

MATHIAS HONER

Die grundgesetzliche Theorie der Regierung

Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht

10

Mohr Siebeck

Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht

Herausgegeben von
Julian Krüper und Arne Pilniok

10



Mathias Honer

Die grundgesetzliche Theorie der Regierung

Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgewinnung
im Verfassungsrecht

Mohr Siebeck

Mathias Honer, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig; Masterstudium Medizin-Ethik-Recht an der Universität Halle-Wittenberg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg; 2020 Promotion; derzeit Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin.

ISBN 978-3-16-160258-0 / eISBN 978-3-16-160259-7

DOI 10.1628/978-3-16-160259-7

ISSN 2626-4412 / eISSN 2626-4420 (Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Für Helga Honer

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Die Literatur ist auf dem Stand vom 31.10.2020. Im darauffolgenden Zeitraum konnten einige Beiträge noch bis zum 31.7.2021 für die Drucklegung berücksichtigt werden.

Der größte Dank gilt meinem hochverehrten Doktorvater Professor Dr. *Armin Hatje*. Ohne seine wissenschaftliche Aufgeschlossenheit und Motivationskraft sowie die ausgezeichneten Arbeitsbedingungen an seinem Lehrstuhl wäre diese Arbeit so nicht entstanden. Herrn Professor Dr. *Hans-Heinrich Trute* danke ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern ebenso für die wertvollen Anregungen insbesondere im Hinblick auf die methodischen Vorüberlegungen.

Des Weiteren danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung, die diese Arbeit durch ein Promotionsstipendium gefördert hat. Die Unterstützung durch die Mitarbeiter der Stiftung, der Austausch im Rahmen der Hochschulgruppe und die Begleitung durch das abwechslungsreiche Seminarprogramm haben das Promotionsverfahren ungemein bereichert.

Im Übrigen konnte dieses Projekt nur durch den Rückhalt zahlreicher Personen gelingen. An dieser Stelle können nur einige von ihnen genannt werden. Das sind zunächst meine Eltern, *Kathrin Honer* und *Olaf Rasch*, denen ich für ihre langjährige Unterstützung danke. Ebenso danke ich *Carlo Tunze* und *Peter Oriwol*. Ihre aufrichtige Freundschaft ist mir seit vielen Jahren eine wichtige Stütze. Bei meinen Kollegen am Lehrstuhl und Freunden an der Fakultät bedanke ich mich für die wertvollen Gespräche, die hilfreichen Ablenkungen und die vielseitige Unterstützung. Zu nennen sind hier unter anderen *Lili-Marie Iwen*, *Frederike Fründ*, *Edward Martin*, *Edwin Martin*, *Tobias Rudloff*, *Mohammed El-Taki* und *Olcay Aydik*. Ein besonderer Dank gebührt *Julian Holst*, der das Manuskript Korrektur gelesen hat.

Zudem danke ich den Teilnehmern der Veranstaltung „Kolloquium: Verfassung und Politik“, insbesondere *Jan Stumper*, *Johann van der Helm*, *Julian Kaltenbach* und *Julian Kurp*. Sie haben mir einen kontinuierlichen wissenschaftlichen Austausch ermöglicht, der auch auf das eigene Promotionsvorhaben zurückstrahlt.

Für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht“ danke ich schließlich Professor Dr. *Julian Krüper* und Professor Dr. *Arne Pilniok*.

Berlin, im November 2021

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VI
Einleitung	1
Teil 1: Methodische Vorüberlegungen: Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht – Anforderungen, Schichten und Begriffe	5
Kapitel 1: Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: verfassungsrechtswissenschaftliche Anforderungen	7
I. Gebot der intersubjektiven Überprüfbarkeit	8
II. Gebot einer geeigneten, erforderlichen und zulässigen Begründung	8
1. Eignung	9
2. Erforderlichkeit – „Sparsamkeitspostulat“	9
3. Zulässigkeit	10
4. Wahrung eines „höchstmöglichen Begründungsniveaus“	11
a) Umgang mit dem unendlichen Begründungszwang und dem „Münchhausen-Trilemma“	11
b) Unzureichender Einwand: fehlendes letztes Begründungsglied und fehlende absolute Gewissheit	12
c) Empfehlung zur Anreicherung eines „wissenschaftseigenen“ Vorverständnisses	14
5. Zwischenergebnis	14
III. Gebot zur Berücksichtigung der hermeneutischen Verstehensbedingungen des Rechts	14
1. Vorüberlegung: Recht als taugliche Grenze für die Bewertung der Zulässigkeit von Argumenten?	15
2. Gewährleistung einer Argumentation mit Blick auf das Recht als einen der Rechtsgewinnung auch vorgegebenen Erkenntnisgegenstand	17

3. Berücksichtigung des Situationsbezugs rechtlicher Erkenntnisse	19
4. Anreicherung eines rechtsgebietseigentümlichen Vorverständnisses	19
<i>IV. Gebot zur Berücksichtigung der Entstehungsbedingungen des Rechts</i>	<i>21</i>
1. Herausgehobene Bedeutung des positiven Rechts für die Rechtsgewinnung	21
a) Positives Recht als vorrangige Quelle für die Rechtsgewinnung	22
b) Kodifikation des Verfassungsrechts	23
c) Begründung ungeschriebenen Rechts speziell für das Verfassungsrecht	25
aa) Anforderungen an die Begründung ungeschriebenen Rechts speziell für das Verfassungsrecht	26
bb) Beispiel: Ungeschriebener Rechtsgrundsatz der Effektivität	27
d) Anwendung des positiven Rechts durch autonome Rechtsgewinnungsakte	28
e) Zwischenergebnis	32
2. Bestimmung des Inhalts des Rechts entsprechend dem Willen des Rechtsetzers	34
3. Vorrang für kleinteilige rechtliche Aussagen	38
<i>V. Gebot zur Berücksichtigung der Anwendungsorientierung des Rechts</i>	<i>40</i>
1. Bereitstellung anwendungsfähiger Aussagen mit Blick auf den konkreten Fall	41
2. Bereitstellung bewährter Problemlösungskategorien	42
3. Zwischenergebnis	42
<i>VI. Zusammenfassung und Zwischenergebnis</i>	<i>43</i>
1. Elf Anforderungen an die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht	43
2. Spannungsverhältnis zwischen den Anforderungen an die Rechtsgewinnung	44
3. Auflösung des Spannungsverhältnisses durch verschiedene Schichten der Rechtsgewinnung	46
 Kapitel 2: Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: Schichten und Begriffe	 51
<i>I. Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: Schichten</i>	<i>51</i>
1. Rechtstheoretische Schicht	52

a) Funktionen einer rechtstheoretischen Schicht	52
aa) Vorverständnisfunktion	52
bb) Erklärungs- und Theoriespeicherfunktion	52
cc) Analyse- und Systematisierungsfunktion	53
dd) Transformationsfunktion	55
ee) Orientierungsfunktion	57
ff) Begründungsfunktion	57
b) Verfassungstheoretisches System des Grundgesetzes als rechtstheoretische Schicht der Verfassung	58
2. Rechtsnormative Schicht	60
3. Rechtspraktische Schicht	61
<i>II. Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: Begriffe</i>	<i>64</i>
1. Theoriebegriffe	64
a) Konstruktion	65
aa) 1. Stufe: Normative Impulse des Normmaterials	66
bb) 2. Stufe: Ergänzung durch theoretische Erkenntnisse	66
cc) 3. Stufe: Abstimmung theoretischer Erkenntnisse auf das konkrete rechtliche System	68
b) Anwendung	71
aa) Akzessorietät und Subsidiarität gegenüber Rechtsbegriffen	71
bb) Grad normativer Erheblichkeit	75
c) Dem Theoriebegriff zuzuordnende dogmatische Kategorien	76
d) Beispiele	79
2. Rechtsbegriffe	80
a) Rechtsnormen und Rechtsbegriffe	81
b) Anwendung	83
c) Konstruktion	83
d) Abgrenzung des Rechtsbegriffs zu anderen Kategorien in der Rechtswissenschaft	84
e) Beispiele	85
3. Speicherbegriffe	86
a) Funktion	86
b) Konstruktion	87
c) Anwendung	88
d) Beispiele	90
4. Weitere Begriffstypen außerhalb des Vorgangs der Rechtsgewinnung	91
a) Ordnungsbegriffe	91
b) Beschreibungsbegriffe	93
c) Heuristikbegriffe	94
5. Verhältnis der Begriffstypologie zu übrigen Kategorienbildungen	95

