient es dem Versuch, juristische Interpretationsarbeit als Entscheidungsarbeit valide und reliabel zu organisieren. Die juristische Sprache ist zweitens das Medium transformierter Alltagswelt, d.h. mit ihrer Hilfe reduziert der Rechtsarbeiter die alltagsweltliche Komplexität auf ‚rechtsrelevante‘, also in juristischen Kategorien verarbeitbare Ausschnitte. Drittens dient das Fachwissen sowie das Fachsprachwissen im Besonderen auch der binnendisziplinären Identität: Wer die Sprache und die ‚Denke‘ der Jurisprudenz nicht beherrscht, hat vor Gericht schlechte Karten.“⁷⁷

Was bedeutet nun Vagheit vor diesem juristischen Arbeits- und Wissenshintergrund? Auch in der Rechtsarbeit lässt sich sprachliche Vagheit nicht neutralisieren, sondern nur im Hinblick auf ein konkretes Ziel bearbeiten: nämlich situativ mit Blick auf den Normtext, die juristische Dogmatik, den lebensweltlichen (ihrerseits versprachlichten) Eingangsdaten und den Einwänden der gegnerischen Anwaltschaft so zu argumentieren, dass die eigene Zubereitung des Falls als die einzig mögliche erscheint. Die *Menschenwürde* etwa ist nicht lediglich „vage“, sondern genauso vage wie präzise, wie sie der Jurist fallspezifisch – also im Hinblick auf die beteiligten Akteure: Anklagende, Verteidigende, Entscheidende mit Argumenten überzeugend, oder: ‚bedarfsgerecht‘ – konkretisieren kann. Folgt ihm nur eine Person (im Idealfall: der Richter) in der Argumentation seiner *Würde*-Interpretation, so ist die Vagheit der *Würde* zumindest dieser Person gegenüber hinreichend relativiert.

⁷⁶ Hierzu zählen u.a. Abkürzungen (*BVerfGE*, *h.M.* u.ä.), terminologischer Fachwortschatz, rechtssprachliche Mehrworteinheiten bzw. feststehende ‚Redewendungen‘ (wie *Treu und Glauben*, *öffentliche Belange*, *gegen die guten Sitten* usw.), Textaufbau- und Textsortenwissen als rechtskonstituierende Formelemente (vgl. *Jeand’Heur*, *B.*, a.a.O, S. 1289; z.B. Textaufbau von Urteilen), syntagmatische und grammatische Strukturen (Nominalstil, Indikativ Präsens mit deontischer Funktion u.ä.), komplexe intertextuelle Verweisungsstrukturen sowie nicht zuletzt para- und nonverbale Ausdrucksformen (Talare, Mimik, Gestik vor Gericht u.ä.)

⁷⁷ *Vogel, F.*, Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive. In Ekkehard Felder, Marcus Müller, Friedemann Vogel (Hgg.): *Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen von Texten und Gesprächen*, Berlin / New York 2012, S. 317.

b) Vagheit als Topos

Dieses linguistische Beschreibungsmodell für das Phänomen der ‚Vagheit‘ lässt sich auch empirisch untermauern. Zu diesem Zweck wurde die Verwendung des Ausdrucks *vage* bzw. *Vagheit* sowohl in einem alltagssprachnahen als auch in einem juristischen Fachkorpus untersucht.

Eine Kookkurrenzanalyse⁷⁸ zur statistischen Auswertung typischer Kontextmuster und damit Sprachgebrauchsmuster zu *Vagheit* im Deutschen Referenzkorpus (DeReKo) des Instituts für Deutsche Sprache in Mannheim (mit über 5 Milliarden Wortformen)⁷⁹ zeigt folgende hochsignifikanten Ergebnisse:

- (a) *noch* [*vage*], *bislang* [*vage*]
- (b) [*vage*] *formuliert*, *Formulierungen*, *Versprechungen*, *Versprechen*,
Absichtserklärungen, *Formulierung*, *Hinweise*, *Zusagen*, *Angaben*, *Beschreibung*,
formulierten, *Hinweis*, *Andeutung*, *Zusage*, *Aussagen*
- (c) [*vage*] *Hoffnungen*, *Vorstellungen*, *Aussicht*, *Ahnung*, *Erinnerung*, *Verdacht*, *Idee*,
Gefühl

Das heißt: Der Ausdruck *Vagheit*

- (a) markiert in der Alltagssprache situative Erwartungen gegenüber noch zu Explizierendem;
- (b) qualifiziert einen sprachlichen Ausdruck als situativ inadäquat;
- (c) referiert auf ein nicht ‚adäquat artikulierbares‘ gedankliches Konzept.

Der Ausdruck *Vagheit* ist im Alltagssprachgebrauch ein diskursives Symptom an der Ausdrucksoberfläche für das praktische ›Unbehagen‹ gegenüber sprachlicher ‚Leistungsfähigkeit‘ zur rezipientenadäquaten Explikation einer kommunikativen Absicht⁸⁰.

⁷⁸ Eine Kookkurrenzanalyse ist ein computergestützter Algorithmus der Computer- bzw. Korpuslinguistik, der zu einem bestimmten Ausdruck und in einem bestimmten Wortintervall (z.B. 5 Wörter rechts und links zum Suchwort) alle Kontext-Wörter (= sog. Kookkurrenzpartner) sichtet, gruppiert und zählt. Mit Hilfe von statistischen Signifikanztests lassen sich anschließend diejenigen Wörter herausfiltern, die häufiger als zu einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsniveau erwartet im Textumfeld des Suchausdrucks auftreten.

