

Paul Kirchhof

# Rechtssprache zwischen Ideal und Wirklichkeit

## 1 Der Gestaltungsanspruch des Rechts

### 1.1 Abstraktion als Bedingung des Denkens

Wenn der Architekt ein Gebäude konstruiert, entwirft er einen Plan, der demnächst realisiert wird. Die Konstruktion macht die beabsichtigte Zukunft sichtbar. Wenn der Jurist einen Fall konstruiert, erdenkt er einen Sachverhalt, der möglich wäre, aber praktisch nicht vorkommt, um in der Pointierung oder Vereinfachung des Falles das Rechtsproblem zu verdeutlichen. Er spricht von einem Menschen, der von einer amerikanischen, mit einem Kanadier verheirateten Mutter während des Fluges über Frankreich in einer deutschen Maschine als ein Kind geboren worden ist, das biologisch von einem italienischen Vater abstammt. Die Frage lautet dann: Darf dieser Mensch in Deutschland bei der Kommunalwahl und bei der Bundestagswahl wählen? Der konstruierte Fall soll die Vielfalt der Wirklichkeit und damit die möglichen Anfragen der Realität an das Recht verdeutlichen.

Der Philosoph konstruiert einen Gedanken, der sich aus der Enge des Alltäglichen löst, die Bestimmung des Menschen zu Idee und Ideal betont, in der Kraft der Abstraktion und dem Anspruch auf Ewigkeitsaussagen Distanz zur Welt gewinnt, auch die begrenzte Erkenntnisfähigkeit des Menschen bewusst macht.<sup>1</sup> Er findet sich plötzlich in einer Höhle wieder, sieht dort nicht die Wirklichkeit, sondern beobachtet nur die durch ein Feuer entstandenen Schatten der Dinge auf der Höhlenwand und hört das Echo der Gespräche der Menschen, hält diese Abbilder für die Wirklichkeit.<sup>2</sup>

Der Mensch will die Welt erfahren, experimentell nachbilden und verändern, er will sie verstehen und ergründen. Sprachliches Begreifen entsteht aus dem wertenden Vergleich der Dinge, in dem wir Identitäten, Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten erfassen. Dabei definiert der Mensch im Begreifen der Welt jeweils seinen Standort: Er benennt seinen Raum nach Himmelsrichtungen, nach Land und Stadt, Berg oder Tal, Kultur und Sprache. Er ordnet die Zeit in einem Kalender, in Jahren, Monaten, Tagen und Minuten. Er versteht die Geschichte in

---

1 Vgl. Cusanus 1460/1932, 157.

2 Platon 473–347 v. Chr./2000, 566 ff.

Epochen, in Herrschaftsstrukturen, in Kulturentwicklungen, in Kriegen und Friedensschlüssen, in sozialen Veränderungen und Notlagen, in ‚guten‘ und ‚schlechten‘ Zeiten. Er systematisiert eine Bibliothek nach Autoren, nach Themen, nach Erscheinungsjahr oder seinen Vorlieben. Er gibt dem anderen einen Familiennamen, ordnet ihn damit einer Familie zu, aber auch einen Vornamen, um ihn als Einzelperson ansprechen zu können. Er stellt ihn in die Zusammenhänge von Staatsangehörigkeit, Berufsqualifikation, Religionszugehörigkeit, Ehren- und Anerkennungsstatus. Stets verbinden sich Realitätsanalyse und ordnendes Denken. Die bloße Beobachtung, qualifiziert in bestimmten Eigenschaften und Kriterien, schafft in der Abstraktion Kategorien und Ordnungssysteme.

Dieses Denken in Begriffen, das Ordnen der Welt in Kategorien und Systemen gilt selbstverständlich auch für das Recht. Dabei hat die Rechtssprache aber drei Besonderheiten: Das Recht spricht verbindlich, will den Angesprochenen also nicht nur informieren und inspirieren, sondern erwartet Befolgung des Angeordneten. Sodann sucht die Rechtssprache nicht heilsame Unsicherheit zu verbreiten, die den Menschen aus seiner vermeintlichen Gewissheit herausreißt, sondern vermittelt Sicherheit, Verlässlichkeit, Vertrauen in eine vertraute und stetige Rechtsordnung. Schließlich ist die Rechtsfindung in das wohl ausgeprägteste Diskurssystem unserer Lebenswirklichkeit gebunden. Recht ereignet sich in Sprache. Das Gesetz wird im *Parlament* nach öffentlicher *Debatte* beschlossen. Der Abgeordnete gibt seine *Stimme* ab. Der Bundesrat erhebt *Einspruch* oder *Widerspruch*. Der *Wortlaut* des Gesetzes wird *verkündet*. Der Betroffene erhebt *Klage*. Die *Rechtsprechung* entscheidet über *Anspruch* oder *Freispruch*, vervollständigt das nicht hinreichende Gesetz in *entsprechender* Anwendung. Doch diese Rechtsgespräche enden immer mit einer Entscheidung über das Gesetz oder über das Urteil. Recht will die Wirklichkeit gestalten.

## 1.2 Gestaltung der Rechtswirklichkeit durch die verschiedenen Staatsgewalten

### 1.2.1 Die Rechtsprechung

Bei der Rechtsprechung wird der Auftrag des Rechts, erst die Wirklichkeit zu ermitteln und sie dann zu beurteilen, besonders deutlich. Der Richter prüft zunächst, was tatsächlich geschehen ist. Wurde ein Mensch getötet und wer ist der Täter? Wurde ein Vertrag geschlossen, was ist sein Inhalt und wer hat ihn zu erfüllen? Ist ein Bauwerk standsicher errichtet oder gefährdet es Menschen, wer ist dafür verantwortlich? Hat ein Inländer Einkommen erzielt und wie hoch ist es? Ist ein Mensch bedürftig und wie ist er versichert?

Bei dieser Tatsachenermittlung dient das rechtliche Gehör den Streitparteien, ihre Wirklichkeitssicht darzustellen und zu erläutern. So beobachtet der Richter die Realität zunächst in der Sicht des Klägers, sodann in der Sicht des Beklagten, erhebt Beweise, bedient sich der Begutachter, stützt sich auf seine Richter- und seine Lebenserfahrung. Letztlich muss er sich ein Urteil bilden von dem, was war.

Die Streitparteien sind bei ihrem Sachvortrag zur Wahrheit verpflichtet. Mit Ausnahme des Strafverfahrens, in dem der Angeklagte sich nicht selbst belasten muss und grundsätzlich die Aussage verweigern kann, müssen die Parteien den Richter bei der Wahrheitssuche unterstützen. Tragen sie bewusst Unwahrheiten vor, machen sie sich – wegen Prozessbetrugs, Urkundenfälschung oder falscher Aussage – strafbar.

Bei der anschließenden rechtlichen Würdigung der festgestellten Tatsachen sind die Parteien im Vortrag frei. Sie können über das Recht fabulieren, resümieren und spekulieren. Die einzige Sanktion für einen törichten Rechtsvortrag ist die Antwort des Richters, der diesen Vortrag unbeachtet lässt. So erlebt der Richter die Weite und Freiheit des gegenläufigen Rechtsgesprächs. Freiheit ist auch das Recht zum Experiment, auch zur Torheit.

Dabei ist in der Regel aber unstrittig, dass eine Realität zu beurteilen und dass das Recht real und verbindlich ist. Selbstverständlich mag der Angeklagte vortragen, es habe keinen Mord gegeben, weil die Leiche noch nicht gefunden worden ist. Der Vertragsschuldner mag behaupten, den Vertrag habe es nie gegeben. Der Steuerpflichtige mag einwenden, er habe keinen Gewinn, sondern nur Verluste gemacht. Dies sind aber jeweils Aussagen, die eine andere Realität behaupten, nicht die Gebundenheit des Menschen in seiner Lebenswirklichkeit in Frage stellen. Recht lebt in der Wirklichkeit, sucht diese in Sprache zu begreifen und in Recht-Sprechung zu beurteilen.