a) Verhältnis zur Dichotomie von Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung	95
b) Verhältnis zu den klassischen Auslegungsmethoden	96
c) Verhältnis zur Prinzipientheorie Robert Alexys	96
III. Mehrwert des Schichtenmodells und der Begriffstypologie für die Rechtsgewinnung	97
IV. Zusammenfassung	103
Teil 2: Die grundgesetzliche Theorie der Regierung	105
Kapitel 3: Das Regierungsorgan	107
I. Die Bundesregierung als politische Regierung	107
1. Vorbemerkungen: Die Politik im Recht	107
2. Das „Politische Amt“ der Mitglieder der Bundesregierung	111
a) Funktionsbedingtheit des Amtscharakters	111
b) Spezifischer Amtscharakter der Bundesregierung	112
aa) Gestaltungsfreiheit	112
(1) Gestaltungsfreiheiten als Entscheidungsspielräume mit originärer Zwecksetzungskompetenz	112
(2) Kein überzeugendes Gegenargument: Gemeinwohl- verpflichtung	114
(3) Kein überzeugendes Gegenargument: Gestaltungs- freiheiten als lediglich quantitatives „Mehr“ an Entscheidungsspielräumen	115
bb) Institutionelle Rahmenbedingungen	118
(1) Wahl- und Ernennungsakt	118
(2) Normativ angelegte fehlende Unterscheidung von Amt und Amtsperson	119
c) Zwischenergebnis	120
II. Die Bundesregierung als parteipolitische Regierung	122
1. Keine Trennung von Regierung und Partei	122
2. Kein überzeugendes Gegenargument: Inkompatibilitätsregelung des Art. 66 GG	126
3. Kein überzeugendes Gegenargument: Trennung von Staat und Gesellschaft	127
4. Kein zwingendes Gegenargument: Anforderungen des Amtes an die Gemeinwohlkonkretisierung	128
5. Zwischenergebnis: Parteipolitische Bundesregierung	132

<i>III. Die Bundesregierung als Bestandteil des Dualismus von</i>	
<i>Regierung und Opposition</i>	133
1. Parteipolitische Überlagerung des Bundestages	133
2. Parlamentsfunktionen	136
a) Kurationsfunktion	136
b) Kontrollfunktion	136
c) Legislativ- und Haushaltsfunktion	139
d) Öffentlichkeits- und Integrationsfunktion	141
e) Zwischenergebnis	142
3. Grundgesetzliches Demokratieprinzip: Mehrheit und Minderheit .	142
4. Zwischenergebnis – zugleich: Regierung und Opposition als verfassungsrechtlich erwarteter Dualismus	144
<i>IV. Die Bundesregierung als selbstständiger Akteur im</i>	
<i>Regierungsverbund</i>	149
1. Eigenständige verfassungsrechtliche Konstituierung, getrennte verfassungsrechtliche Befugnisse	150
2. Gleichheit des Mandats (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG)	151
3. Raum für Selbstständigkeit der Bundesregierung	151
a) Konstruktives Misstrauensvotum (Art. 67 GG), Vertrauensfrage (Art. 68 GG) und Gesetzgebungsnotstand (Art. 81 GG)	151
b) Vetorecht für ausgabenerhöhende oder einnahmenvermindernde Gesetzesvorschläge (Art. 113 GG)	155
c) Anwesenheits- und Rederecht (Art. 43 Abs. 2 GG)	155
d) Zwischenergebnis	156
4. Keine Parlamentssuprematie	157
<i>V. Die Bundesregierung als parlamentarisch</i>	
<i>verantwortliche Regierung</i>	162
1. Abhängigkeit vom parlamentarischen Vertrauen	163
2. Selbstständige Kompetenzausübung und parlamentarische Verantwortlichkeit	164
<i>VI. Zwischenergebnis</i>	165
Kapitel 4: Die Regierungsfunktion	167
<i>I. Regierungsfunktion – Existenz, Inhalt und normativer Status in</i>	
<i>der Rechtswissenschaft</i>	168
1. Vom umfassenden zum engen, vom negativen zum positiven Regierungsbegriff	169

a) Unterscheidung von Staats- und Regierungstätigkeit und beginnende Verengung des Regierungsbegriffs	169
b) Weitere Verengung des Regierungsbegriffs	171
c) Positive Bestimmungsversuche des Regierungsbegriffs	172
d) Geringe Befassung mit der Regierung	173
2. Regierung als Staatstätigkeit qualitativ eigener Art	175
a) Regierung als Politik (Smend)	176
b) Regierung als politische Staatsführung (Scheuner)	178
c) Regierungsakte als Ermessensakte des Verfassungsrechts (Kassimatis)	179
3. Regierung als Hoheitstätigkeit allenfalls quantitativ eigener Art	181
a) Regierung als Verwaltung (Kelsen und Merkl)	181
b) Regierungslosigkeit des Grundgesetzes (Frotscher)	182
4. Zusammenfassung – zugleich: die heute herrschende Lehre und Rechtsprechung unter dem Grundgesetz	183
a) Herrschende Lehre	184
b) Materielle Regierung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	187
aa) Regierungsfunktion	187
bb) „Staatsleitung“ als Bestandteil einer Regierungsfunktion	189
cc) Zusammenfassung	190
5. Bewertung: Regierung – rechtlich unerheblicher Begriff oder Rechtsbegriff?	191
 <i>II. Regierungsfunktion – Existenz, Inhalt und normativer Status nach hier vertretener Auffassung</i>	
1. Regierungsfunktion als Bestandteil des verfassungstheoretischen Systems des Grundgesetzes	194
a) Normativer Ausgangspunkt	195
aa) Wortlaut und Systematik	195
bb) Entstehungsgeschichte	196
b) Theoretische Erkenntnisse zur Gewaltenteilung	198
aa) Idee der Gewaltenteilung	198
bb) Schlussfolgerungen für die einzelnen Staatsfunktionen	200
cc) Möglicher Anwendungsbereich einer etwaigen Regierungsfunktion	201
c) Abgleich und Abstimmung mit den konkreten Vorgaben des Grundgesetzes	204
aa) Institutionelle Rahmenbedingungen, insbesondere Entscheidungsträger und Entscheidungsumfeld von Bundesregierung und Verwaltungsbehörden	205
bb) Aufgaben und Befugnisse	214

cc) Die grundgesetzliche Regierungsfunktion und der Bundesrat	216
(1) Der Bundesrat als Inhaber einer Alternativ- oder Teilregierung?	217
(2) Die grundgesetzliche Regierungsfunktion und die Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates	220
dd) Die grundgesetzliche Regierungsfunktion im Lichte der Verflechtung der Rechtserzeugung von Ländern, Bund und Union	221
d) Zwischenergebnis	224
aa) Regierung und Verwaltung	224
bb) Regierung und Verwaltung – politisch-demokratischer und bürokratisch-rechtsstaatlicher Bereich	228
cc) Regierung und Verwaltung – Demokratie und Rechtsstaat	229
dd) Exkurs: Regierungsfunktion im Unionsrecht	230
2. Regierungsfunktion als Rechtsbegriff?	231
3. Regierungsfunktion als Speicherbegriff	233
a) Begriff	233
b) Dogmatischer Mehrwert eines solchen Begriffs	235
aa) Typischerweise keine gesetzliche Erlaubnispflicht noch gesetzliches Zugriffsrecht	236
(1) Gesetzliche Erlaubnis für das Tätigwerden (Vorbehalt des Gesetzes)	236
(2) Gesetzliches Zugriffsrecht	237
bb) Typischerweise geringe materiell-rechtliche Determination	238
cc) Typischerweise keine Eröffnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	238
c) Zwischenergebnis	239
4. Aufgaben und Funktion der „Staatsleitung“	239
<i>III. Zwischenergebnis I: Regierungsfunktion</i>	241
<i>IV. Zwischenergebnis II: Die grundgesetzliche Theorie der Regierung</i>	244
 Teil 3: Die Anwendung der grundgesetzlichen Theorie der Regierung	247
 Kapitel 5: Bundesregierung zwischen Parlament, Opposition und Verwaltung	249
I. Bundesregierung und Bundestag	249
1. Die Aufgaben der Bundesregierung	249