⁷⁹ Das Korpus besteht zu großen Teilen aus Medientexten, ferner literarischen Texten u.ä.; Vgl. <http://www.ids-mannheim.de/kl/projekte/korpora/> (28.12.2011).

⁸⁰ Sucht man mit Hilfe statistischer Verfahren nach gebrauchswandten Wörtern (vgl. *Belica, C.*, Semantische Nähe als Ähnlichkeit von Kookkurrenzprofilen, 2008. [WWW-document] <http://corpora.ids-mannheim.de/SemProx.pdf> (18.02.2009)) zu *vage* bzw. *Vagheit* so findet sich hierzu passender Weise der Ausdruck *unausgesprochen*, der die diskursive ‚Bedeutung‘ von *Vagheit* zumindest in einer Nuance auf den Punkt bringt.

Im Rechtsdiskurs findet sich ein ähnlicher, wenngleich institutionell leicht variierender Gebrauch des Ausdrucks *Vagheit* bzw. *vage*⁸¹: Insgesamt finden sich 106 Belege dieses Ausdrucks, davon der häufigste Gebrauch als Adjektiv oder Adverb, weitaus seltener als Substantiv.

mit so wenig wie möglich zu **beeinträchtigen**, **sind vage**. Die notwendigen Präzisierungen lassen sich indesamt vorgetragene Sachverhalt sei **hingegen so vage**, allgemein gehalten und arm an Details, dass er oder besonderer Dynamik der geregelten **Materie so vage** und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Ver oder besonderer Dynamik der geregelten **Materie so vage** und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Ver antstlichen Tätigkeiten erfolge. Die **abstrakte und vage** Möglichkeit, Bürger könnten glauben, dass ihre Gaben der Mutter insoweit ausgesprochen **bläss und vage** geblieben und hätten insoweit den von der Verfa : das liegt weit auseinander. An diese **mobile und vage** Beschreibung möglicher Gesetzeszwecke lässt sic ildes") erfahren haben. 53 Zu **pauschal und vage** sind auch die Beanstandungen zu § 7 Abs. 2 Nr. oder erhärtet haben wollten, sind zu **pauschal und vage**, um eine auf bestimmte Tatsachen gegründete Ann oringen des Beschwerdeführers sei **unschlüssig und vage**. Der Beschwerdeführer trat dem entgegen und reg in sei jedoch im Wesentlichen **unsubstantiiert und vage** gehalten. Dass die Beschwerdeführerin, die nach ellung, das im Wesentlichen **unsubstantiierte und vage** Vorbringen zu ihrem Aufenthalt im Tempel und de falls sehr geringfügig über bloße **Vermutungen und vage** Anhaltspunkte hinaus. Es ist äußerst bedenklich verdeführer richteten, über bloße **Vermutungen und vage** Anhaltspunkte hinausreichten, die eine Wohnungs Verdacht nicht allein auf **bloße Vermutungen, vage** Hinweise oder nur entfernte Indizien stützen. D e Erheblichkeit tragen könnten. In **gleicher Weise vage** und wenig verlässlich wie die Aussagen über die endende Gnadenrecht eröffnet damit **keine wenigstens vage** Aussicht auf ein Leben in Freiheit, die den Vol en Beweismittel im Durchsuchungsbeschluss sei zu **vage** gewesen, um den verfassungsrechtlichen Anforder 00 sowie einer Bekannten vom Januar 2000 **seien zu vage** und pauschal gehalten und ließen das Maß der vo zsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreich zsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreich zsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreich zsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausgehen zsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreich des Eingriffs verlangt Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreich des Eingriffs verlangt Verdachtsgründe, **die über vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreich

vage tritt vor allem im Kontext strafprozessualer und verfassungsrechtlicher, feststehender Mehrworteinheiten auf und ist dort ausdrucksseitiger sprachlicher Marker für eine ›zusätzliche Begründungsbedürftigkeit‹ von Verdachtsgraden (etwa im Hinblick auf Art 13 GG bzw. §§ 102ff. StPO). Genauer akzentuiert der Ausdruck einen Beschreibungs- oder Begründungssachverhalt als ‚ungenügend‘ im Hinblick auf einen nur selten explizierten bzw. selbst bedeutungsoffenen Maßstab:

*Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen; **vage** Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus // **Vagheit** des Auffindeverdachts // Das Gewicht des Eingriffs verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über **vage** Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 44, 353 <371 f.> [...] // Beschwerdeführer haben hier nur vage geltend gemacht // Zu pauschal und **vage** sind auch die Beanstandungen*

Ferner tritt *vage* häufig auf in Kombination mit verstärkenden Partikeln *so/nur/bloß* [*vage*] bzw. mit gebrauchsfähnlichen Ausdrücken wie *pauschal/unsubstantiiert* [*und*

⁸¹ Der Untersuchung zugrunde liegt ein Textkorpus aus allen 4238 deutschsprachigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Zeitraum von 1998 bis zum 15.06.2010. Das Korpus umfasst damit rund 8,45 Millionen fortlaufende Wortformen (Token), ungefiltert und nicht annotiert.

vage] usw. Letzteres weist darauf hin, dass der Ausdruck *vage* (mutmaßlich ebenso wie Ausdrücke wie *tatsächlich*, *hinreichend*, *konkret* usw.) das optische – nicht semantische! – Gewicht einer Begründungspflicht erhöhen soll und damit ein weiterer sprachlicher Indikator für die juristische Hermeneutik darstellt.