## 1.2.2 Gesetzgebung

Auch die Gesetzgebung ist Auseinandersetzen mit der Wirklichkeit. Sie sucht „die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht zu erfassen“.<sup>3</sup> Will der Gesetzgeber

---

<sup>3</sup> *BVerfGE* 27, 142 (150) – Kinderzuschlag für „Enkelpflegekinder“; *BVerfGE* 39, 316 (329) – Kinderzuschuss in der Knappschaft; *BVerfGE* 66, 214 (222) – Zwangsläufige Unterhaltsaufwendungen; *BVerfGE* 82, 60 (82 f.) – Steuerfreies Existenzminimum; *BVerfGE* 89, 346 (353) – Ausbildungsfreibetrag; *BVerfGE* 93, 121 (134 f.) – Einheitsbewertung; *BVerfGE* 93, 165 (173 f.) – Erbschaftsteuer (gesonderte Bewertung); *BVerfGE* 96, 1 (9) – Weihnachtsfreibetrag; *BVerfGE* 99, 246 (258 f.) – Kinderexistenzminimum; *BVerfGE* 99, 280 (290) – Aufwandsentschädigung-Ost; *BVerfGE* 101, 297 (310) – Häusliches Arbeitszimmer; *BVerfGE* 105, 73 (124 f.) – Rentenbesteuerung; *BVerfGE* 110,

das Existenzminimum für alle Menschen sichern, muss er die Wirklichkeit analysieren und den tatsächlichen Lebensbedarf feststellen. Dieser ist für Erwachsene anders als bei Kindern, für Gesunde anders als bei Kranken, war 1949 elementar und ist heute Bedarf einer Wohlstandsgesellschaft.<sup>4</sup> Will er im Arzneimittelrecht die Zulassungsmaßstäbe für Medikamente regeln, muss er sich ein realistisches Bild von einer Krankheit und den medizinisch möglichen Heilmitteln verschaffen und diese Erkenntnisse seinen Regelungen realitätsgerecht zugrunde legen. Will er die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs rechtlich organisieren, muss er die tatsächlichen Gefahrenlagen feststellen und vorbeugend die Anforderung an den Straßenbau, an die Fahrzeuge und an die Qualifikation der Fahrzeugführer bestimmen und sodann präventive Verhaltensregeln entwickeln. Erfasst der Gesetzgeber die tatsächlich vorgefundene Wirklichkeit nicht realitätsgerecht, so ist das Gesetz allein deswegen verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat Gesetze für verfassungswidrig erklärt, weil ein Gesetz den existenznotwendigen Aufwand im Einkommensteuerrecht<sup>5</sup> und im Sozialrecht<sup>6</sup> nicht nach den tatsächlichen Bedürfnissen bemessen, der Besteuerung unreal niedrige Grundstückswerte zugrunde gelegt<sup>7</sup> oder es sich im Wahlrecht bei seinen Einschätzungen und Bewertungen „an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen“, und nicht „an der politischen Wirklichkeit“ orientiert<sup>8</sup> hat. Dort wurde das Wahlrecht, das die Wahlberechtigung von Auslandsdeutschen allein an einen früheren dreimonatigen Daueraufenthalt im Bundesgebiet knüpfte, als nicht wirklichkeitsgerecht beanstandet. Ein Großteil der Gesetze formt die vorgefundene Wirklichkeit zu Rechtsverhältnissen, ordnet etwa den Ablauf des menschlichen Lebens in Rechtsfähigkeit, strafrechtliche Verantwortlichkeit, Geschäftsfähigkeit, Wahlmündigkeit, Elternrecht, Rentenrecht und Erbrecht. Es prägt sozial und historisch gewachsene Gemeinschaften zu Rechtsinstituten der Ehe und Familie, der Gemeinde und des Staates, der Schule und der Universität, der Kirchen und der Weltanschauungsgemeinschaften. Oft werden die in der Wirklichkeit

---

412 (433) – Teilkindergehalt; *BVerfGE* 112, 268 (278 f.) – Kinderbetreuungskosten; *BVerfGE* 116, 164 (183) – Tarifbegrenzung gewerblicher Einkünfte; *BVerfGE* 117, 1 (31 f.) – Erbschaftsteuer; *BVerfGE* 125, 175 (232) – Hartz IV.

4 Vgl. *BVerfGE* 125, 175 (222) – Hartz IV.

5 *BVerfGE* 66, 214 (223) – Zwangsläufige Unterhaltsaufwendungen; *BVerfGE* 87, 153 (172) – Grundfreibetrag; *BVerfGE* 99, 216 (293) – Familienlastenausgleich; *BVerfGE* 112, 268 (281) – Kinderbetreuungskosten; *BVerfGE* 124, 282 (295) – Nichtanrechnung von Kindergeld auf Unterhalt.

6 *BVerfGE* 125, 175 (222) – Hartz IV.

7 *BVerfGE* 93, 121 (142 ff.) – Vermögenssteuer, Einheitsbewertung; *BVerfGE* 93, 165 (173) – Erbschaftsteuer (Bewertung); *BVerfGE* 117, 1 (31 f.) – Erbschaftsteuer (gesonderte Bewertung).

8 *BVerfGE* 132, 39 (49) – Wahlberechtigung von Auslandsdeutschen.

vorgefundenen Gesetzmäßigkeiten in das staatliche Gesetz aufgenommen. Das gilt für das Zusammenleben der „anständigen Bürger“ und der „ehrbaren Kaufleute“. Hier hat der Gesetzgeber die Aufgabe, die Wirklichkeit des öffentlichen Gemeinschaftslebens, von Markt und Wettbewerb, von gegenseitiger Achtung und Wertschätzung aufzunehmen und die mitmenschlichen, gesellschaftlichen Gepflogenheiten anzuerkennen, die sich daraus ergeben haben. Beim Schutz der Kunst sind die Gesetzmäßigkeiten „freier schöpferischer Gestaltung“, der Ausdruck von Einsichten, Erfahrungen und Erlebnissen in bestimmter Formensprache zu achten.<sup>9</sup> Demgegenüber ist das Wissenschaftsrecht von den wissenschaftseigenen Gesetzmäßigkeiten, dem ernsthaften planmäßigen Streben nach neuen Erkenntnissen in Forschung und Lehre mit methodischer Selbstkontrolle, stetiger Selbst- und Fremdkritik geprägt.<sup>10</sup>

Das Gesetz will die Wirklichkeit gestalten, muss sich deshalb mit dieser „sachgerecht“ auseinandersetzen. Verfehlt es die Wirklichkeit, verlangt es etwas Unmögliches.<sup>11</sup> Erfasst das Gesetz nicht die „Eigenart des zu regelnden Sachbereichs“,<sup>12</sup> nicht die „tatsächliche Gleichheit oder Ungleichheit der zu ordnenden Lebensverhältnisse“,<sup>13</sup> so ist das Gesetz verfassungswidrig, kann vom Bundesverfassungsgericht für nichtig oder mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt werden. Der Mensch wählt den Gesetzgeber, damit er seine Wirklichkeit

**9** *BVerfGE* 30, 173 (189) – Mephisto; *BVerfGE* 36, 321 (331) – Schallplatten-Umsatzsteuer; *BVerfGE* 67, 213 (226) – Anachronistischer Zug; *BVerfGE* 77, 240 (251) – Herrnburger Bericht.

**10** *BVerfGE* 35, 79 (113) – Hochschul-Urteil; Mager in *HbStR*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 8; Fassbender in *HbStR* Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 12 f., 16 f., 2 f.; *Trute*, das., § 88 Rn. 2.

**11** Zum Vorbehalt des Möglichen vgl. *BVerfGE* 15, 126 (143) – Staatsbankrott; *BVerfGE* 27, 253 (285) – Kriegsfolgeschäden; *BVerfGE* 41, 126 (151 ff.) – Reparationsschaden; *BVerfGE* 71, 66 (75 ff.) – Ruhen der Witwenrente; *BVerfGE* 82, 322 (339 ff., 347 f., 349 f.) – Gesamtdeutsche Wahl; *BVerfGE* 92, 140 (154 f.) – Sonderkündigung; *BVerfGE* 92, 277 (325 ff.) – DDR-Spionage; *BVerfGE* 95, 96 (132 f.) – Mauerschützen, auch *BVerfGE* 33, 303 (333 f.) – Numerus clausus; *BVerfGE* 43, 291 (314) – Numerus clausus (Parkstudium); *BVerfGE* 97, 332 (349) – Gestaffelte Kindergartenbeiträge; *BVerfGE* 103, 242 (259) – Pflegeversicherung (soziale Pflegeversicherung und Erziehungsleistungen); *BVerfGE* 112, 50 (66) – Opferentschädigungsgesetz; Depenheuer in *HbStR* Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 194.

**12** So ausdrücklich *BVerfGE* 75, 108 (157) – Künstlersozialversicherungsgesetz; vgl. auch *BVerfGE* 76, 256 (329) – Beamtenversorgung; *BVerfGE* 78, 249 (287) – Fehlbelegungsabgabe; *BVerfGE* 84, 239 (268) – Kapitalertragsteuer; *BVerfGE* 93, 319 (348 f.) – Wasserpfennig; *BVerfGE* 107, 127 (146) – Doppelte Haushaltsführung; *BVerfGE* 110, 412 (432) – Teilkindergeld; *BVerfGE* 112, 268 (279) – Kinderbetreuungskosten; zur Sachgerechtigkeit insgesamt Englisch (2008, 82 ff.).