a) Keine ungeschriebene vorausgesetzte Gesamtaufgabe	249
b) Bewährung für typische Regierungsaufgaben	253
aa) Vorausschau und Planung	254
bb) Repräsentation und Selbstdarstellung	255
cc) Materielle Außenvertretungskompetenz	256
dd) Koordination der staatlichen Pandemiebekämpfung	257
ee) Zwischenergebnis	258
2. Die Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse	259
a) Kein Vorbehalt für alle grundlegend wichtigen („wesentlichen“) Entscheidungen zugunsten des Bundestages bzw. Gesetzgebers	260
aa) Keine gesetzgeberische Erlaubnispflicht für das Tätigwerden der Bundesregierung	260
bb) Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitslehre	264
b) Legislative Steuerungsmöglichkeiten und ihre Grenzen – zugleich: allgemeines Kompetenzverteilungsschema zwischen Bundesregierung und Bundestag	267
c) Parlamentarische Informationsansprüche und ihre Grenzen	271
d) Informationspflichten der Bundesregierung	274
3. Legislative Steuerung der Regierungs- und Ministerial- organisation	278
<i>II. Regierung und Opposition</i>	283
1. Regierung: Regierungsorgan und Regierungsfractionen	284
2. Opposition	285
<i>III. Regierung und Verwaltung</i>	287
1. Ausführung der Gesetze im Sinne der Art. 83 ff. GG	288
2. Politische Beamte	288
3. Ministerialfreie Räume	292
4. Verwaltungsvorbehalt bzw. „Eigenbereich der Verwaltung“	295
5. Ausübung der Verwaltungsfunktion durch die Bundesregierung	299
 Kapitel 6: Äußerungsrecht der Bundesregierung	303
<i>I. Eine Kompetenzgrundlage zur Regierungsäußerung</i>	303
1. Rechtsprechung des BVerfG	303
a) Wahlwerbung durch die Bundesregierung (BVerfGE 44, 125)	303
b) Glykolwein- und Osho-Entscheidung (BVerfGE 105, 252; 105, 279)	304
c) Fortsetzung in der Schwesig- und Wanka-Entscheidung	305
d) Zusammenfassung und Bewertung	305

2. Kompetenzgrundlagen zur Regierungsäußerung	307
a) Keine von konkreten Aufgaben losgelöste Äußerungs-	
kompetenz	307
b) Äußerung zur Selbst- und Aufgabendarstellung	310
aa) Ankündigung und Aufklärung	310
bb) Bewertung und Bewerbung	310
cc) Reaktion auf Kritik	311
dd) Eingehen auf konkurrierende Vorstellungen, Eingehen	
auf konkurrierende Akteure	311
ee) Voraussetzung: Konnex zu einer Regierungsaufgabe . . .	312
(1) Innerer Zusammenhang zu einer Regierungsaufgabe .	312
(2) Abgrenzungsschwierigkeiten	315
c) Äußerung zur Aufgabenerfüllung	316
3. Zusammenfassung	317
II. „Neutralität“ als Grenze?	319
1. Absolutes Neutralitätsgebot für jede Amtstätigkeit?	321
a) Kein positiviertes absolutes Neutralitätsgebot	321
b) Kein absolutes Neutralitätsgebot im Wege einer Zusammen-	
schau vereinzelter verfassungsrechtlicher Bestimmungen . . .	322
c) Kein absolutes Neutralitätsgebot aufgrund der staatlichen	
„Schiedsrichterfunktion“	324
2. Funktionsspezifisches Neutralitätsgebot für die Bundesregierung?	326
3. Situative Äußerungsgrenzen mit reflexartigen Neutralitäts-	
wirkungen	327
a) Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und	
Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG)	328
b) Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG),	
Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG)	331
4. Grenzen, soweit funktional keine Amtstätigkeit vorliegt	336
5. Zwischenergebnis – zugleich: Grenzen für parteiübergreifende	
Regierungskommunikation	337
Schluss	341
I. Zusammenfassung in Schlussthesen	341
II. Schlussbemerkung	349
Literaturverzeichnis	351
Sachwortverzeichnis	371

Einleitung

In der Regierung kollidieren Recht und Politik. Sie ist rechtsunterworfen und rechtsschöpfend, führt aus und leitet an. Dieser Funktion entsprechend verlangt ihre verfassungsrechtliche Begrenzung nach hinreichender Klarheit bei gleichzeitiger Flexibilität. Ganz in diesem Sinne sieht auch das Grundgesetz von detaillierten Regelungen im Bereich der Regierung ab. Die die Regierungspraxis prägenden Strukturen und Verfahren sind dadurch verfassungsrechtlich jedoch weitestgehend unsichtbar.¹ Sie werden jedenfalls nicht ausdrücklich durch das Verfassungsrecht legalisiert. Einige Beispiele illustrieren das:

Die Amtseinsetzung und die Amtsausübung der Mitglieder der Bundesregierung sind wesentlich durch die politischen Parteien geprägt; das Regierungspersonal wird maßgeblich mithilfe der politischen Parteien generiert, die Regierungspolitik typischerweise durch das parteipolitische Programm bestimmt. Demgegenüber steht das Grundgesetz: Es bekennt sich zwar zur Mitwirkung der politischen Parteien bei der Willensbildung des Volkes (vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG), sieht ihren dominierenden Einfluss auf den staatsorganisatorischen Bereich und damit auch auf den der Regierung jedoch nicht explizit vor.

In der politischen Wirklichkeit geht die Bundesregierung mit den sie tragenden Fraktionen eine Verbindung ein; ihr steht die Opposition gegenüber. Das Grundgesetz kennt allerdings – jedenfalls ausdrücklich – nur den Dualismus von Bundesregierung und Bundestag, nicht aber den von Regierung und Opposition. Auch eine Differenzierung der Bundestagsabgeordneten entsprechend ihrer Beziehung zur Bundesregierung ist dem Grundgesetz auf den ersten Blick fremd (vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG).

Die Exekutive weist in der Realität erhebliche institutionelle und personelle Unterschiede auf. Auch ihre Befugnisse reichen vom Gesetzesinitiativrecht bis zum Erlass einer bauordnungsrechtlichen Verfügung. Aus diesem Grund ist es durchaus naheliegend, die Exekutive in einen eher politisch geprägten und eher bürokratisch geprägten Bereich, kurz in Regierungs- und Verwaltungsfunktion, zu teilen. Gleichwohl installiert das Grundgesetz ausdrücklich nur eine einheitliche vollziehende Gewalt (vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG). Die Regierung

¹ Vgl. auch *Degenhart*, Staatsrecht I, 35. Aufl. (2019), Rn. 756 f.

und die Verwaltung begründet es nur in institutioneller, nicht aber in funktionaler Hinsicht.

Was bedeutet die fehlende explizite grundgesetzliche Anerkennung für die genannten, teilweise längst etablierten, anerkannten und bewährten Erscheinungen der Verfassungswirklichkeit? Ist also der parteipolitische Einfluss auf das amtliche Handeln der Bundesregierung grundgesetzlich verpönt² oder notwendig und gewollt³? Liegt auch dem Grundgesetz der Dualismus von Regierung und Opposition zugrunde⁴ oder verhartet es im konstitutionell begründeten Organdualismus von Regierung und Gesamtparlament⁵? Kennt das Grundgesetz innerhalb der Exekutive eine eigenständige Regierungs- und Verwaltungsfunktion⁶ oder handelt es sich hierbei allenfalls um empirisch-tatsächliche Unterschiede⁷?

Diese Überlegungen sind nicht nur von theoretischer Relevanz; sie sind richtungsweisend für die Beantwortung exemplarisch herausgegriffener konkreter Rechtsfragen im Spannungsfeld von Regierung, Opposition, Verwaltung und Parteien: Ist die Einführung exklusiver Oppositionsrechte verfassungsrechtlich untersagt⁸, zulässig⁹ oder sogar geboten¹⁰? Ist der politische Beamte ein „Systemfehler“¹¹, der parlamentarische Staatssekretär eine „Durchbrechung der horizontalen Gewaltenteilung zwischen Parlament und Regierung“¹² oder stellen beide Institute adäquate Strukturen dar, um das Zusammenwirken von Regierung, Parlament und Verwaltung und damit letztlich eine funktionsfähige Regierung sicherzustellen¹³? Unterliegt die Bundesregierung für ihre Äußerungen einem Ge-

² In diese Richtung *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 18, Rn. 306 f.

³ *Gärditz*, JöR 64 (2016), 1 (12 f., 20 f.); in diese Richtung auch *Payandeh*, Der Staat 55 (2016), 519 (531).

⁴ Für eine implizite Anerkennung der Opposition durch das Grundgesetz *P. M. Huber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 47, Rn. 38, siehe auch Rn. 70 f.

⁵ *Mundil*, Die Opposition, 2014, 35 f.

⁶ So beispielsweise *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. (2019), Rn. 4; *M. Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 64, Rn. 8; *M. Schröder*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 106, Rn. 1 ff., 16 ff.