Man könnte damit auch sagen, dass die juristische Qualifizierung eines Textes oder einer sprachlichen Äußerung als *vage* einen verdeckten Topos realisiert, der mindestens zweierlei Funktionen hat: zum einen soll damit die als *vage* klassifizierte Aussage zurückgewiesen, zum anderen Raum für die eigene Interpretationshypothese geschaffen werden.

c) Vagheit als kommunikativer Alltag

Linguistisches Fazit: Die Suche nach der ‚immer-präzisen Sprache führt in die Irre und letztlich zu „Sterilität des Denkens“⁸². Vagheit ist weder negativ noch positiv zu bewerten; sie ist lediglich Ausdruck divergierender Sprachgebrauchs- und Kommunikationsregeln im konkreten Kommunikationsakt. „Unexakt [...] bedeutet nicht ‚unbrauchbar‘“ schrieb Wittgenstein in seinen Philosophischen Untersuchungen (PhU, § 88). Im mündlichen Dialog kann sprachliche Vagheit ausgeräumt, das heißt, durch Rückversicherungsschleifen zwischen den Kommunikanten in ein situativ angemessenes Verhältnis gebracht werden. Im von der Schriftsprache dominierten Rechtsdiskurs gibt es diese Möglichkeit in der Praxis nur sehr selten⁸³, weshalb hier der Wunsch nach größtmöglicher „Präzision“ im Normtext verständlich, doch in einem sprachreflektierten Modell letztlich nicht befriedigt werden kann. Umso wichtiger wird eine juristische Methodologie zur argumentativen Verwendung und Aufdeckung von sprachlichen ‚Vagheits‘-Indikatoren sowohl auf lexikalischer, als auch auf grammatischer Ebene.

⁸² Schaff, A., Unschärfe Ausdrücke und die Grenzen ihrer Präzisierung. In Essays über die Philosophie der Sprache, Hrsg. von Adam Schaff, Frankfurt am Main 1968 / 1969, S. 83.

⁸³ Dies selbst, wenn es doch eigentlich angebracht und möglich wäre (vgl. dazu die Studien zur Normgenese in Vogel, F., Linguistik rechtlicher Normgenese. Theorie der Rechtsnormdiskursivität am Beispiel der Online-Durchsuchung. Berlin / New York 2012.

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

Welche Rolle die verschiedenen Lesarten von „Abwägung“ in der juristischen Praxis tatsächlich spielen, kann mit Hilfe computergestützter rechtslinguistischer Verfahren im Paradigma der juristischen Korpuspragmatik empirisch eruiert werden. Hierfür werden zunächst kurz Prämissen, Methoden und Datengrundlage des Verfahrens⁸⁴ am Beispiel der WÜRDE DES MENSCHEN⁸⁵ illustriert und anschließend auf die Frage der ›Abwägung‹ angewandt.

1. Juristische Korpuspragmatik am Beispiel der MENSCHENWÜRDE

a) Recht als Text

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

b) (Musterhafte) Rechtssprache als Sedimente juristischer Dogmatik

Die Diskurslinguistik wendet bislang überwiegend qualitative Methoden an und vermag damit insbesondere zu einzelnen semantischen Kämpfen in der Jurisprudenz nachvollziehbare Ergebnisse zu zeitigen. Sie beschränkt sich dabei allerdings in der Regel auf wenige hundert Texte und fokussiert die Aushandlungsprozesse auf

⁸⁴ Für die ausführlichere Darstellung einer Pilotstudie zur Eruiierung von Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Analysen für die Untersuchung juristischer Semantik vgl. *Vogel, F.*, Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive. In Ekkehard Felder, Marcus Müller, Friedemann Vogel (Hgg.): *Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen von Texten und Gesprächen*, Berlin / New York 2012, S. 314-353.

⁸⁵ Zum besseren Nachvollzug der hermeneutischen Arbeit gilt folgende Notation: Belege der Textoberfläche werden *kursiv* (Fokus auf Ausdrucksebene) gesetzt; Konzepte bzw. Attribute als Hypothesenkonzentrate der Interpretationsarbeit werden in eckige Klammern bzw. einfachen Anführungszeichen gesetzt (›Würde als immaterielles Gut‹; ‚menschliche‘ Akteure); Sachverhalte bzw. Referenzobjekte als induktiv-deduktiv gewonnene heuristische Analysekatoren werden in Majuskeln gesetzt (WÜRDE, UNANTASTBARKEIT usw.).

Mikroebene. Ergänzt man diese bewährten qualitativen mit quantitativen, computergestützten Verfahren der Korpuslinguistik, erhält man neue Zugänge auch zu Makrostrukturen juristischer Diskurse.