**13** *BVerfGE* 9, 201 (206) – Scheineheliche Kinder; ähnlich *BVerfGE* 1, 264 (275) – Bezirksschornsteinfeger; *BVerfGE* 3, 58 (135 f.) – Beamtenurteil; *BVerfGE* 4, 7 (18) – Investitionshilfe; *BVerfGE* 4, 352 (357) – Besonderer strafrechtlicher Ehrenschutz; *BVerfGE* 103, 310 (319) – Beschäftigungszeiten öffentlicher Dienst (MfS/AfNS) unter Verweise auf *BVerfGE* 48, 346 (357) – Witwenurteil.

verbessere. Ein Gesetzgeber, der „abstrakt konstruierte Fallgestaltungen“ und nicht die Wirklichkeit regeln würde, hat in unserer Verfassungsordnung keinen Platz.<sup>14</sup>

### 1.2.3 Gesetzvollzug

Auch für die Verwaltung gilt das Prinzip der Sachlichkeit. Dieses ist allerdings im Binnenbereich der gesetzlichen Vorgaben zu vollziehen. Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) fordert die verwaltende Gestaltung der Sachbereiche, die das Gesetz für die Staatsverwaltung in bestimmten vorgegebenen Regeln regelt. Wenn die Verwaltung dabei unbestimmte Rechtsbegriffe – z. B. den Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder der Verhältnismäßigkeit – auszufüllen, ein pflichtgemäßes Ermessen<sup>15</sup> auszuüben oder auch beim Auftreten als Nachfrager oder Anbieter auf dem Wirtschaftsmarkt Entscheidungen zu treffen hat,<sup>16</sup> so bindet der Gleichheitssatz die Verwaltung stets auf die Realitätsgerechtigkeit und Sachgerechtigkeit.

Auch die Verwaltung darf den Verwaltungsbetroffenen nur so ansprechen, wie er ist, und Verbindlichkeiten nur für das Lebensumfeld regeln, das ihn real betrifft. Der Staat ist ein Wirklichkeitsverbund. Die Distanz zur Wirklichkeit gewinnt der freie Mensch, die Gesellschaft.

## 2 Sprachliches Begreifen der Rechtswirklichkeit

### 2.1 Rechtliches Abstrahieren und Typisieren

Die Sprache bildet allgemeine Begriffe, in denen sie Gemeinsames und Unterschiedliches zusammenfasst, um sprachliche Verständigung zu ermöglichen, die

<sup>14</sup> *BVerfGE* 132, 39 (49) – Wahlberechtigung von Auslandsdeutschen; unter Hinweis auf *BVerfGE* 95, 408 (418) – Grundmandatsklausel; *BVerfGE* 120, 82 (107) – Sperrklausel Kommunalwahlen; *BVerfGE* 129, 300 (321) – Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG.

<sup>15</sup> *BVerfGE* 9, 137 (147) – Reuegeld; *BVerfGE* 14, 105 (114) – Branntweinmonopol; *BVerfGE* 14, 105; 18, 353 (363) – Devisenbewirtschaftungsgesetz; *BVerfGE* 35, 382 (400 f.) – Ausländerausweisung; *BVerfGE* 49, 168 (184) – Vertrauensschutz bei Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis für Ausländer.

<sup>16</sup> Rüfner, in: Bonner Komm. Art. 3 Abs. 1 Rn. 190; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck GG, 6. Aufl. 2010, Art. 3 I Rn. 281; Pietzcker, in: Merten/Papier, Grundrechte Bd. V, 2013, § 125 Rn. 73.

Menschen Kategorien des Begreifens zu lehren, ihnen eine Hilfe des Erinnerns anzubieten. Die sprachliche Abstraktion wird zu einem wesentlichen Mittel der Erkenntnis.<sup>17</sup> In der Klassifizierung seiner Erfahrung bildet der Mensch Gattungsbegriffe und Typusbegriffe,<sup>18</sup> hebt oft auch einen „Idealtypus“<sup>19</sup> hervor, der das Wesentliche einer beobachteten Wirklichkeit hervorhebt, sie abstrahierend konstruiert, das Reale mit einer Vorstellung bündelt und damit auch zum Utopischen neigt. Der Lehrsatz „Angebot und Nachfrage bestimmen den Preis“ gilt in der Theorie, jedoch nicht in der Realität, in der es die freie Verkehrswirtschaft kaum gibt, ein „reiner Wettbewerb nicht stattfindet.“<sup>20</sup> Die historischen Quellen bestimmen sich nach dem Forschungsinteresse – dieses macht „aus Altpapier Forschungsmaterial.“<sup>21</sup> Der Blick zurück dient dazu, Entwicklungslinien zu zeichnen, auch – juristisch, nicht historisch gesprochen – Gesetzmäßigkeiten aufzudecken. Geschichte wird auch zur historisch fundierten Kritik der Gegenwart führen.<sup>22</sup>

In dieser Fähigkeit zum Verallgemeinern wird die Sprache zur Existenzbedingung und zum Mittel des Rechts. Das Recht begreift die Wirklichkeit, indem es die rechtserheblichen Ähnlichkeiten und Bewertungen menschlichen Verhaltens in einem Sprachtatbestand definiert und in einem Imperativ<sup>23</sup> abstrahiert. Der Rechtssatz erfasst das Individuelle im Typus, verallgemeinert das Konkrete, vergrößert Unterschiedlichkeiten.<sup>24</sup> Er abstrahiert die Einzelheiten seines Gegenstandes so, dass die rechtliche Bedeutung eines Gesamtvorgangs für die konkrete Frage sichtbar wird.<sup>25</sup> Wie der Arzt nicht nur ein Symptom – den langsamen Puls – beobachtet, sondern das Gesamtbild der Erkrankung diagnostiziert, darf das Recht nicht Einzelaspekte eines Sachverhaltes erfassen, sondern muss diesen als „Fall“ auffassen und verstehen,<sup>26</sup> der einmalig, in seinen rechtserheblichen Teilen jedoch anderen ähnlich ist.

Dabei ist das Recht bemüht, die Wirklichkeit realitätsgerecht zu begreifen. Wenn wir von „Mensch“, „Straße“, „Krankheit“, „Schaden“ oder „Tod“ sprechen,

---

17 Vgl. Locke 1748/1962, 5 f.; 35 f.

18 Sellin 2005, 140.

19 Weber 1904/1951, 188.

20 Ebd., 191 f. Dazu Sellin 2005, 147 f.

21 Welskopp 2008, 124.

22 Vgl. Meier 1996, 239.

23 Vgl. Austin 1975, 245 f.

24 *BVerfGE* 82, 159 (185 f.) – Absatzfonds.

25 Zu sprachtheoretischen Parallelen vgl. Frege (1891/1975, 40 f.), Russell (1956, 241 f.) und Lipps (1958, 10 f.).

26 Vgl. Haft 1981, 83 ff., 153 f.

vermittelt die Sprache eine sehr konkrete Vorstellung von einer Wirklichkeit, mit der sich das Recht auseinandersetzt. Selbstverständlich hat das Recht sich auch mit bewussten Sprachverfremdungen zu befassen, sich mit dem berühmten Wort von Wittgenstein auseinanderzusetzen, nach dem die Sprache Kleid oder Verkleidung des Gedankens ist. Mancher nennt die Kohleabgabe mit Milliardenertträgen „Kohlepennig“, die Müllhalde „Entsorgungspark“, die Sozialwahlen mit nur einem Kandidaten „Friedenswahl“. Das Recht wird diese Worte zurückweisen, die Wirklichkeit begreifen. Wenn aber jemand den Krieg in der Ukraine leugnet, die Bilder von ertrinkenden Flüchtlingen im Mittelmeer für Übertreibungen hält, Armut in Deutschland für nicht existent erklärt, verfehlt er die Wirklichkeit. Er hat die Realität nicht begriffen, macht damit einen fundamentalen Rechtsfehler.