⁷ So beispielsweise *Frotscher*, Regierung als Rechtsbegriff, 1975, 223, 231 f.; *Hermes*, in: *Dreier*, GG, Bd. 2, 3. Aufl. (2015), Art. 62, Rn. 33; *Oldiges/Brinktrine*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. (2018), Art. 62, Rn. 26.

⁸ So BVerfG, NVwZ 2016, 922 (925); *Klenner*, DÖV 2018, 563 (565 ff.).

⁹ *Lassahn*, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 3.5.2016. – 2 BvE 4/14, NVwZ 2016, 929 (930).

¹⁰ Sogar spezifische Oppositionsrechte auf Basis der aktuellen verfassungsrechtlichen Situation bejahend *Cancik*, NVwZ 2014, 18 (21).

¹¹ So *Lindner*, ZBR 2011, 150.

¹² So *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 18, Rn. 219.

¹³ So für den politischen Beamten *Hebeler*, in: *Battis*, BBG, 5. Aufl. (2017), § 54, Rn. 4.

bot der parteipolitischen Neutralität¹⁴ oder aufgrund ihrer parteipolitischen Überformung gerade nicht¹⁵? Hält eine Regierungsfunktion für entsprechende Regierungsäußerungen eine Befugnis bereit?¹⁶ Vermittelt eine Regierungsfunktion der Bundesregierung darüber hinaus sogar weitere – bisweilen unentziehbare – Kompetenzen?¹⁷

Die Beantwortung dieser Fragen setzt ein grundgesetzliches Verständnis vom Organ und der Funktion der Regierung, insbesondere ihrem Verhältnis zum Parlament und zur Verwaltung sowie den sie tragenden Parteien voraus. In Anlehnung an *Ernst-Wolfgang Böckenfördes* Verständnis von Grundrechtstheorie könnte auch von einer „systematisch orientierte[n] Auffassung über den allgemeinen Charakter“ und „die normative Zielrichtung“¹⁸ vom Organ und der Funktion der Regierung oder kurz: einer grundgesetzlichen Theorie der Regierung¹⁹ gesprochen werden.

Sollen mit ihrer Hilfe rechtliche Probleme mit Regierungsbezug gelöst werden, ist zuvor zu untersuchen, ob und wie eine solche „Theorie der Regierung“ – insbesondere im Vergleich zu übrigen rechtswissenschaftlichen Überlegungen – für die Rechtsgewinnung²⁰ rekonstruiert und im Vorgang der Rechtsgewinnung auf dogmatische Fragestellungen angewendet werden kann. Das erfordert zunächst, das dieser Ausarbeitung zugrunde liegende Modell einer Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht offenzulegen und zu veranschaulichen (Teil 1). Auf Basis dieses methodischen Konzepts sollen sodann die grundgesetzlichen Annahmen bezüglich des „allgemeinen Charakters“ und der „normativen Zielrichtung“ des Organs und der Funktion der Regierung, also die „Theorie der Regierung“, gewonnen werden (Teil 2). Im Anschluss ist diese auf verschiedene dog-

¹⁴ Dafür beispielsweise *Eder*, Rote Karte, 2017, 138; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 42, Rn. 9.

¹⁵ Gegen ein eigenständiges Neutralitätsgebot beispielsweise *Payandeh*, Der Staat 55 (2016), 519 (529–537).

¹⁶ So beispielsweise *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. (2019), Rn. 300.

¹⁷ Aus einer Regierungsfunktion spezifische Regierungskompetenzen ableitend *M. Schröder*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. III, 3. Aufl. (2005), § 64, Rn. 26 ff.

¹⁸ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529.

¹⁹ Da die Überlegungen auf das konkrete rechtliche System des Grundgesetzes bezogen sind, handelt es sich freilich immer noch um eine *dogmatische* Theorie, die der von *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 308 f. herausgestellten „logisch-analytischen“ Dimension der Dogmatik entsprechen dürfte.

²⁰ Dieser Vorgang umfasst nach vorliegend zugrunde gelegtem Verständnis alle Schritte, die von der Interpretation des abstrakten Rechts bis zu dessen Anwendung auf den konkreten Fall erforderlich sind. Er wird hier im Anschluss an *Jestaedt* als Rechtsgewinnung bezeichnet, siehe *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1, Rn. 62 (siehe insbesondere Fn. 126); vgl. auch *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, 125 f.

matische Probleme mit Regierungsbezug anzuwenden (Teil 3). Dabei werden solche Fragestellungen aufgegriffen, an denen sich der Inhalt und die normative Wirkung einer „Theorie der Regierung“ veranschaulichen lassen. Das betrifft unter anderem die bereits aufgeworfenen Fragen im Spannungsfeld von Regierung und Parlament, Regierung und Opposition, Regierung und Verwaltung sowie die Regierungskommunikation, die aufgrund ihrer fehlenden ausdrücklichen Normierung in besonderer Weise auf theoretische Erkenntnisse zu Organ und Funktion der Regierung angewiesen ist.

Teil 1

Methodische Vorüberlegungen: Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht – Anforderungen, Schichten und Begriffe

Ist für eine adäquate rechtswissenschaftliche Untersuchung der Regierung eine grundgesetzliche Theorie derselben erforderlich, ist zu bestimmen, wo eine solche im Vorgang der Rechtsgewinnung zu verorten, wie sie zu etablieren und auf welche Weise sie auf konkrete rechtliche Probleme anzuwenden ist. Zu diesem Zweck sind zuvor die methodischen Prämissen dieser Ausarbeitung transparent zu machen. Konkret betrifft dies das Modell einer Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht, das den nachfolgenden Ausführungen über die Regierung zugrunde gelegt wird. Bevor jedoch das Modell einer Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht aufgezeigt wird, sind zunächst die verfassungsrechtswissenschaftlichen Anforderungen zu benennen, denen eine Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht genügen muss (Kap. 1),¹ um es sodann entsprechend diesen Anforderungen zu skizzieren² (Kap. 2) und schließlich eine Theorie der Regierung nach Maßgabe dieses Modells zu rekonstruieren (Teil 2).

¹ Der Perspektive nach vergleichbar dürfte ein „Rechtstheoretisches Anforderungsprofil einer gegenstandsadäquaten Rechtsgewinnungstheorie“ bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 279 ff. als Ausgangspunkt für eine Untersuchung der Rechtsgewinnung sein.

² Dabei können nur die Elemente einer Rechtsgewinnung aufgezeigt werden, die sich für diese Ausarbeitung als relevant erweisen.

Kapitel 1

Die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht: verfassungsrechtswissenschaftliche Anforderungen

Die verfassungsrechtswissenschaftlichen Anforderungen, die eine Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht zu wahren hat, folgen unter anderem aus dem wissenschaftstheoretischen Gebot der intersubjektiven Überprüfbarkeit zum einen (I.) und dem Gebot eines höchstmöglichen Niveaus an einer geeigneten, erforderlichen und zulässigen Begründung zum anderen (II.). Diese wissenschaftstheoretischen Maßstäbe sind für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand¹ – das Recht, spezieller das Verfassungsrecht² – um *rechtswissenschaftliche* und *verfassungsrechtswissenschaftliche* Eigengesetzlichkeiten zu ergänzen und zu modifizieren. Das bedeutet, dass die Verstehensbedingungen (III.), die Entstehungsbedingungen (IV.) und die Anwendungsfunktion des Rechts (V.) zu berücksichtigen sind.³

¹ Die Untersuchung fühlt sich darum dem wissenschaftstheoretischen Gebot der Gegenstandsadäquanz verpflichtet. In diesem Sinne legt auch *Jestaedt* das Postulat der Gegenstandsadäquanz als Maßstab für eine Rechtsgewinnungstheorie zugrunde, siehe dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 269–278. Zu einem Gebot der Gegenstandsadäquanz *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 269–278, siehe insbes. 278: „Gegenstandsadäquanz bedeutet insofern ein Sich-Einlassen auf den Gegenstand, bedeutet ein Ernstnehmen der Eigengesetzlichkeit des Rechts, d.h. der Zwecksetzungen des Rechts und der von diesem vorgegebenen Mittel zur Zweckerreichung.“

² Der vorliegenden Untersuchung liegt die Annahme zugrunde, dass dem Verfassungsrecht, dessen Rechtsgewinnung in Teil 1 beleuchtet wird, aus einer spezifisch normativen Sicht gegenüber dem übrigen Recht kein qualitativ eigenständiges Wesen zukommt. Diese Annahme beruht auf dem auf *Hans Kelsen* sowie *Adolf Merkl* zurückgehenden Konzept des Stufenbaus der Rechtsordnung; zum Stufenbau der Rechtsordnung vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (1960), 228 ff. (Nachdruck 2017: 398 ff.); siehe auch *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), 30 (31 f.); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, 244–246; *Merkl*, in: FS Kelsen, 1931, 252 ff. Das Verfassungsrecht wird in diesem Teil demnach nur dann speziell in den Blick genommen, soweit die Anforderung an die Rechtsgewinnung rechtsgebietspezifischer Natur ist.