Die Korpuslinguistik ist eine Teildisziplin der Sprachwissenschaft, die seit den späten 80er Jahren nicht nur methodisch, sondern auch in der Theorie neue Wege empirischer Sprachforschung eingeschlagen hat. Vertreter dieser Teildisziplin grenzen sich von der linguistischen Lehnstuhlmethodik generativer Grammatikforschung und ihrem Vertrauen in die Kompetenz-Kompetenz der analytischen Introspektion ab, und betonen ihrerseits die sprachliche Performanz in großen Datenmassen, also Textkorpora mit mehreren tausend Texten und Millionen bis Milliarden Wortformen. Zur Untersuchung solcher umfassender Datenmengen wurden und werden spezielle Software und Algorithmen entwickelt, die vor allem einem Zweck dienen: der automatischen Berechnung und Identifizierung jener sprachlichen Muster⁸⁶, die in einer einzeltextorientierten und intuitiv geleiteten Untersuchung gerade nicht oder nur zufällig aufgefunden werden könnten. Die

⁸⁶ Unter „rekurrenten Sprachmustern“ verstehe ich sprachliche Sachverhaltszuschreibungen unterschiedlicher Größe auf der Ausdrucksebene, die in bestimmten Sprachausschnitten überzufällig häufig auftreten und daher als „typisch“ für diese gelten können (vgl. *Bubenhofer, N.*, Diskurse berechnen? Wege zu einer korpuslinguistischen Diskursanalyse. In: *Methoden der Diskurslinguistik. Sprachwissenschaftliche Zugänge zur transtextuellen Ebene*, Hrsg. von Ingo Warnke und Jürgen Spitzmüller, Berlin / New York 2008, S. 408f.). Typikalität in diesem Sinne lässt sich auch als rekurrente Ko(n)textualisierung von Sprachphänomenen beschreiben. Damit ist gemeint,

- dass sprachliche Phänomene in (Rechts-)Diskursen iterativ in Verbindung mit anderen Sprachphänomenen auftreten, damit ‚kohäsiv‘ korrelieren (Kotexte) und dadurch kohärenzbildend stereotypisieren;
- dass diese kotextuellen Muster in den spezifischen Sprach-Kontexten der Juristen (im Sinne des oben beschriebenen Fach(sprach)wissens) als Kontextualisierungshinweise zur Verfügung stehen und damit
- potentiell rekursiv wissenskonstitutiv sind in dem Sinne, dass sie stereotype Fachkonzepte bilden bzw. abrufen können.

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

- hochfrequente einzelne Ausdrücke (qualitativ auch als Schlagwörter bekannt);
- einzelne Ausdrücke im Verbund von Mehrworteinheiten (MWE) bzw. Syntagmen wie explizite Zuschreibungen (X-AKTEUR(E) *ist/sind* Y-ATTRIBUT), feststehende Redewendungen oder usuelle Wortverbindungen (z.B. *Ohren putzen/waschen* vs. *Zähne putzen/*waschen*), Formeln (*im Namen des Volkes*) u.v.a.;
- grammatische Muster wie [best. Art.] + *Würde des Menschen*, Nominalstil oder häufige Konnektoren, sowie schließlich auch
- komplexe Kotextmuster bzw. Kookkurrenznetze als statistisch signifikantes, gemeinsames Auftreten von einzelnen Ausdrücken innerhalb eines bestimmten Ausdrucksintervalls (z.B. *Menschenwürde* [+3 Wörter] *Sozialstaatsprinzip*).

verschiedenen Hilfsmittel, die hier vorzustellen den Rahmen sprengte⁸⁷, können damit rekurrente (also statistisch sich signifikant wiederholende) Ko(n)textstrukturen und damit Verknüpfungen im Textuniversum sichtbar machen.

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

- (a) in der korpusgeleiteten Ko(n)text-Disambiguierung juristischer Rechtsausdrücke, in der der wittgensteinsche Grundsatz, „die Bedeutung eines Wortes“ – und damit auch jeglicher Normtextteile – sei „sein [regelmäßiger] Gebrauch in der Sprache“⁸⁸ ernst genommen und die Performanz juristischer Textarbeit in den Fokus gerückt wird;
- (b) im transparenten Nachvollzug von juristischen Sachverhalts- bzw. Normkonstitutionen durch eine semiautomatische Strukturierung der Daten; sowie schließlich in
- (c) einer Vermittlung von quantitativer (makrosystematischer) und qualitativer (mikrosystematischer) Analyse und damit Relativierung von Einzeltextbelegen mit systematisch wiederkehrenden Sprachmustern über eine größere Textmenge hinweg.

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

⁸⁷ Vgl. dazu *Baker, P.*, *Using Corpora in Discourse Analysis*, London 2006.

⁸⁸ *Wittgenstein, L.*, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt / Main 2003, 40.

c) Dogmatische Spuren zur „Menschenwürde“ in der Rechtssprache

Das leitende Erkenntnisinteresse der Untersuchung⁸⁹ lässt sich in 2 Fragen zusammenfassen: (a) In welchen (ausdrucksseitigen) rekurrenten sprachlichen Formationen treten die in Art. 1 Abs. 1 GG festgeschriebenen Ausdrücke *Würde* [*des Menschen*] bzw. *Menschenwürde* im Korpus auf? Und: (b) Inwiefern lassen die damit eruierten sprachlichen Muster eine kontextuelle Konkretisierung des diskursiven Gebrauchs zu und damit auf die makrosystematische ‚Bedeutung‘ bzw. diskursive Sedimentierung dieses ersten Grundrechts schließen?

Der Untersuchung zugrunde liegt ein Textkorpus aus allen 4238 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Zeitraum von 1998 bis zum 15.06.2010⁹⁰. Das Korpus umfasst damit rund 8,45 Millionen ungefilterte (‚originale‘) fortlaufende Wortformen (Token). Um bei Anwendung automatischer Suchroutinen und Berechnung von Kontextmustern sämtliche Flexionsformen berücksichtigen zu können, wurde das Korpus mit Hilfe des „TreeTagger“ (Part-of-Speech-Tagger)⁹¹ lemmatisiert und Wortart-annotiert. Analysen und Berechnungen erfolgten mit der Software AntConc⁹².