Wenn das Recht die Wirklichkeit zu begreifen sucht, ist ihr Blick stets von dem Anliegen des Rechts geprägt. Garantiert das Recht die Würde jedes Menschen, so sind alle Menschen gleich willkommen, mögen sie reich oder arm, alt oder jung, begabt oder unbegabt, Deutscher oder Ausländer sein. Sie haben einen Anspruch auf Existenzminimum, auf Sicherheit und körperliche Unversehrtheit, sind Rechtssubjekt und beanspruchen eine Gleichheit vor dem Gesetz. Beobachten wir diesen Menschen hingegen in der Perspektive der Schulpflicht, der Geschäftsfähigkeit oder des Wahlrechts, so ist das Alter erheblich. Die Menschen sind rechtserheblich verschieden. Fragen wir nach dem Wahlrecht, dem Einreiserecht und dem Bleiberecht, so unterscheidet sich der deutsche Staatsangehörige grundlegend vom Nichtdeutschen; der Unterschied zwischen Arm und Reich ist bedeutungslos. Geht es um die Gewährung staatlicher Sozialhilfe oder um Besteuerung, so ist die Unterscheidung zwischen Arm und Reich für das Recht entscheidend, die Frage des Alters und der Staatsangehörigkeit kann rechtlich offenbleiben. Und wenn der Staat Mutterschaftsurlaub gewährt, sind anspruchsberechtigt die Mütter, nicht die Väter. Der Unterschied zwischen Alt und Jung, Arm und Reich, Deutschem und Ausländer bleibt belanglos.

## 2.2 Antwortcharakter des Rechts

Die tatsächliche Anfrage an das Recht bestimmt seinen Inhalt und seine Anwendung. Recht gibt Antwort auf tatsächliche Ereignisse.<sup>27</sup> Wer Krieg erlebt hat, sucht Frieden. Wer verachtet und gedemütigt wurde, fordert gleiche Würde für alle Menschen. Wer unterdrückt und geknechtet wurde, ruft nach Freiheit. Wer benach-

---

<sup>27</sup> P. Kirchhof 2013.



teiligt wurde, erwartet Gleichheit. Wer gehungert hat, verlangt sozialstaatliche Teilhabe. Wer unter Fremdbestimmung leidet, will demokratisch mitbestimmen.

Diese Weitergabe von historischen Erfahrungen und Einsichten, von erprobten und bewährten Institutionen und Maßstäben hatte anfangs nicht die Rationalität des Sprachlichen. Recht ist ursprünglich der gute Brauch, die gefestigte Gewohnheit, die in einer Gesellschaft gepflegt wird, die wir heute noch in den Begriffen des ehrbaren Kaufmanns, von Treu und Glauben, eines lautereren Wettbewerbs, einer öffentlichen Ordnung, von Erklärungen nach „bestem Wissen und Gewissen“ kennen.<sup>28</sup> Die Verletzung dieser ungeschriebenen, aber allgemein bewussten Regeln wurde dann mit Sanktionen belegt; der Verletzte gewinnt ein Recht zur Rache, zum Faustrecht, später einen Anspruch auf eine bestimmte Rechtfolge. Eingriffe der Obrigkeit in den gesellschaftlich akzeptierten Bestand individueller Rechte gelten als Rechtsbruch; auch der Herrscher war an das von ihm gesetzte Recht gebunden.<sup>29</sup> Das Recht gewinnt seine Autorität aus der Religion, aus einer natürlichen Ordnung, in die der Mensch eingebettet ist, in der

---

**28** Zu Fenstern des positiven Rechts zu Ethos und Moral vgl. zu § 138 BGB Sack/Fischinger in Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch 1: Allgem. Teil 4 a, Neubearb. 2011, § 138 Rn. 12 ff.; zur polizeilichen Generalklausel der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Deger in Stephan/Deger, Kommentar zum Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 2014, § 1 Rn. 64 ff.; zu den teilweise jetzt schon positivierten Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung im Handelsrecht und Steuerrecht Krumm in Blümich, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 5 EStG Rn. 209 ff.; zu Amts- und Bürgerethos vgl. Isensee in HbStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 104; Hillgruber in HbStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 48; zum Verweis auf „Treu und Glauben“: Looschelders/Olzen in Staudinger BGB, Neubearb. 2009, § 242 Rn. 141 ff.; zum Verweis auf „die guten Sitten“: Sack/Fischinger in Staudinger BGB, Neubearb. 2011, § 138 Rn. 19; Wendehorst in Bamberger/Roth, Stand 1. 2. 2014, Edition 30, § 817 Rn. 8, 15; Oechsler in Staudinger BGB, Neubearb. 2013, § 826 Rn. 25 ff.; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 8 Rn. 593; v. Falckenstein in Eichmann/v. Falckenstein, Geschmacksmustergesetz, 4. Aufl. 2010, Rn. 19; Melullis in Benkard, Patentgesetz, 10. Aufl. 2006, § 2 Rn. 6 ff.; Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 33a, Rn 51; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 228, Rn. 10; zum Verweis auf „Unlauterkeit“: Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 3 Rn. 62; zum Verweis auf „die öffentliche Ordnung“: Depenheuer in Maunz/Dürig GG, 69. EL 2013, Art. 8 Rn. 155; Denninger in Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2012, D Rn. 35; Lechner in Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 114. EL 2013, Rn. 188; zum Handeln nach „bestem Wissen und Gewissen“ vgl. Art. 13 der Genfer Kirchenordnung von 1576; Maßstab der Landstände von Budweis zur Erwählung der Landes-Ältesten von 1674; Braunschweiger Schuldordnung, Entwurf von 1755, in Monumenta Germaniae Paedagogica I (1886), 388; J. J. Moser, Justiz-Verfassung, Neues Teutsches Staatsrecht, 8, 2, 1774, S. 711; § 1007 Österreichisches ABGB, 1811; zu § 38 Deutsches Richtergesetz vgl. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2009, § 38 Rn. 4 (Der Richter ist sich bewusst, „wann die Rechtsanwendung die ethischen Grundlagen erreicht und hinterfragt werden muß“).

**29** Willoweit 2012.

Achtung vor der natürlichen Umwelt, der Tradition, den bewährten und erprobten Regeln.<sup>30</sup> Oft ereignet sich Recht in Gesten – das Reichen der Hand, die Übergabe des Stabes, der Pantoffel an der Haustür als Macht der Frau. Recht wird in einprägsamen Stichworten überbracht (Schalten und Walten oder Haus und Hof), in Aussagen und Wiederholungen vertieft (nur das Gute tun und das Böse unterlassen), in Sprachbildern veranschaulicht. „Wo der Esel sich wälzt, da muss er Haare lassen“ (Gerichtsstand des Deliktsortes). „Wo kein Hahn kräht, da kräht die Henne“ (weibliche Erbfolge bei Fehlen eines männlichen Erben). Der Bürgermeister ist so lange im Amt als er „ungehalten im Sessel sitzt“ (Obergrenze der Dienstfähigkeit). Erst in der jüngeren Rechtsgeschichte<sup>31</sup> wird das geschriebene, in Sprache gefasste und allgemein zugängliche Gesetz, das ein rechtlich benannter Gesetzgeber in einem förmlichen Verfahren hervorgebracht hat, fast zum alleinigen verbindlichen Maßstab. Mithilfe dieses Gesetzes scheint fast alles machbar. Der Gesetzgeber gewinnt eine bisher unbekannte Allmacht.

Mit der Herrschaft des positiven, des geschriebenen, in Förmlichkeit entstandenen und gebundenen Gesetzes entstehen drei Problembereiche:

- Das positive Recht erklärt gelegentlich auch Unrecht für verbindlich. Deswegen betonen wir – insbesondere in Umbruchzeiten wie der Schaffung des Grundgesetzes 1949 und der Wiedervereinigung 1989/90 – einen Gegensatz zwischen Gesetz und Recht, der es erlaubt, ein förmliches Gesetz dann für Unrecht zu erklären, wenn es den „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ widerspricht.<sup>32</sup> War der Mauerschütze nach dem damaligen Recht der DDR verbindlich „vergattert“, auf den wehrlos in der Spree schwimmenden Flüchtling zu schießen, so anerkennen wir diesen

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> Ebel 2012.