³ Die folgenden Ausführungen nehmen freilich nicht für sich in Anspruch, die wissenschaftstheoretischen, rechtswissenschaftlichen und verfassungsrechtswissenschaftlichen Bedingungen für ein wissenschaftliches Urteil auf dem Gebiet des Verfassungsrechts erschöpfend aufzuzeigen. Im Lichte des Ziels dieser Ausarbeitung sollen vielmehr jene richtungsweisenden Parameter benannt werden, die für die anschließende Rekonstruktion der Rechtsgewinnung für das Verfassungsrecht maßgeblich sind.

I. Gebot der intersubjektiven Überprüfbarkeit

Wissenschaftliche Urteile zielen auf Wahrheit. Im normativen Bereich ist sie durch ihren intersubjektiven Geltungsanspruch gekennzeichnet^{4,5}. Ein solcher korrespondiert mit dem Erfordernis einer intersubjektiven Überprüfbarkeit des wissenschaftlichen Urteils: Wissenschaftliche Urteile können grundsätzlich nur dann gegenüber jedermann Geltung beanspruchen, wenn sie theoretisch auch von jedermann teilbar und damit zwangsläufig überprüfbar sind. Das Gebot intersubjektiver Überprüfbarkeit steht gewissermaßen vor der Klammer. Es verlangt von den am Erkenntnisprozess beteiligten Akteuren nach Transparenz bezüglich der von ihnen im Erkenntnisprozess gewählten Methoden, um die Einhaltung der nachfolgenden Regeln durch Dritte überprüfen lassen zu können.⁶

II. Gebot einer geeigneten, erforderlichen und zulässigen Begründung

Wissenschaftliche Aussagen unterliegen dem Begründungspostulat.⁷ Gleiches gilt für rechtswissenschaftliche Aussagen.⁸ Konkret bedeutet dies, dass ein rechtswissenschaftliches Urteil in geeigneter (1.), erforderlicher (2.) sowie zulässiger (3.) Weise zu begründen und dabei ein höchstmögliches Begründungsniveau (4.) zu wahren ist.

⁴ Im normativen Bereich könnte anstelle von „wahren“ auch von „richtigen“ Aussagen gesprochen werden. In jedem Fall stützt sich ihre Wahrheit bzw. Richtigkeit nicht auf eine substanztontologische Qualität, sondern auf ein durch Begründungserfordernisse gekennzeichnetes Verfahren, vgl. *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 31 f.

⁵ *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (437): „Wahrheit ist also von Intersubjektivität nicht zu trennen.“ Ansonsten besteht eine begriffliche Nähe, wenn auch keine Identität, zur *Habermas'schen* Konsensustheorie der Wahrheit, vgl. *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, 137–149.

⁶ Das Gebot der intersubjektiven Überprüfbarkeit steht freilich in einem engen Zusammenhang zum nachfolgenden Begründungspostulat. Es soll gleichwohl als eigenständiges Gebot formuliert werden und dadurch dazu anhalten, neben der Begründung auch die der Begründung zugrunde liegenden Methoden und Vorverständnisse so weit wie wissenschaftlich zumutbar offenzulegen. Es fungiert gewissermaßen als Optimierungsgebot für Transparenz.

⁷ Zu einem „Paradigma vom zureichenden Grund“ ausführlich m. w. N. *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 80 f.

⁸ Für ein Begründungserfordernis für normative Urteile siehe beispielsweise *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (1999), Rn. 51; *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (439); *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 86 f.; *Neumann*, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 351 (357).

1. Eignung

Die angeführten Gründe müssen zunächst einmal geeignet sein, das ermittelte Urteil zu belegen. Dementsprechend ist auch eine rechtliche Erkenntnis durch *geeignete* Argumente zu belegen. Die Eignung betrifft die logische Ableitbarkeit des zu Begründenden aus der Begründung. Die Kriterien, nach denen sich diese Eignung bemisst, werden darum unter anderem von der Logik bereitgestellt.⁹ Zu nennen ist beispielsweise das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Begründung.¹⁰

2. Erforderlichkeit – „Sparsamkeitspostulat“

Mit dem Kriterium der Eignung geht bereits das Erfordernis einher, ausreichende Begründungsschritte vorzutragen, mit denen das zu Begründende belegt werden kann. Eine rationale Begründung ist jedoch auf erforderliche Begründungsschritte zu beschränken. Mit anderen Worten: Gelingt die Begründung eines Urteils ohne einen angeführten Begründungsschritt, ist auf diesen grundsätzlich zu verzichten. Die Rede ist auch vom Sparsamkeitspostulat, das in Anlehnung an *Wilhelm von Ockham* zugespitzt als „Ockhams Rasiermesser“ bezeichnet werden kann.¹¹ Eine jede entbehrliche Annahme ist hiernach „wegzuschneiden“¹², droht sie doch den eigentlichen argumentativen Kern zu verdunkeln und überdies zur Grundlage weiterer Annahmen zu mutieren¹³, die ungerechtfertigte Postulate

⁹ Das Moment der geeigneten Begründung dürfte mit der internen Rechtfertigung *Alexys* vergleichbar sein; zur internen Rechtfertigung siehe *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 273–283, insbes. zum Rückgriff auf die Regeln der Logik 273–275. Aufgrund *Alexys* Sonderfallthese (263–272) für den juristischen Diskurs sind seine Regeln der internen Rechtfertigung jedoch bereits auf die Bedingungen des juristischen Diskurses angepasst. Dadurch dürfte die interne Rechtfertigung bei *Alexy* neben logischen Kriterien auch spezifisch juristischen Anforderungen unterliegen, die entsprechend dem vorliegend gewählten Verständnis erst die Zulässigkeit des Urteils (siehe dazu Teil I Kap. 1 II. 3.) betreffen. Dies gilt beispielsweise für das Erfordernis, ein juristisches Urteil auf eine universelle Norm zurückzuführen, siehe hierzu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 274 f.

¹⁰ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 234, der das Postulat der Widerspruchsfreiheit als Bestandteil der Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses begreift (233 ff.).

¹¹ Dazu *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 170–173; für das behutsame Ansetzen des Ockham'schen Rasiermessers auf die Figuren der Grundrechtsdogmatik plädiert *Hain*, JZ 2002, 1036 (1037 ff.).

¹² In diesem Sinne auch für die Grundrechtsdogmatik *Hain*, JZ 2002, 1036 (1038), der fordert, dass „das dogmatische System nicht mehr Abstraktions-/Konkretionsstufen und auf den jeweiligen Stufen nicht mehr Figuren beinhalten soll, als zur systematischen Rekonstruktion eines gegebenen Rechtsstoffes [...] notwendig sind.“

¹³ Mit Blick auf die Grundrechtsdogmatik *Hain*, JZ 2002, 1036 (1037).

hervorrufen.¹⁴ Der Maßstab der Entbehrlichkeit ist dabei freilich durch die Eigengesetzlichkeiten des jeweiligen Wissenschaftsgebiets, an dieser Stelle also die Anforderungen der Rechtswissenschaften, bedingt.

3. Zulässigkeit

Für die wissenschaftliche Anerkennungswürdigkeit eines Urteils ist die Wahrung einer geeigneten und erforderlichen Begründung notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung. Die für die Begründung angeführten Gründe müssen vielmehr *zulässig* sein. Anders als das Kriterium der Eignung zielt das der Zulässigkeit nicht auf die formale Schlüssigkeit, sondern auf die inhaltlich-materielle Richtigkeit des Arguments¹⁵; es schlägt damit die gedankliche Brücke zu dem dem jeweiligen wissenschaftlichen Diskurs vor- oder besser aufgegebenen Untersuchungsgegenstand.¹⁶ Dementsprechend bemisst sich diese nicht nach den Regeln der formalen Logik, sondern nach den besonderen Regeln des jeweiligen Wissenschaftszweiges. Sie geben den Kreis der inhaltlich „erlaubten“ Argumente vor. Für die Rechtswissenschaften bedeutet dies: Das Recht determiniert den Kreis zulässiger Argumente. Die Argumente müssen sich auf das Recht zurück-

¹⁴ *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 171 f.; anders wohl *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 280, der fordert, „möglichst viele Entfaltungsschritte anzugeben.“

¹⁵ Vgl. auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 273, dessen externe Rechtfertigung mit dem Moment der zulässigen Begründung vergleichbar sein dürfte, siehe auch Kap. 1 Fn. 9, zur externen Rechtfertigung siehe insbes. 283–349.