Die Analyse setzt semasiologisch⁹³ an denjenigen Ausdrücken an, die im Grundgesetz (Normtext), wenn nicht die entscheidende, so zumindest eine referentielle Basis für Konkretisierungen dessen dienen, was Juristen mit *Würde* oder *Menschenwürde* bezeichnen⁹⁴. Um diese Ausdrücke in ihrem ambigen wie invarianten Gebrauch sichtbar zu machen, wurde systematisch die sprachliche Umgebung zu den beiden Ausgangsausdrücken durchsucht, sortiert und kategorisiert. Genauer: Es wurden mittels Kookkurrenz- und Clusteranalysen

⁸⁹ Teile dieses empirischen Kapitels finden ihren Ursprung ausführlich in: Vogel, F., Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive. In Ekkehard Felder, Marcus Müller, Friedemann Vogel (Hgg.): Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen von Texten und Gesprächen, S. 314-353. Berlin / New York 2012.

⁹⁰ Die Texte wurden automatisch mit Hilfe eines sog. Webspiders aus dem Onlinearchiv des BVerfG heruntergeladen und für die weitere Transformation in ein Unicode-basiertes (html-scriptsprachenfreies) txt-Format übertragen.

⁹¹ <http://www.ims.uni-stuttgart.de/projekte/corplex/TreeTagger/> (28.12.2011).

⁹² <http://www.antlab.sci.waseda.ac.jp/> (02.05.2012) – Inzwischen hat Friedemann Vogel eine eigene, speziell für linguistische Diskurs- und Imageanalysen konzipierte Software entwickelt und für die wissenschaftliche Nutzung kostenlos zur Verfügung gestellt (vgl. <http://www.lida-toolkit.friedemann-vogel.de>, 02.05.2012).

⁹³ Das heißt perspektivisch vom Ausdruck zu seinen konkreten Bedeutungen im Kontext.

⁹⁴ Der damit referierte ‚Gegenstand‘ wird im Folgenden (kategorisch) als WÜRDE formalisiert.

statistisch signifikante Kookkurrenzpartner, Komposita sowie Mehrworteinheiten zu *Würde* bzw. *Menschenwürde* ermittelt und mittels gezielter Suchanfragen, KWIC- und Volltextanalysen konkretisiert und nach ähnlichen Ko(n)texten gruppiert. Hierzu einige Illustrationen:

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

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

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

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

indet. Damit wird letztlich dem aus der **Menschenwürde abzuleitenden Gebot**, dass über die Rechte e
n Bundesgerichtshof, nach der diese die **Menschenwürde AIDS-kranker Menschen** verletzt, erscheint e
res Charakters als Meinungsäußerung die **Menschenwürde Aidskranker. Bindende Vorgaben** des Bundesv
abe, worin sowohl ein Verstoß gegen die **Menschenwürde als auch gegen** das Verbot des Art. 104 Abs
gibt ihm die Achtung und den Schutz der **Menschenwürde als des tragenden** Konstitutionsprinzips un
rechen (vgl. BVerfGE 1, 97 <104>). Die **Menschenwürde als Fundament aller** Grundrechte ist mit ke
ts- und der Landgerichte stehen mit der **Menschenwürde als oberstem Wert** des Grundgesetzes und tr
rücksichtigt. 16 aa) (1) Mit der **Menschenwürde als oberstem Wert** des Grundgesetzes kommt e
ndlegend verkannt. 12 (1) Mit der **Menschenwürde als oberstem Wert** des Grundgesetzes und tr
ngen. Auch Art. 1 Abs. 1 GG schütze die **Menschenwürde als obersten Verfassungswert** des Grundgese
n sich die Äußerung als Angriff auf die **Menschenwürde, als Schmähkritik oder** als Formalbeleidigu
Beurteilung verkennt die Reichweite der **Menschenwürde als Schranke der** Meinungsfreiheit im Wettb
schliche Leben ist die vitale Basis der **Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip** und obe
nwürde eines anderen antastet. Denn die **Menschenwürde als Wurzel aller** Grundrechte ist mit keine
tlichen Frieden zu stören, weil sie die **Menschenwürde anderer dadurch angreife**, dass zum Hass ge
erdeführer hätten Schriften, welche die **Menschenwürde anderer dadurch angriffen**, dass Teile der l
schlagen (§ 11 Abs. 3 StGB), welche die **Menschenwürde anderer dadurch angriffen**, dass Teile der l
den öffentlichen Frieden zu stören, die **Menschenwürde anderer dadurch verletzt**, daß sie Personen