<sup>32</sup> Vgl. *BVerfGE* 1, 264 (276) – Bezirksschornsteinfegermeister; *BVerfGE* 2, 118 (119 f.) – Vollzug der Sicherungsverwahrung ähnlich der Zuchthausstrafe; *BVerfGE* 9, 124 (130) – Keine Anwaltsbeordnung im Sozialgerichtsverfahren; *BVerfGE* 9, 201 (206) – Scheineheliche Kinder; *BVerfGE* 9, 338 (349) – Hebammenaltersgrenze; *BVerfGE* 42, 64 (72) – Teilungsversteigerung (Michelstadt); *BVerfGE* 48, 346 (357) – Witwenurteil; *BVerfGE* 71, 255 (271) – Ruhestandsregelung; *BVerfGE* 74, 182 (200) – Einheitswerte; *BVerfGE* 75, 108 (157) – Künstlersozialversicherungsgesetz; *BVerfGE* 93, 386 (397) – Auslandszuschlag; *BVerfGE* 98, 365 (385) – Versorgungsanwartschaften; *BVerfGE* 103, 242 (258) – Pflegeversicherung (kinderbetreuende Mitglieder); *BVerfGE* 103, 310 (318) – Beschäftigungszeiten öffentlicher Dienst (MfS/AfNS); *BVerfGE* 106, 225 (240) – Krankenhausversorgung für Beamte; *BVerfGE* 110, 141 (167) – Kampfhunde; *BVerfGE* 115, 381 (389) – Dauerpflegschaften, stRSpr.; Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, 289; vgl. auch die Rede von Josef Wintrich zu seiner Amtseinführung als Präsident des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1954, 454.

- Tötungsakt nicht als gerechtfertigt, sondern stellen ihm elementare, historisch bewusste Gerechtigkeitswertungen entgegen.<sup>33</sup>
- Die Sprache des Rechts sucht ihre Anordnungen möglichst verlässlich und allgemeinverbindlich mit gleichen Inhalten an alle Adressaten zu überbringen, ist deshalb nur noch in Schriftlichkeit verbindlich, sucht die nüchterne, geschäftsmäßige Ausdrucksweise, sucht die Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit, Vertrauenswürdigkeit und Rationalität des Rechts zu gewährleisten. Allerdings fixiert die Verschriftlichung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt die Gesetzesaussage in der Perspektive am Tag ihrer Verkündung. Sie kennt die zukünftigen Anfragen an das Recht nicht, bricht auch den Dialog mit den Betroffenen über das richtige Recht ab. Daraus erwächst die Gefahr der Dogmatisierung, der sprachtheoretischen Kopflastigkeit, des Verlustes der Sprache als Medium der Mitmenschlichkeit.
  - Das Recht sucht dieser Gefahr durch eine Gewaltenteilung zu begegnen. Der Gesetzgeber setzt das Recht in der Schriftlichkeit eines veröffentlichten Gesetzes. Dabei lehrt die richterliche Erfahrung, dass das Ideal von Montesquieu, der Gesetzgeber möge so präzise sprechen, dass dem Richter kein Interpretationsraum mehr bleibe, wirklichkeitsfremd ist. Es gibt keinen nicht deutungsbedürftigen und deutungsfähigen Rechtssatz. Lange Zeit galt der Art. 102 GG als nicht interpretationsbedürftig. Er hat den Wortlaut „Die Todesstrafe ist abgeschafft“. Doch dann hat das Bundesverfassungsgericht den Fall zu entscheiden, ob ein des Mordes verdächtiger Amerikaner in einen amerikanischen Bundesstaat ausgeliefert werden darf, in dem die Todesstrafe verhängt und vollstreckt wird. Damit stand das Gericht vor der Auslegungsfrage, ob die Abschaffung der Todesstrafe nur das eigenhändige Verhängen und Vollstrecken dieser Strafe durch Organe des Deutschen Staates meint, oder auch das Mitwirken an der Todesstrafe durch einen anderen Staat.<sup>34</sup> In der Vorlesung bitte ich meine Studenten, den Inhalt des Art. 22 Abs. 2 GG einmal aufzuzählen: „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold“. Die Studenten bemühen sich, sich zu erinnern, ob das Schwarz oder das Gold nach oben gehört, ob die Flagge quer oder längs gestreift ist. Forensische Begabungen malen eine rote Flagge mit schwarz-goldenen Punkten oder eine schwarze Flagge mit einer rot-goldenen Kordel. Der Satz gewinnt nur durch das historische Erinnern an die Vorbilder der Bundesflagge Konkretheit.

---

<sup>33</sup> *BVerfGE* 95, 96 – Mauerschützen.

<sup>34</sup> *BVerfGE* 18, 112 – Auslieferung (Fremdenlegionär); *BVerfGE* 60, 348 – Auslieferung (Libanon).

## 3 Recht idealisiert

### 3.1 Rechtliche Ideen für die Realität

Recht folgt großen Idealen, positiviert anspruchsvolle Ideen, weiß aber auch, dass diese Ziele nur durch unzulängliche Menschen – also unzulänglich – durchgesetzt werden können. Der Realismus des Rechts beruht auf der Erfahrung, dass Recht nicht immer gelingt, aber stets verbessert werden kann. Die Rechtsordnung garantiert Frieden,<sup>35</sup> ist aber aus der Erfahrung von Krieg und Unterdrückung hervorgegangen. Recht sichert Gleichheit,<sup>36</sup> erfährt aber täglich die Ungleichheit von Arm und Reich, Inländer und Flüchtling, Berufsqualifiziertem und Unqualifiziertem, von heutiger und zukünftiger Generation. Recht gewährleistet das Soziale, ohne Armut, Schwäche, Ausgrenzung, Gruppenbenachteiligung ausräumen zu können. Und das Recht wird gegenüber dem Schicksalhaften – dem Unfall, dem Unglück, den Naturkatastrophen – bescheiden, kann mit seiner Gestaltungsmacht das Geschick nicht wenden, sondern allenfalls Schicksalsfolgen mäßigen. Recht idealisiert, bleibt dabei aber realistisch.

---

**35** Zum Friedensauftrag des Staates: Hobbes 1651/1970, 1. Teil, 13. Kapitel, 112f.; Grimm in HbStR Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 18 ff.; zum religiösen Frieden vgl. Augsburgs Religionsfrieden (Buschmann 1984, 215 ff.); dazu Heckel 2005, 961 ff.; sowie den Westfälischen Frieden (Buschmann 1984, 285 ff.): zum Erfordernis einer Ausgleichs- und Friedensordnung Cusanus 1453/2003; Heckel 2012, 134; Isensee 2013, § 1 Rn. 6; Wolf 1957, 284 (286 f.); Hoffmann 1979, 7 ff.; von Campenhausen in HbStR Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 157 Rn. 7 f.; zur Friedensfunktion des Rechts und der Entwicklung von Bodin bis zum modernen Souveränitätsverständnis vgl. Jellinek 1921/1960, 454 ff.; Quaritsch 1970, 471 ff.; Randelzhofer in HbStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 16 ff.; Isensee in HbStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 98; Seiler 2005, 7 ff.; kritisch zum Souveränitätsbegriff vor dem Hintergrund zunehmender internationaler Integration Menzel DÖV 1970, 509 ff.; Fink DÖV 1998, 133 ff.; Volkmann DÖV 1998, 613 ff.; Kokott ZaöRV 2004, 517 ff.; Ress ZaöRV 2004, 621 ff.; gegen eine Überhöhung des Souveränitätsbegriffs: P. Kirchhof 2009, 1009, 1027 ff.; kritisch zum Souveränitätsbegriff auf den Bundesstaat bezogen: Grzeszick 1922, 1043; Steinberger 1974, 199 ff.; Merten 1975; Randelzhofer in HbStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 39 ff.; Grimm 2002, 1297 ff.; vgl. auch Bachof 1947/2014, AöR 139, 1.

**36** Zu den naturrechtlichen Grundgedanken D. Grimm in HbStR Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 2 ff.; Böckenförde 1976, 48 ff.; Heun in Merten/Papier, Grundrechte Bd. II, § 34 Rn. 9; Isensee in HbStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 2, 137 ff.; zur Allgemeinheit des Gesetzes G. Kirchhof 2009, 7 f., 202 f.; zur Allgemeinheit rechtsverbindlicher Begriffsbildung BVerfGE 73, 40 (101) – Parteispenderurteil (Mitgliedsbeiträge und Spenden); BVerfGE 105, 73 (134) – Rentenbesteuerung.