¹⁶ Dadurch wird die Wahrheitsfindung, wie *Arthur Kaufmann* treffend formuliert, zwar nach wie vor notwendig „im“, aber nicht allein „durch“ Diskurs gewährleistet; vgl. *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (440). Vielmehr ist der dem Erkenntnisprozess auch vorgegebene Wissenschaftsgegenstand in den Mittelpunkt des Diskurses zu rücken; vgl. auch *Lege*, RphZ 2019, 416 (417): „Das commune, kurz: Kommunikation, kann nicht funktionieren ohne Bezug auf eine gemeinsame *Sache*.“ Insoweit beruht dieser Wahrheitsbegriff auf einem Modell, das die auf *Jürgen Habermas*’ Diskurstheorie zurückgehende Argumentations- und Konsensustheorie um das Moment der Konvergenz zu einem – freilich nicht substanzzontologisch zu verstehenden – auch vorgegebenen Wahrheitsgegenstand ergänzt, den es in den Mittelpunkt der Argumentation stellt, wie es von *Arthur Kaufmann* vertreten und als „Konvergenztheorie der Wahrheit“ bezeichnet wurde, vgl. *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (437–442); *Kaufmann*, ARSP 46 (1960), 553; *Kaufmann/von der Pfordten*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 23 (132 f.). Ein solches Wissenschafts- und Wahrheitsverständnis nimmt Elemente einer „Korrespondenztheorie der Wahrheit“ auf und hebt sich damit von einer reinen Konsensustheorie der Wahrheit ab; dagegen und für eine reine Konsensustheorie *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, 149–151; siehe hierzu wiederum *Kaufmann/von der Pfordten*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 23 (128–132, insbes. 131).

führen lassen. Das gewährleisten insbesondere die klassischen Auslegungsmethoden.¹⁷

4. Wahrung eines „höchstmöglichen Begründungsniveaus“

a) Umgang mit dem unendlichen Begründungszwang und dem „Münchhausen-Trilemma“

Das Erfordernis einer geeigneten, erforderlichen und zulässigen Begründung ist letztlich dazu imstande, einen unendlichen Begründungszwang („infiniten Regress“) auszulösen; immerhin verlangt jede Begründung, in geeigneter, erforderlicher und zulässiger Weise begründet zu werden. Gleiches gilt für jene und jede folgende Begründung.¹⁸ Da eine unendliche Begründungslast wissenschaftlich nicht leistbar ist, wäre der Begründungsregress entweder abubrechen¹⁹ oder durch den Verweis auf bereits vorgetragene Begründungen zu erfüllen²⁰. Der Begründungsabbruch ist jedoch wissenschaftlich unbefriedigend und der Rückgriff auf schon gebrauchte Argumente zirkulär und damit wissenschaftlich illegitim.²¹

Einen überzeugenden Ausweg aus diesem sogenannten „Münchhausen-Trilemma“²² bzw. eine überzeugende Entkräftigung zeigt *Lindner* auf: Er verlangt ein *höchstmögliches Niveau* an Begründung, lässt ein solches aber auch genügen.²³ An die Stelle eines letzten Argumentationsgliedes tritt hiernach ein

¹⁷ Als Argumentformen unter anderem die klassischen Auslegungsmethoden begreifend *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 299–307, zu weiteren Argumentformen siehe 285; für eine Rückführbarkeit juristischer Entscheidungsregeln auf das Gesetz *Neumann*, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 303 (306).

¹⁸ *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 13; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 87 f.

¹⁹ *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 13; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 90.

²⁰ *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 13; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 89.

²¹ So auch bereits *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 13; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 90.

²² Siehe ausführlich zum Münchhausen-Trilemma *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 11–15 (insbes. 13) sowie *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 87–94, insbesondere zur Auseinandersetzung mit *Alberts* Umgang mit dem Münchhausen-Trilemma.

²³ *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 93 f.; demgegenüber löst *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 223 das Münchhausen-Trilemma dadurch auf, dass er „die Forderung nach immer weiterer Begründung einer jeden Aussage durch eine andere Aussage durch eine Reihe von Anforderungen an die Begründungstätigkeit ersetzt“, was

„höchstmögliches Maß an Begründungsstringenz“²⁴. Ist ein solches erreicht, dürfte das Begründungsverfahren in wissenschaftlich legitimer Weise abgebrochen werden, ohne sich dem Vorwurf eines zirkulären oder willkürlichen Begründungsabbruchs auszusetzen.²⁵ Für die wissenschaftlich gebotene Begründung von rechtlichen Urteilen kann festgehalten werden: Ein solches ist *so weit wie möglich*²⁶ in geeigneter, erforderlicher und in zulässiger Weise zu begründen.

b) Unzureichender Einwand: fehlendes letztes Begründungsglied und fehlende absolute Gewissheit

Einem solchen Wissenschaftsverständnis ist ein gewisses Maß an Fallibilität immanent. Die gegen ein wissenschaftliches Urteil vorgetragenen Einwände einer „fehlenden letzten Begründung“ oder einer „fehlenden absoluten Gewissheit“ gehen damit von vornherein ins Leere.²⁷ Der auch an dieser Stelle zugrunde gelegte wissenschaftstheoretische Maßstab der Falsifizierbarkeit²⁸ trägt dem bereits durch eine Verteilung von Darlegungs- und Begründungslasten für die wissenschaftliche Akzeptanz von Urteilen Rechnung: Betrachtet man das Gebot des höchstmöglichen Begründungsniveaus im Lichte des Falsifikationsprinzips²⁹,

in seine Theorie der juristischen Argumentation (261 ff.) mündet, womit die Begründungslast jedoch nur verschoben wird.

²⁴ Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 94.

²⁵ Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 94.

²⁶ Als eine zulässige Konkretisierung des Möglichkeitserfordernisses dürfte sich unter anderem das Kriterium anbieten, wie weit die Begründung für die jeweilige wissenschaftliche Teildisziplin leistbar ist.

²⁷ Siehe auch Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 356 sowie Neumann, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 351 (357), der für rechtsdogmatische Aussagen zutreffend darauf hinweist, dass ein „unumstößlicher Beweis ihrer Richtigkeit“ ausgeschlossen sei.

²⁸ Grundlegend zum Falsifikationsmodell Popper, Logik der Forschung, 9. Aufl. (1989), 14 f., insbes. 47 ff.; speziell zum Falsifikationsmaßstab in der Rechtswissenschaft Neumann, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 351 (356–358) sowie Schlink, Der Staat 19 (1980), 73 (88 ff.).

²⁹ Der Rückgriff auf den Maßstab der Falsifizierbarkeit darf jedoch nicht mit einer Übertragung naturwissenschaftlicher Wissenschaftsmaßstäbe einhergehen. Das Falsifikationsprinzip kann für die Rechtswissenschaften nur, aber immerhin modifiziert angewendet werden; die begrenzte Übertragbarkeit des auf die Naturwissenschaften abgestimmten Falsifikationsprinzips auf die Rechtswissenschaft betont auch Neumann, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 351 (356 f.). So liegt einem rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozess nach hier vertretenem Verständnis zwar durchaus wenn auch kein empirischer, so doch aber ein normativer Erkenntnisgegenstand in Gestalt des Rechts zugrunde, wird aber erst durch aktiv-schöpferische Anwendungsakte vollständig entfaltet. Die Falsifikation einer rechtlichen Aussage wäre dann lediglich im Hinblick auf den der Rechtsgewinnung vorgegebenen Erkenntnisgegenstand möglich. Darüber hinaus

verdient hiernach ein Urteil wissenschaftliche Anerkennung, solange und soweit eine geeignete, erforderliche und höchstmögliche zulässige Begründung nicht falsifiziert wurde. Insoweit kann das jeweilige Urteil auch als relatives³⁰, also vorläufiges³¹ einzig richtiges juristisches Urteil wissenschaftliche Anerkennung beanspruchen. Die vorläufig anererkennungswürdigen rechtswissenschaftlichen Annahmen können daraufhin für die jeweilige rechtliche Argumentation ohne aufwendige Begründungslasten herangezogen werden. Insbesondere in der Rechtspraxis wird daher typischerweise schon der Rekurs auf die bisherige Dogmatik genügen, um ein juristisches Ergebnis zu rechtfertigen. Wer die wissenschaftliche Anerkennung eines rechtswissenschaftlichen Urteils hingegen in Zweifel zieht, trägt die Darlegungs- und Begründungslast.³² Kommt man dem nicht (ausreichend) nach, muss sich die angebotene Rechtsgewinnung an den bisherigen Wissensbeständen messen lassen.