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

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

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

- *Würde* erscheint in zahlreichen, fest gefügten sprachlichen Mustern, die das, was WÜRDE ist oder sein soll, wie folgt konkretisieren:
- WÜRDE wird als etwas ›Abstraktes‹, negativ über die ›Art und Umfang ihrer konkreten, einzelfallbezogenen Verletzung von bestimmten Akteuren (›Träger von WÜRDE‹) konstituiert als *Antwort auf eine Geschichte gewordene Bedrohung und Zerstörung der Menschenwürde* (NS-Zeit) (= Diskursiver Boden);
- WÜRDE ›hat man nicht‹, WÜRDE wird einem im Falle der Verletzung vom Gericht über die Konkretisierung der Verletzung selbst erst zugeschrieben;
- WÜRDE wird im verfassungsrechtlichen Dogma verhandelt als ›letztmögliche Quelle für normative Legitimität‹ in einem als ganzheitlich gedachten Rechtssystem, das heißt, der Verweis auf die *Menschenwürde* dient als größtmöglicher Geltungsanspruch (Topos) widerstreitender Akteure;
- WÜRDE ist apologetischer *Wert* (schon erkennbar im bestimmten Artikel: *die Menschenwürde*, der ›lebenden wie toten Menschen‹ zukommt, ›weil sie kognitiv bewusste und im sozialen Kollektiv (bzw. kollektiven Gedächtnis) integrierte Menschen sind oder waren‹;
- WÜRDE ist ›etwas, das ›staatlich vor X = Gefahr geschützt werden muss‹ (Perspektive des Imperativs) und
- WÜRDE ist ›Anspruch des Individuums gegenüber dem Kollektiv‹ (Perspektive des individuellen Anspruchs);
- In den einzelnen Fallkonstellationen scheint WÜRDE schließlich so etwas zu sein wie ›körperlich-physische sowie (mit großen Abstrichen) geistig-psychische Integrität des Betroffenen‹.

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

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

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

a) Philosophische Prinzipienlehre

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

- Der Ausdruck *Prinzip* ist im Korpus insgesamt 703-mal belegt, davon lediglich 4-mal im Kontext der *Menschenwürde* und nie als Teil von Mehrworteinheiten in der Kombination mit *Philosophie*, *nach X* (= Theoretiker) u.ä. Häufige Komposita, Cluster und Kookurrenzpartner (*Rechtsstaatsprinzip*, *Konstitutionsprinzip*, *Rechtsstaat*, *Grundsatz* u.ä.) zeigen keine Nähe des Ausdrucks zu philosophischer Prinzipienlehre; *Prinzip* bedeutet – auch in den 4 Fällen des *Menschenwürde*-Bezugs – vielmehr einen jeweils zu konkretisierenden allgemeinen ›Grundsatz‹ (z.B. [sind] *sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde*).
- Der Ausdruck *Rechtsidee* ist im Korpus nicht belegt.

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

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

b) Konduktives Argument

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

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

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

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

c) „Abwägung“ als Kern- und Randbereich

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

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

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

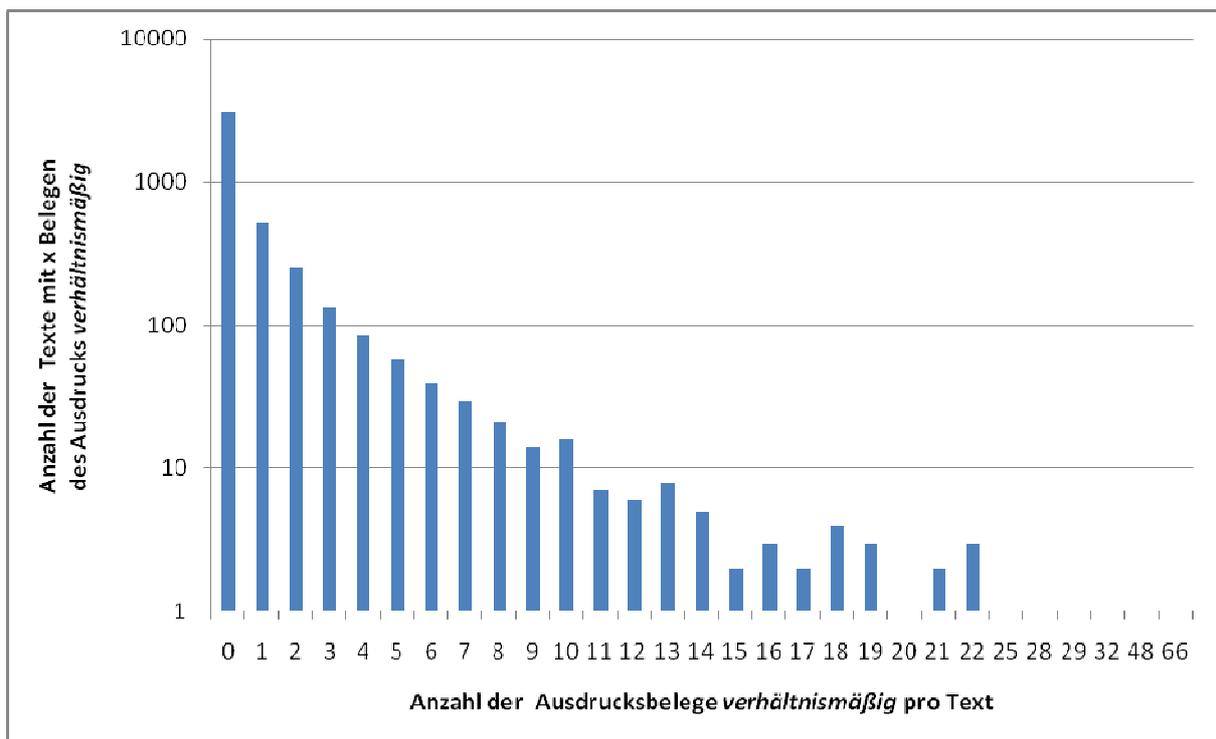
Im Kontext der *Abwägung* findet sich schließlich auch sehr häufig die Denkfigur der ›*Verhältnismäßigkeitsprüfung*‹. Im Gesamtkorpus tritt die Zeichenfolge *verhältnismäßig* insgesamt 3.854 mal auf, davon allerdings nur 4 mal im Kontext der *Menschenwürde*. Die Verteilung des Ausdrucks auf die einzelnen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