## 3.2 Autorität des Rechtsetzers

Die rechtliche Idealisierung und Überhöhung beginnt beim Rechtsetzer. Das Recht muss die Autorität eines in die Zukunft vorgehenden und allgemeinverbindlichen Gesetzes sichern, indem es das Gesetz idealisiert und den Urheber des Gesetzes in Distanz zu den Menschen bringt, ihn zu einer Autorität oberhalb der Menschen überhöht. Im Alten Testament übergibt Gott den Menschen Gesetzestafeln, die diese zu beachten haben.<sup>37</sup> Später erkennen die Menschen das Recht in der Natur, die objektiv vorgegeben ist, sich der menschlichen Vernunft erschließt, menschliche Willkür, menschliches Wollen und Argwöhnen zurückweist.<sup>38</sup> Danach unterstellt das Recht einen Staatsvertrag des Staatsvolkes, in dem die Menschen um der Friedensgemeinschaft willen ein Stück ihrer Freiheit aufgeben, das gerechte Recht in der Zustimmung aller – redlichen – Menschen finden.<sup>39</sup> Modern wird dieser Gedanke in der verfassungsgebenden Gewalt des Staatsvolkes aufgenommen,<sup>40</sup> auch wenn – wie beim Grundgesetz – diese Gewalt bei der Formulierung der Verfassung nicht mitgewirkt hat, die Verfassung aber in der zustimmenden Verfassungspraxis der verfassten Menschen ihre Legitimationsgrundlage findet.<sup>41</sup> Schließlich erhofft man sich eine allgemeine, jedermann gerecht werdende Rechtsordnung von Menschen, die über diese Ordnung entscheiden, über die aber der „Schleier des Nichtwissens“ gebreitet ist, so dass sie vergessen, ob sie arm oder reich, gesund oder krank, Männer oder Frauen, Inländer oder Ausländer sind.<sup>42</sup>

## 3.3 Das Gesetz

Zu Beginn der Moderne war die Hoffnung auf die Vernunft, die Unbefangtheit, die Gemeinwohlverantwortung des Gesetzgebers schier grenzenlos. Nach Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 ist das

<sup>37</sup> Zur Übergabe der Zehn Gebote siehe Exodus 19,1–34, 35.

<sup>38</sup> Zum Naturrecht: Locke 1689/1960, 285 (287); übers. in Euchner 2007, 200 (201); *Stern* in HbStR Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 108 Rn. 9f.

<sup>39</sup> Vgl. Hobbes 1651; 1689; Locke 1689/1960; Rousseau 1762.

<sup>40</sup> Vgl. P. Kirchhof 2010; 2013.

<sup>41</sup> Dazu G. Kirchhof in HbStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 267 Rn. 32; Isensee in HbStR Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 254 Rn. 15.

<sup>42</sup> Vgl. Rawls 1971/2005; 2001.

Gesetz „Ausdruck des allgemeinen Willens“. Alle Bürger sind „vor seinen Augen gleich.“<sup>43</sup>

Nach Art. 4 der Verfassung der französischen Republik vom 24. Juni 1793<sup>44</sup> ist das Gesetz „die freie und feierliche Ankündigung des allgemeinen Willens.“<sup>45</sup> Es regelt für alle – beschützend oder bestrafend – dasselbe. „Es kann nur das befehlen, was gerecht und der Gesellschaft nützlich, und nur das verbieten, was ihr nachteilig ist.“<sup>46</sup> Dieses Gesetz steht unter dem Anspruch der Gerechtigkeit – modern gesprochen: der Allgemeinheit des Gesetzes, der Vernunft, des sachlichen, einleuchtenden Grundes –, bleibt aber in diesem Ideal Verfassungserwartung. Die Gleichheit vor einem idealen Gesetz wird dann ergänzt durch historisch als besonders dringlich erachtete Gleichheitsforderungen für die Steuer, für den Schutz, die Strafe, gegen Standesunterschiede und für persönlichkeitsbezogene Merkmale.<sup>47</sup> Diese Gleichheitsidee sieht das Gesetz in seiner Allgemeingültigkeit, Gleichbehandlung und Rationalität als Weg, um die tatsächlich verlorene Gleichheit zurückzugewinnen. Dieses „revolutionäre Naturrecht“ (Habermas 1963, 53 f.) versteht die Freiheit nicht nur als Recht zum freien Belieben, sondern insbesondere als Unabhängigkeit von der Willkür und Herrschaft anderer. Die Gleichheit vor dem Gesetz fordert politische Mitwirkung, beginnt den Kampf um die parlamentarische Repräsentation.<sup>48</sup> Schon in der Antike wurde das Gesetz mit dem idealen Staat, der Erziehung zum Guten und Gerechten, der Herrschaft der Vernunft anstelle der von Menschen, auch einem Ausgleich zwischen Moralität und Legalität verbunden.<sup>49</sup> Im Mittelalter war das *Gesetz* Ausdruck der gottgewollten Ordnung, danach Gesetzmäßigkeit der Schöpfung und der Natur. Naturrechtliche Vertragslehre und Volkssouveränität finden bei Rousseau im gemeinsamen Willen der Bürger (*volonté générale*) eine gemeinsame Grundlage des Gesetzeswillens. Der von Natur aus freie Mensch kann sich nur durch Vereinbarung an den Staat binden. Der Gemeinwille (*volonté générale*) begründet keine Übereinkunft des Überlegenen mit dem Unterlegenen, sondern ergibt sich aus einem dialektischen Entscheidungsprozess, in dem sich die Sonderinteressen – weil untereinander widersprüchlich und unvereinbar – bei der Abstimmung gegenseitig aufheben. Der so gebildete Gemeinwille ist für Rousseau Garant des objektiv Guten, ist das

---

43 Gosewinkel/Masing 2006, 166.

44 Ebd., 193.

45 Vgl. schon Art. 6 der Verfassung vom 3. September 1791 in Gosewinkel/Masing (2006, 166).

46 Ebd., 166.

47 Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 1.

48 Vgl. Dann 1979, 997.

49 Vgl. Laks 2006; Bock 2006; Dihle 2006; Honsell 1982; Grawert 1975; G. Kirchhof 2009.

bonum commune der klassischen Philosophie.<sup>50</sup> Das von der *volonté générale* getragene, gerechte und unfehlbare Gesetz wurde zu einem Zentralbegriff der neuen Staatsordnung, schien ein Instrument, um die Errichtung der angestrebten glücklichen Gesellschaft zu erreichen.<sup>51</sup> Das Gesetz eröffnet den Weg zum richtigen Recht, beansprucht als Garant des objektiv Guten wie selbstverständlich allgemein Geltung und allgemein Wirkung. Die Gefahr, die Mehrheit könne die Minderheit unterdrücken, sich irren, ein Wahrheitsdiktat unter Robespierre und den Jakobinern entfalten, gerät aus dem Blick. Das Recht löst sich aus seiner Quelle mitmenschlicher Überzeugungen und Übungen, verweist auf das Gesetz als alleinige Quelle für allgemeine Rechtsverbindlichkeiten, definiert das verbindliche Gesetz nur noch nach der Beachtung eines formgerechten Gesetzgebungsverfahrens.

Damit beginnt die Gegenwehr gegen gesetzliche „Willkür“.<sup>52</sup> Die Forderung nach einer verfassten gesetzgebenden Gewalt wird zur Schlüsselfrage moderner Staatlichkeit. Für das Gegenwartsverständnis vom Gesetz bleibt der Gedanke, dass dieses *Gesetz* stets mit dem Ideal des Gerechten, des einer Gemeinschaft der Freiheit entsprechenden Zusammenlebens, der guten Konvention verbunden ist. Den mit der Gesetzgebung beauftragten Verfassungsorganen wird ein Gesetzesideal vor Augen gestellt, das den Gesetzgeber delegitimiert, wenn er diesem Ideal nicht entspricht. Das Gesetzesideal hält den stetigen Konflikt zwischen „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) im Bewusstsein.

### 3.4 Inhalte des Verfassungsrechts

Das Verfassungsrecht idealisiert auch in fast jedem seiner Grundprinzipien. Das Rechtsstaatsprinzip baut auf den rechtstreuen, sich selbst zurücknehmenden Menschen, wird darin aber täglich enttäuscht. Das gilt auch für staatliches Handeln. Das Grundgesetz verheißt in den Anfangsvorschriften Freiheit, Gleichheit, Demokratie und Soziales, sieht dann aber in Art. 34 die Haftung des Staates für Unrecht vor. Das ist kein Widerspruch, sondern Realismus. Der Staat verwirklicht seine Rechtssätze durch unzulängliche Menschen. Die Demokratie baut auf den gemeinschaftsinteressierten, gut informierten, nachdenklichen und deshalb urteilsfähigen Bürger, erlebt aber diese Bürgerqualifikation nicht selten als kühne Unterstellung. Der Sozialstaat erwartet die Selbsthilfefähigkeit und Selbsthilfe-

---

<sup>50</sup> Müßig 2008, 41 ff.

<sup>51</sup> Schlette 1984, 279 f.