kann jedoch für die Rechtswissenschaften das mit dem Falsifikationsprinzip verbundene Anliegen aufgegriffen werden, das Erfordernis einer kontinuierlichen Prüfung an die Stelle einer letzten Begründung zu setzen und absolute Gewissheitsansprüche zugunsten eines Fallibilismus aufzugeben; vgl. *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 36; siehe hierzu auch *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 92. Das erlaubt es, die damit notwendig verbundene *Vorläufigkeit* hinreichend begründeter rechtswissenschaftlicher Aussagen nicht gegen, sondern für ihre – aber eben nur *vorläufige* – wissenschaftliche Anerkennungswürdigkeit ins Feld zu führen. Der Maßstab der Falsifizierbarkeit kann so zur weiteren Untersuchung anhalten, die nachfolgende bessere Begründung zulassen, bis dahin ermittelte Erkenntnisse jedoch wissenschaftlich legitimieren, vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 216. Auf die Weise können schließlich ein wenn auch modifizierter Falsifikationsmaßstab und ein Begründungspostulat zusammen gedacht werden; so auch für die Rechtswissenschaft *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (439); *Neumann*, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 351 (356 f.); anders *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 34 f., der auf Basis des Falsifikationsmodells das Begründungsdenken durch „die Idee der kritischen Prüfung“ (35) ersetzen will; siehe zu *Alberts* Position auch *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 92 f. sowie *Neumann*, in: Hassemer/ders./Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 351 (356); für die Übertragung des Falsifikationsmodells auf die Rechtswissenschaft plädiert auch *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73 (88 ff.).

³⁰ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (1999), Rn. 76; *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 9 (28).

³¹ *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 357 f.

³² *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. (2015), 216 f., 327; *Brohm*, VVD-StRL 30 (1972), 245 (248); für die Figur des „Leitbildes“ auch *Volkman*, AöR 134 (2009), 158 (190).

c) Empfehlung zur Anreicherung eines „wissenschaftseigenen“ Vorverständnisses

Um das Erreichen eines höchstmöglichen Begründungsniveaus anzuzeigen, könnte es helfen, für den jeweiligen Untersuchungsgegenstand einen argumentativen Ausgangspunkt, gewissermaßen ein wissenschaftseigenes Vorverständnis, anzureichern. Für das Verfassungsrecht beträfe dies ein verfassungseigenes Vorverständnis. Es könnte als argumentativer Fluchtpunkt fungieren und im Falle eines gelungenen Rückbezugs den Abbruch einer Begründung erlauben. Die Etablierung eines solchen Vorverständnisses müsste aufgrund seiner die Rechtfertigungspflicht abschließenden Wirkung freilich gesteigerten Transparenzfordernissen unterliegen und sich immer wieder einer kritischen Prüfung stellen.

5. Zwischenergebnis

Im Lichte wissenschaftstheoretischer Überlegungen lassen sich erste Anforderungen an die Rechtsgewinnung formulieren: Es ist zu gewährleisten, dass Aussagen, die im Rahmen der Rechtsgewinnung getroffen werden, das Erfordernis einer höchstmöglich geeigneten, erforderlichen und zulässigen Begründung wahren. Hierfür ist die Etablierung eines rechtsgebietseigentümlichen, vorliegend verfassungsrechtlichen Vorverständnisses empfehlenswert. Dabei verlangt das Gebot der intersubjektiven Überprüfbarkeit von den hieran beteiligten Akteuren nach größtmöglicher Transparenz. Nicht erforderlich ist die Bereitstellung eines letzten Begründungsgliedes; insofern erweist sich auch der gegen ein juristisches Urteil vorgetragene Einwand einer fehlenden absoluten Gewissheit als unschädlich.

III. Gebot zur Berücksichtigung der hermeneutischen Verstehensbedingungen des Rechts

Das Erfordernis einer zulässigen Begründung wird durch den Untersuchungsgegenstand der Rechtswissenschaften, das Recht, bestimmt.³³ Ist das Recht, insbesondere das Verfassungsrecht, aber überhaupt dazu imstande, die Zulässigkeit rechtlicher Argumente zu begrenzen? Die Beantwortung der Frage verweist auf die hermeneutischen Verstehensbedingungen des Rechts (1.). Diese zugrunde gelegt, können drei weitere Erfordernisse formuliert werden, denen eine Rechtsgewinnung zu genügen hat (2.–4.).

³³ Siehe Teil I Kap. 1 II. 3.

1. Vorüberlegung: Recht als taugliche Grenze für die Bewertung der Zulässigkeit von Argumenten?

Versteht man das Recht als einen der Rechtsgewinnung vorgegebenen Erkenntnisgegenstand, dessen Anwendung auf den konkreten Einzelfall gleichwohl rechtsschöpferische Setzungen erfordert,³⁴ erscheint es auf den ersten Blick ausgeschlossen, von ihm handfeste Grenzen für die Zulässigkeit von Argumenten zu empfangen³⁵, die den vollständigen Prozess der Rechtsgewinnung determinieren könnten. Mehr noch: Wird das Recht erst im Vorgang seiner Anwendung vollständig generiert, kommt den hieran beteiligten Akteuren sogar eine aktiv-schöpferische Rolle bei der Rechtsgewinnung zu.³⁶ Da diese wiederum nicht von einem objektiven Standpunkt aus verstehen, tragen sie dabei zugleich ihr individuelles – dem Verstehensprozess vorausliegendes – Verständnis, eben ihr „Vorverständnis“ in den Erkenntnisprozess hinein.³⁷ Das Vorverständnis wird wiederum nicht nur von den individuellen Wertungen der an der Rechtsgewinnung beteiligten Akteuren bestimmt, sondern gleichermaßen von der Kontext- und

³⁴ Dreier, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, I (16 f., 50–52); die Norm als etwas der Rechtsgewinnung Vorgegebenes begreift beispielsweise Hillgruber, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 15, Rn. 27–31; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 148–155, die beide auf der Anwendungsebene ein kreativ-schöpferisches, eben rechtserzeugendes Moment anerkennen. Demgegenüber Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 248–251, 258–261, 274–277, die das Schöpferische betonen, dabei jedoch der Vorstellung der Existenz einer „Rechtsnorm als vor dem Rechtsfall vorhanden“ (Rn. 274) vehement widersprechen, obwohl auch eine Konkretisierung etwas zu Konkretisierendes voraussetzt; in diesem Sinne auch Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 149; kritisch zum methodischen Konzept der Konkretisierung auch Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 133–137.

³⁵ So Lege, RphZ 2019, 416 (422): „Ehrlicherweise muss man zugestehen: Im Recht gibt es, anders als in den Naturwissenschaften, kein wirklich hartes Kriterium, mit dem sich eine Erkenntnis empirisch wenigstens als falsch demonstrieren lässt.“

³⁶ Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425 (431).

³⁷ Die aktiv-schöpferische Rolle der an der Rechtsgewinnung beteiligten Akteure sowie die Notwendigkeit ihres Vorverständnisses für das Verstehen im Recht hat insbesondere Josef Esser herausgearbeitet, siehe zum Beispiel Esser, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. 1, 2015, 66–97. Es wurde maßgeblich von Hans-Georg Gadamer's Konzept des Verstehens beeinflusst; vgl. Gadamer, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. (1986), 270 ff., insbes. 299: „Die erste aller hermeneutischen Bedingungen bleibt somit das Vorverständnis, das im Zu-tun-haben mit der gleichen Sache entspringt.“ Zu Essers und Gadamer's Positionen siehe jüngst Meyer, RphZ 6 (2020), 59–71; zu Gadamer's Konzept siehe Schroth, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 243 (244–247); zur Bedeutung des Vorverständnisses für das Gesetzesverständnis siehe auch Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 53 (70); Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 251, 271; speziell zur „Rechtskonkretisierung“ im Verfassungsrecht Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (1999), Rn. 61–65.