Der Hinweis auf *Verhältnismäßigkeit* verweist dabei weder auf ein ›Prinzip‹ noch auf eine numerische Gewichtung von Argumenten (auch wenn dies metaphorisch häufig formuliert wird⁹⁵), sondern ruft lediglich den verfassungsrechtlichen Grundsatz auf, dass die Argumente aus der Perspektive a) der staatlichen Fürsorgepflicht und b)

⁹⁵ Es seien diese und jene Argumente *gewichtiger* oder *zu gewichten* usw.

aus den Abwehrrechten des Einzelnen kontrastiv und vor allem mit Bezug auf den infragestehenden Normtext konkret ausgehandelt werden müssen. Das zeigt sich bereits in der wiederkehrenden Textstruktur:

1. Nennung des ‚Schlüsselwortes‘ *verhältnismäßig** zur Aktivierung der juristischen Fachsemantik im Hinblick auf eine argumentative Auseinandersetzung um den ‚angemessenen‘ *Ausgleich* widerstreitender Interessen.
2. Explikation bzw. Konkretisierung zu einem abstrakten ‚Grundsatz‘ (in der Regel mit zahlreichen Selbstzitat^{en} des Gerichts), welche verfassungsrechtlichen Aspekte im Rahmen einer ›Verhältnismäßigkeitsprüfung‹ zu berücksichtigen seien usw.
3. Konkrete Aushandlung mit Einarbeitung bzw. Gewichtung der beteiligten Positionen und ihrer Argumente (im konkreten Fall).



IV. Zur Theorie der Praxis gerichtlicher Abwägung

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

1. Wie wägen Gerichte ab?

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

Mit dem Vergleich der abstrakten Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter ist aber nur der erste vorbereitende Schritt getan. Auch kann auf dieser Ebene eine Situation entstehen, die nicht intuitiv plausibel ist. So wäre etwa Leben mit einem Gesetzesvorbehalt weniger bedeutsam als Religion ohne Gesetzesvorbehalt. Der zweite, entscheidende Schritt liegt daher im Vergleich der konkreten Eingriffsintensität. Hier beginnt die lokale semantische Elaboration. Im Vordergrund steht hier der Einzelfall und nur einige wenige nicht regelmäßig wiederkehrende Topoi können unterschieden werden. Hier wird etwa geklärt, auf welcher Seite der Eingriff schwerwiegender ist: „Die bis zur rechtskräftigen Verurteilung zugunsten des Angeklagten sprechende Unschuldsvermutung gebietet eine zurückhaltende, mindestens aber eine ausgewogene Berichterstattung durch die Medien. Außerdem ist eine mögliche Prangerwirkung zu berücksichtigen, die durch eine identifizierende Medienbericht-

erstattung bewirkt wird. Die besondere Schwere einer angeklagten Tat und ihre als besonders verwerflich empfundene Begehungsweise kann im Einzelfall nicht nur ein gesteigertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, sondern auch die Gefahr begründen, dass der Angeklagte eine Stigmatisierung erfährt, die ein Freispruch möglicherweise nicht mehr zu beseitigen vermag.⁹⁶ Für die Bearbeitung dieser Frage dient die metaphorische Unterscheidung von Peripherie und Kernbereich, wobei natürlich jeder Eingriff in den Kernbereich schwerer wiegt. Ein solcher Eingriff liegt dann vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt. Wenn es dagegen um eine ersetzbare, das heißt, um eine funktional gleichwertige Handlungsmodalität geht, so wird nur die Peripherie betroffen. Die Seite mit dem Kernbereichseingriff hat dann im Ergebnis Vorrang. Es handelt sich also um das Gedankenexperiment des Wegdenkens: Bleibt von der Freiheitsgarantie noch etwas Sinnvolles übrig oder bricht sie als Ganzes zusammen, wie zum Beispiel eine Pressefreiheit ohne Informantenschutz? Daneben gibt es aber noch weitere Gesichtspunkte: Etwa die Frage, ob eine der beiden Seiten Handlungsalternativen hat oder mit dem Rücken zur Wand steht: „Der Einsatz von Wasserwerfern stellt kein Verstoß gegen die Menschenwürde dar, zumindest dann nicht, wenn sich der Betroffene dem Einsatz hätte entziehen können.“⁹⁷ Weiterhin die Unterscheidung, auf welcher Seite der geschaffene Zustand leicht revisibel ist und wo er nur schwer wieder rückgängig gemacht werden kann. Insgesamt wird vom Gericht die Abwägung nicht als black box behandelt, aus der nichts weiter herauspringt, als eine subjektive Präferenz. Vielmehr geht es um die Bilanzierung und Verarbeitung der von beiden Seiten vorgebrachten Einwände.

2. Wie vollzieht sich die lokale Ausarbeitung der Semantik?

Dies zeigt sich am Beispiel der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Tagebuch. Darin hält das Gericht eine Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren unter gewissen Voraussetzungen für möglich. Es hat dies in einer 4:4-Entscheidung dann zugelassen, wenn das fragliche Textstück der Privatsphäre und nicht der Intimsphäre zuzuordnen ist.⁹⁸ Dabei nimmt das Gericht zwischen

⁹⁶ BVerfG, in: NJW 2009, S. 350.

⁹⁷ BVerfG, in: NVwZ 1999, S. 290 ff., 293.