<sup>52</sup> Willoweit 2012, 142; 145 ff.

bereitschaft der Menschen, will auf dieser Grundlage den Kranken, Schwachen, Hilflosen Gleichheit in elementaren Lebensbedingungen sichern, kann diesem Ziel täglich näher kommen, wird es aber niemals erreichen. Das Ideal der Gerechtigkeit ist ein Vorhaben ähnlich der Gesundheit. In der alltäglichen Auseinandersetzung mit realen Mängeln schreiten wir Schritt für Schritt fort. Das Ideal verwirklichen werden wir niemals. Recht und Gerechtigkeit ist ein verbindlicher Auftrag, der realitätsgerecht zu erfüllen ist. Gerechtigkeit meint deshalb nicht die vollständig gelingende, sondern die menschlich aufgegebene Gerechtigkeit.

Der Unterschied zwischen rechtlichem Sollen und tatsächlichem Sein wird vielfach in der Sprache des Grundgesetzes sichtbar: Die Würde des Menschen „ist“ unantastbar (Art. 1 Abs. 1 S. 1). Alle Menschen „sind“ vor dem Gesetz gleich (Art. 3 Abs. 1). Die Freiheit von Glauben und Gewissen „sind“ unverletzlich (Art. 4 Abs. 1). Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre „sind“ frei (Art. 5 Abs. 3 S. 1). Ein Sollenssatz erscheint sprachlich als Seinsaussage. Wenn das Recht hier ein Sein feststellt und nicht ein Sollen anordnet, entspricht diese Aussage der naturrechtlichen Idee, dass alle Menschen gleich geschaffen und zu gleichen Rechten geboren werden, dass die Gleichheit und Freiheit ein dem Menschen von Natur aus zustehendes oder gottgegebenes Recht ist.<sup>53</sup> Das Grundgesetz knüpft an die Tradition eines überpositiven Rechts an<sup>54</sup> und betont die Unverfügbarkeit dieses Rechts. Die Menschen sollen nicht gleich sein, sie sind gleich. Der „Freiheitsdichter“ Schiller sagt „Der Mensch ist frei geschaffen, ist frei, und würd' er in Ketten geboren.“<sup>55</sup> Doch die Freiheit braucht das Gesetz, braucht die Gleichheit vor dem Gesetz. Sie wird durch Anarchie und Chaos zerstört. Karl Mohr erkennt, dass es absurd ist, zu wähen „die Welt durch Gräuel zu verschönern, und die Gesetze durch Gesetzlosigkeit aufrecht zu erhalten.“<sup>56</sup> Die Vernunftidee, das Ideal der Freiheit, das Ziel einer Gemeinschaft politischen Glücks kann durch Überhöhung in Unterdrückung, Geringschätzung des anderen, Revolution und Terrorismus umschlagen. Marquis Posa liebt nicht den Menschen, sondern die

<sup>53</sup> Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten vom 4. Juli 1776, in Gosewinkel/Masing (2006, 136); vgl. auch § 1 Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776, in Gosewinkel/Masing (2006, 134).

Art. 1 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1791 in Gosewinkel/Masing (2006); vgl. auch Hofmann 1999, 8 ff.

<sup>54</sup> Das betonen *BVerfGE* 1, 208 (233) – 7,5 %-Klausel; *BVerfGE* 23,98 (106 f.) – Ausbürgerung; vgl. auch *BVerfGE* 84, 90 (120 f.) – Bodenreform (Enteignungen 1945–1948); Dürig/Scholz in Maunz/Dürig GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 1, 4; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 1.

<sup>55</sup> Schiller 1797. Vgl. Kant 1788/1913; Rousseau 1762.

<sup>56</sup> Schiller 1782.



„Menschheit.“<sup>57</sup> Friedrich Schiller führt die Erfahrung mit der Französischen Revolution dazu, die „Schwärmerei für die Menschheit“ rigoros abzulehnen und eine Anteilnahme an „dem Menschen, der dir im engen Leben begegnet“, zu fordern.<sup>58</sup>

## 4 Menschengerechtes Recht

In der Grundaussage des Rechts, die ein rechtsverbindliches Sein fordert, das nur ein Sollen sein kann, liegt vielleicht die Kernaussage, wie Recht mit der Wirklichkeit umgeht. Das Recht ist nicht beliebig, sondern muss dem Menschen und seiner Welt gerecht werden. Prüfstein ist die Betroffenheit des Einzelnen, des Grundrechtsträgers, der sich mit seinem Individualrecht gegen das Kollektiv durchsetzt und von dem Kollektiv absetzt. Das Recht denkt nicht in den generell abstrakten Größen von Kapital und Arbeit, von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, von Anbieter und Konsument, von Ärzteschaft und Patientengut, von ‚Kohorten‘ der Eltern- und Kindergeneration, sondern von dem einzelnen Menschen, dessen Lebensbedingungen das Recht gestalten will. Die Frage ist nicht, ob die Realität existiert und verbessert werden kann, ob die Erneuerungsideen bloße Konstrukte sind, sondern in welchem Grad wir verallgemeinern dürfen, um dem einzelnen Menschen gerecht zu werden. Diese Individualgerechtigkeit ist Realitätsgerechtigkeit, weil der Mensch in der Realität lebt, sich entfaltet und stirbt. Recht ist von dieser Welt und für diese Welt. Das ist Bedingung seiner Wirksamkeit.

Wenn das Recht den jungen Menschen zur Teilnahme am Straßenverkehr erziehen will, wird es niemals in Frage stellen, dass das herannahende Fahrzeug für das Kind eine reale Gefahr ist. Die Aufmerksamkeit des Rechts dient den Wegen und Methoden, wie diese Gefahr beseitigt werden kann. Dabei ist das Recht für die Einsichten aller Disziplinen, aller Denkmöglichkeiten, für jeden Zugang für reale Entscheidungsgrundlagen offen. Es pflegt ein ansatzloses Denken, um rea-

---

57 Schiller (1805) in *Don Karlos*, Dritter Akt. Zehnter Auftritt, Vers. 3035 ff. (509): „Ich liebe die Menschheit, und in Monarchien darf ich niemand mehr lieben als mich selbst.“ Vgl. dazu Mann (1918, 169 f.; 281), der dort Marquis Posa als Symbolfigur einer Verbindung mit abstrakter Gesinnungsethik und politischem Terrorismus deutet. Thomas Mann betont den Gegensatz von persönlicher Ethik und Sozial-Philantropie, von Liebesfähigkeit im Engen (Nächstenliebe) und allgemeiner Liebe, die nichts kostet; ferner Weber (1919/1926, 57 ff.): dort die Unterscheidung zwischen Verantwortungsethiker und Gesinnungsethiker.

58 Schiller 1795/1943, 259.

litätsgerecht regeln zu können. Die Wahrheit liegt nicht in der Methode – das würde das Denken und Entscheiden verengen. Die Wahrheit liegt in der Sache. Auch der beste Gesetzgeber, der klügste Richter kann das Schicksal nicht wenden, die Existenzbedürfnisse des Menschen nicht verändern, nicht die Hoffnungen und Ängste, die unterschiedlichen Temperamente und Leidenschaften aus der Welt verbannen. Recht bewahrt und bewegt die Wirklichkeit. Dieser Realismus ist Bedingung seiner Humanität.

## Bibliographie

- Austin, John (1975): Wort und Bedeutung. Philosophische Aufsätze. München.
- Bock, Wolfgang (2006): Das Gesetz in der griechischen Polis und der Ursprung des modernen Gesetzes im hohen Mittelalter. In: Ders. (Hg.): Gesetz und Gesetzlichkeiten in den Wissenschaften. Darmstadt, 39–60.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang (1958): Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus. Berlin.
- Cusanus, Nikolaus (1453/2003): De pace fidei. Der Friede im Glauben. Übers. v. Rudolf Haubst. Trier.
- Cusanus, Nikolaus (1460/1932): De docta ignorantia. In: Nicolay de Cusa opera omnia. Bd. i. Nachdruck. Hg. v. Ernst Hoffmann u. Raymond Klibansky. Leipzig.
- Dann, Otto (1975): Gleichheit. In: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Bd. II. 1. Aufl. Stuttgart, 997–1046.
- Dihle, Albrecht (2006): Gesetz, Gerechtigkeit und Billigkeit bei Aristoteles. In: Wolfgang Bock (Hg.): Gesetz und Gesetzlichkeiten in den Wissenschaften. Darmstadt, 23–38.
- Ebel, Wilhelm (1958): Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland. 2. Aufl. Göttingen.
- Englisch, Joachim (2008): Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel. Mit Schlussfolgerungen für indirekte Steuern. Tübingen.
- Frege, Gottlob (1891/1975): Funktion, Begriff, Bedeutung. 5 Logische Studien. Hg. u. eingel. von Günther Patzig. 4. erg. Aufl. Göttingen.
- Gosewinkel, Dieter/Masing, Johannes (2006): Die Verfassungen in Europa 1789–1949. Eine wissenschaftliche Textedition. München.
- Grimm, Dieter (2002): Das staatliche Gewaltmonopol. In: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hg.): Internationales Handbuch der Gewaltforschung. Wiesbaden, 1297–1313.
- Grawert, Rolf (1975): Gesetz. In: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Bd. II. 1. Aufl. Stuttgart, 863–922.
- Habermas, Jürgen (1963): Theorie und Praxis. Neuwied am Rhein/Berlin.
- Haft, Fritjof (1981): Falldenken statt Normdenken. In: Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung (Hg.): Der deutsche Sprachgebrauch. Bd. II. Stuttgart, 153–161.
- Heckel, Martin (2005): Der Augsburger Religionsfriede: Sein Sinnwandel vom provisorischen Notstands-Instrument zum sakrosankten Reichsfundamentalgesetz religiöser Freiheit und Gleichheit. In: JuristenZeitung 60/20, 961–970.

- Heckel, Martin (2012): Luthers Traktat „Von der Freiheit eines Christenmenschen“ als Markstein des Kirchen- und Staatskirchenrechts. In: *Zeitschrift für Theologie und Kirche* 109/1, 122–153.
- Hobbes, Thomas (1651/1946): *Leviathan or The Matter, Form and Power of a Commonwealth. Ecclesiastical and Civil*. Ed. with an Introd. by Michael Oakeshott. Oxford.
- Hobbes, Thomas (1651/1970): *Leviathan*. 1. Teil. Übers. v. Jacob Peter Mayer. Stuttgart.
- Hoffmann, Manfred (Hg.) (1979): *Toleranz und Reformation*. Gütersloh.
- Hofmann, Hasso (1999): *Die Entdeckung der Menschenrechte*. Berlin.
- Honsell, Heinrich (1982): *Das Gesetzverständnis in der römischen Antike*. In: Norbert Horn (Hg.): *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. Bd. 1. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag. München, 129–148.
- Isensee, Josef (2013): *Staat*. In: Hanno Kube u. a. (Hg.): *Leitgedanken des Rechts*. Bd. 1. *Staat und Verfassung*. Festschrift für Paul Kirchhof. Heidelberg u. a., 3–16.
- Jellinek, Georg (1921/1960): *Allgemeine Staatslehre*. 3. Aufl. Nachdruck. Bad Homburg.
- Kant, Immanuel (1788/1913): *Kritik der praktischen Vernunft*. *Gesammelte Schriften*. Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften. Hg. v. Paul Natorp. 2. Aufl. Berlin.
- Kirchhof, Gregor (2009): *Die Allgemeinheit des Gesetzes. Über einen notwendigen Garanten der Freiheit, der Gleichheit und der Demokratie*. Tübingen.
- Kirchhof, Paul (2009): *Der europäische Staatenverbund*. In: Armin Bogdandy/Jürgen Bast (Hg.): *Europäisches Verfassungsrecht*. 2. Aufl. Berlin/Heidelberg, 1009–1043.
- Kirchhof, Paul (2010): *Begriff und Kultur der Verfassung*. In: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hg.): *Verfassungstheorie*. Tübingen, 69–117.
- Kirchhof, Paul (2013): *Der Antwortcharakter der Verfassung*. In: Michael Anderheiden u. a. (Hg.): *Verfassungsvoraussetzungen*. *Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*. Tübingen, 447–462.
- Kissel, Otto Rudolf (1997): *Justitia, Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*. 2. durchges. Aufl. München.
- Laks, Andri (2006): *Form und Inhalt des platonischen Gesetzes*. In: Wolfgang Bock (Hg.): *Gesetz und Gesetzmäßigkeiten in den Wissenschaften*. Darmstadt, 11–22.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm (1704/1961): *Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand*. Bd. II. Nachdruck. Frankfurt a. M.
- Lipps, Hans (1958): *Die Verbindlichkeit der Sprache*. *Arbeiten zur Sprachphilosophie und Logik*. Durchges. u. hg. von Evamaria von Busse. 2. Aufl. Frankfurt a. M.
- Locke, John (1689/1960): *Two treatises of government*. In: *John Locke. Two treatises of government. A critical edition with an introduction and apparatus criticus by Peter Laslett*. Cambridge (Übersetzung in: *John Locke: Zwei Abhandlungen über die Regierung*. Hg. v. Walter Euchner (1989). 17. Aufl. Frankfurt a. M.).
- Locke, John (1690/1962): *Über den menschlichen Verstand*. Buch II. Hamburg.
- Mann, Thomas (1918): *Betrachtungen eines Unpolitischen*. Berlin.
- Meier, Christian (1996): *Aktueller Bedarf an historischen Vergleichen. Überlegungen aus dem Fach der Alten Geschichte*. In: Heinz-Gerhard Haupt/Jürgen Kocka (Hg.): *Geschichte und Vergleich, Ansätze und Ergebnisse international vergleichender Geschichtsschreibung*. Frankfurt a. M., 239–270.
- Müßig, Ulrike (2008): *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*. Tübingen.
- Platon (427–347 v. Chr./2000): *Politeia*. Übers. v. Rüdiger Rufener. Düsseldorf/Zürich.
- Quaritsch, Helmut (1970): *Staat und Souveränität*. Bd. 1. *Die Grundlagen*. Frankfurt a. M.
- Rawls, John (1971/2005): *A Theory of Justice*. Nachdruck. Cambridge.
- Rawls, John (2001): *Justice as Fairness. A Restatement*. 2. Aufl. Cambridge.

- Rousseau, Jean-Jacques (1762): *Du contrat social ou principes du droit politique*. Amsterdam.
- Russell, Bertrand (1956): *Logic and Knowledge*. Hg. v. Robert C. Marsh. London.
- Schiller, Friedrich (1782/1953): *Die Räuber*. In: *Schillers Werke*. Nationalausgabe. Bd. 3. *Die Räuber*. Hg. v. Julius Petersen u. a. Weimar, 4 ff.
- Schiller, Friedrich (1795/1943): *An einen Weltverbesserer*. In: *Schillers Werke*. Nationalausgabe. Bd. 1. *Gedichte*. Hg. v. Julius Petersen u. a. Weimar, 259 f.
- Schiller, Friedrich (1797/1983): *Die Worte des Glaubens*. In: *Schillers Werke*. Nationalausgabe. Bd. 2/1. *Gedichte*. Hg. v. Julius Petersen u. a. Weimar, 370 f.
- Schiller, Friedrich (1805/1974): *Don Karlos*. In: *Schillers Werke*. Nationalausgabe. Bd. 7/1. *Don Karlos Hamburger Bühnenfassung 1787. Rigaer Bühnenfassung 1787. Letzte Ausgabe 1805*. Hg. v. Julius Petersen u. a. Weimar, 9 ff.
- Schlette, Volker (1984): *Die Konzeption des Gesetzes im französischen Verfassungsrecht*. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 33, 279–313.
- Schneider, Hans (2002): *Gesetzgebungslehre. Ein Lehr- und Handbuch*. 3. Aufl. Heidelberg.
- Sellin, Volker (2005): *Einführung in die Geschichtswissenschaft*. Göttingen.
- Seiler, Christian (2005): *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung*. Tübingen.
- Steinberger, Helmut (1974): *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie dargestellt am Beispiel des Verfassungsrechtsdenkens in den Vereinigten Staaten von Amerika und des amerikanischen Antisubversionsrechts*. Berlin/Heidelberg/New York.
- Weber, Max (1904/1951): *Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*. In: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Hg. v. Johannes Winckelmann. 2. erg. Aufl. Tübingen, 146 f.
- Weber, Max (1919/1926): *Politik als Beruf. Rede von 1919*. 2. Aufl. München/Leipzig.
- Weber, Max (1922): *Wirtschaft und Gesellschaft. Studienausgabe*. 2. Halbbd. Tübingen.
- Welskopp, Thomas (2008): *Historische Erkenntnisse*. In: Gunilla Budde/Dagmar Freist/Hilke Günther-Arndt (Hg.): *Geschichte. Studium – Wissenschaft – Beruf*, 122–136.
- Willoweit, Dietmar (2012): *Recht und Willkür*. In: *Rechtstheorie* 43/2, 143–159.
- Wolf, Ernst (1957): *Toleranz nach evangelischem Verständnis*. In: Ders. (Hg.): *Peregrinatio* Bd. 2. München, 284 f.