⁹⁸ Wegen der Stimmgleichheit konnte das Gericht nicht feststellen, dass die Verwertung gegen das Grundgesetz verstößt. BVerfG 80, S. 367 ff., 376; vgl. dazu auch *Rolf Gröschner/Oliver W.*

Intimsphäre und Privatsphäre keine begriffliche Abgrenzung vor, sondern arbeitet die streitige Semantik lokal aus: „Die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, hängt daher nicht davon ab, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist. Dies lässt sich nicht abstrakt beschreiben; es kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden.“⁹⁹ Dabei werden Argumente, welche von den Verfahrensbeteiligten vorgetragen wurden, entweder widerlegt oder integriert. So erscheint etwa auf Seiten des Betroffenen der Wille zur Geheimhaltung und auf Seiten der Strafverfolgungsorgane das Interesse am Beweis der Straftat. Dabei formuliert das Gericht: „Es kommt zunächst darauf an, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt geheim halten will oder nicht. Denn dort, wo der Betroffene auf Geheimhaltung selbst keinen Wert legt, ist der Kernbereich schon wegen dieses Umstands in aller Regel nicht berührt. Andererseits lässt sich der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts nicht in der Weise bestimmen, dass es allein auf den Willen des Betroffenen zur Geheimhaltung ankommt.“¹⁰⁰ Diese lokal gebundene Argumentation ist natürlich für ein philosophisch begriffliches Interesse unbefriedigend. Aber es ist die einzig mögliche Art damit umzugehen. Eine prinzipielle Fixierung der Semantik würde sich selbst dekonstruieren. Deswegen bedarf es des lokalen Bezugs: „Ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zugeordnet werden kann, hängt ferner davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt.“¹⁰¹ Die Persönlichkeitssphäre und die Strafverfolgungsbefugnisse der Gemeinschaft sind die beiden Pole, welche hier im Wege der Argumentation semantisch ausgearbeitet werden.

Lembcke, Dignitas absoluta. Ein kritischer Kommentar zum Absolutheitsanspruch der Würde, in: *dies.* (Hrsg.), *Das Dogma der Unantastbarkeit*, Tübingen 2009, S. 1 ff., 11.

⁹⁹ BVerfGE 80, S. 367 ff., 374.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Ebd.

3. Die Verkettung von Präjudizien

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

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

Präjudizien sind zu verstehen „als Exempel richtigen fachsprachlichen Gebrauchs der einschlägigen Begriffe.“¹⁰² Sie sind „Verweise auf die semantische Gleichbehandlung und damit die ‚Richtigkeit‘ eines Rechtsbegriffs. Diese Bestimmung der Bedeutung durch die Bezugnahme auf erhebliche Sprachverwender ist auch genau das Verfahren, das gute Wörterbücher anwenden: Sie erläutern einen Begriff durch die Heranziehung beispielhafter Verwendungen.“¹⁰³

¹⁰² *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 72.

¹⁰³ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 73.

Präjudizien sind kein Gegensatz zum Gesetz, sondern ein Weg, die Gesetzesbindung praktisch zu machen. In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität konstituiert.¹⁰⁴ Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu. Vielmehr wird diese erst eingesetzt. „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“¹⁰⁵ Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall grundsätzlich als ein internes markiert. Blicke es aber dabei, so fielen allerdings Norm und Anwendung amorph in sich zusammen. „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“¹⁰⁶ Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handlungen als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines anderen wieder vom Fall abgehoben.¹⁰⁷

Ohne Präjudizien lässt sich also Recht nicht finden.¹⁰⁸ Empirische Untersuchungen in Form von Inhaltsanalysen gerichtlicher Begründungen zeigen, dass Präjudizien für

¹⁰⁴ Grundlegend *Jacques Derrida*, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, Frankfurt am Main 1991. *Georg W. Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Andreas Kern/Christoph Menke*, Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 289 ff., hier v.a. S. 296 ff.

¹⁰⁵ *Georg W. Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Andreas Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

¹⁰⁶ *Georg W. Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Andreas Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

¹⁰⁷ *Georg W. Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Andreas Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 297.

¹⁰⁸ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 133.

den Richter die wichtigste Entscheidungsgrundlage sind.¹⁰⁹ Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird etwa in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und damit zehnmal so häufig wie die Systematik des Gesetzes.¹¹⁰ Auch das BVerfG zitiert sich in unserem hier vorliegenden Korpus (vgl. unten) mit 28.879 Belegen fast fünfmal häufiger selbst, als es nach etwaigen Prinzipien „auslegt“ (6.177)¹¹¹. „Falls eine Gerichtsentscheidung eine einschlägige Rechtsgrundlage nicht nennt, wird dies von der Fachgemeinschaft durchaus als fehlerhaft vermerkt. Falls keine Hinweise auf entsprechende frühere Urteile sich finden, ist dies entweder der großen Selbstverständlichkeit der Entscheidung geschuldet oder aber der Tatsache, dass das Gericht in einer Rechtsfrage noch Neuland betreten hat.“¹¹² In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument also im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

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

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

¹⁰⁹ Hans Kudlich/Ralph Christensen, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln München 2009, S. 37 ff.

¹¹⁰ Vgl. Mariele Dederichs, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004, S. 106.

¹¹¹ Im Ko(n)text [-20/+20] der *Menschenwürde* ist das Verhältnis noch deutlicher, insofern das BVerfG sich 38 mal selbst zitiert, hingegen nur ein einziges mal *auslegt*.

¹¹² Martin Morlok, Der Text hinter dem Text, in: Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 109.

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

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