Situationsgebundenheit rechtlicher Aussagen: Aufgrund des Anwendungsbezugs des Rechts werden diese in der Regel angesichts konkreter rechtlicher Ereignisse, dem Fall³⁸, getroffen.³⁹ Diese fallbezogene Perspektive bestimmt zwangsläufig die Aussagen über das Recht; Fall und Norm wirken gegenseitig aufeinander ein.⁴⁰ Eine rechtliche Aussage erteilt dann häufig keine Auskunft über abstraktes, sondern über fallbezogenes konkretisiertes Recht. Die Kontextabhängigkeit der Rechtsfindung für die juristische Falllösung hat *Karl Engisch* mit dem Bild des „Hin- und Herwandern[s] des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“⁴¹ treffend illustriert.⁴²

Angesprochen ist an dieser Stelle nicht nur eine Eigenart des Verstehens von Recht, sondern die jedem hermeneutischen Verstehensprozess eigentümliche gegenseitige Aufeinander-Angewiesenheit des zu verstehenden Sinns einer sprachlichen Aussage von der verstehenden Person mitsamt ihrem vom jeweiligen Verständniskontext und ihren persönlichen Wertungen bedingten Vorverständnis.⁴³ Dieser „hermeneutische Zirkel“⁴⁴ ist allerdings nur dann ein Hindernis für eine wissenschaftliche Aussagekraft, wenn man formallogische oder naturwissenschaftliche Anforderungen ebenso zum Maßstab für normative Erkenntnisse erhebt. Das wäre jedoch kein „Zuviel“ an wissenschaftlicher Präzision und damit

³⁸ In diesem Sinne auch *Lege*, RphZ 2019, 416 (420): „Der Fall ist der Dreh- und Angelpunkt, an dem jede Argumentation ansetzt“.

³⁹ *Bung*, RphZ 2019, 357 (358, 360–362); *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 314 f.; *Lege*, RphZ 2019, 416 (425): „In Wahrheit sind Gesetze nicht die ‚Quelle‘ des Rechts, sie sind ganz im Gegenteil das, worin die Entscheidung einer Vielzahl von Rechtsfällen mündet: ein meist schon recht abgestandenes Gewässer, das erst durch einen neuen Zufluss in Gestalt eines neuen Falls wieder in Bewegung gerät“; *Lepsius*, Relationen, 2016, 16. Die Abhängigkeit des Verständnisses der Norm von einem an sie herangetragenen Fall heben auch hervor *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 258–261, 267, 274.

⁴⁰ Die Wechselbeziehung von Norm und Fall hat insbesondere *Engisch* betont, vgl. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, 26 f., dazu und im Anschluss hieran *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (431 f.). Zur Wechselbeziehung von Norm und Fall siehe auch *Bung*, RphZ 2019, 357 (360–362); diese Beziehung mit dem Bild vom Sachverhalt als Relief und der Norm als Schablone aufzeigend *Abraham*, RphZ 2019, 369 (372–376, insbes. 373).

⁴¹ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, 15.

⁴² Siehe auch *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (431).

⁴³ *Esser*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. 1, 2015, 66 (92–94); *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. (1986), 270–276, insbes. 271; siehe auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 272 f.; *Kaufmann*, ARSP 46 (1960), 553 (556); *ders.*, in: FS Gallas, 1973, 7 (17); *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 7, 130 f.; *Trute*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 293 (297 f.).

⁴⁴ Zum Zirkelschluss siehe *Kaufmann*, in: FS Gallas, 1973, 7, speziell zum hermeneutischen Zirkel 17 ff.; zum Zirkelschluss bei *Heidegger* siehe *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. (1986), 270 ff.; zum hermeneutischen Zirkel in der Rechtswissenschaft *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 130–133.

ein unter Umständen anzustrebendes Ideal auch für rechtswissenschaftliche Erkenntnisprozesse, sondern schlicht dem Erkenntnisgegenstand der Rechtswissenschaften inadäquat. Das wissenschaftstheoretische Postulat der Gegenstandsadäquanz⁴⁵ verlangt vielmehr danach, den Verstehensbedingungen rechtlicher Aussagen als sprach- und in der Regel textbasierte und somit interpretationsbedürftige Sinngehalte Rechnung zu tragen.⁴⁶

Im Ausgangspunkt bedeutet dies, dass der „hermeneutische Zirkel“ als Unausweichlichkeit der Rechtsgewinnung anzuerkennen ist.⁴⁷ Die aktiv-schöpferische Funktion des Verstehenden mitsamt seinem auch situativ geprägten Vorverständnis ist daher als Notwendigkeit des juristischen Erkenntnisprozesses für die Rechtsgewinnung einzuprogrammieren, ohne die Existenz eines der Rechtsgewinnung vorgegebenen Erkenntnisgegenstandes in Gestalt des Rechts zu missachten. Für die an dieser Stelle zu ermittelnden Anforderungen an die Rechtsgewinnung hat das zur Folge, dass eine Rechtsgewinnung eine Argumentation mit Blick auf das Recht als einen der Rechtsgewinnung auch vorgegebenen Gegenstand abzusichern hat (2.), gleichzeitig aber dem aktiv-schöpferischen Moment in der Rechtsgewinnung Rechnung tragen muss, indem sie insbesondere den Situationsbezug (3.) sowie die Vorverständnisbedingtheit rechtlicher Erkenntnisse (4.) würdigt.

2. Gewährleistung einer Argumentation mit Blick auf das Recht als einen der Rechtsgewinnung auch vorgegebenen Erkenntnisgegenstand

Soll das aktiv-schöpferische Element der Rechtsgewinnung nicht in einen Subjektivismus münden⁴⁸, ist vom „Rechtsverstehender“⁴⁹ zunächst zu verlangen, sich angesichts seines schöpferischen Anteils im Prozess des Verstehens auf den Prozess des Verstehens eines auch vorgegebenen Gegenstandes voluntativ einzulassen.⁵⁰ Dies kann als notwendige Bedingung eines jeden Verstehens angeführt

⁴⁵ Siehe dazu Kap. 1 Fn. 1.

⁴⁶ Vgl. auch Dreier, in: ders. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, 1 (15–18); Esser, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Bd. 1, 2015, 66 (92).

⁴⁷ Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, 272 f.; Kaufmann/von der Pfordten, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 9. Aufl. (2016), 23 (133); Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, 151.

⁴⁸ Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425 (432).

⁴⁹ Formulierung von Kaufmann, ARSP 72 (1986), 425 (432).

⁵⁰ Für das Verfassungsrecht betont dies auch Hillgruber, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 15, Rn. 13: „Der Interpret muss darüber hinaus bereit sein, bei der ihm gestellten Aufgabe der Erkenntnis des geltenden Verfassungsrechts sich dem ihn bindenden, d. h. ihm vorgegebenen Willen des Verfassungsgebers zu unterwerfen; denn Aufgabe der verfassungsrechtlichen Methode ist es, die auf einem fremden Willensakt beruhende Ver-

werden.⁵¹ Der Verstehende hat demnach den Willen zum Verstehen des Rechts, oder mit *Hesse* für das Verfassungsrecht: den „Wille[n] zur Verfassung“⁵², aufzubringen. Nur auf dieser Basis kann es gelingen, eine Begründung vorzutragen, die argumentativ auf das Recht – als einen dem „Rechtsverstehender“ auch vorgegebenen Erkenntnisgegenstand – bezogen bleibt.⁵³

Um diese Blick- und Willensrichtung abzusichern, braucht es Begrifflichkeiten, die das Recht – trotz seiner Vorverständnis- und Kontextgeprägtheit – als etwas dem Interpreten und Anwender auch Vorgegebenes immer wieder in den Mittelpunkt der Rechtsgewinnung rücken. Gleichzeitig kann es hilfreich sein, das den Akteuren aufgegebenes Ziel zur Ermittlung des richtigen Rechts⁵⁴ durch die Fiktion des einzig richtigen rechtswissenschaftlichen Ergebnisses ständig in Erinnerung zu rufen.⁵⁵ Hierdurch wird der Rahmen für einen durch fortwährende Argumentation, kritische Prüfung und Korrektur geprägten wissenschaftlichen Austausch bereitgestellt, der es erlaubt, den Inhalt des Rechts zutreffend diskursiv zu entfalten.^{56, 57} Der schöpferische sowie gebundene Anteil in der Rechtsgewinnung führen auf diese Weise zusammen.⁵⁸

fassung zum Sprechen und zur Geltung zu bringen“, im Anschluss an *Reimer*, Verfassungsprinzipien, 2001, 126.

⁵¹ In diesem Sinne auch *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. (1986), 273: „Lediglich Offenheit für die Meinung des anderen oder des Textes wird gefordert.“

⁵² *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (1999), Rn. 44.

⁵³ In diesem Sinne auch *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. (1986), 271: „Alle rechte Auslegung muß sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmerklicher Denkgewohnheiten abschirmen und den Blick auf ‚die Sachen selber‘ richten [...] Sich dergestalt von der Sache bestimmen lassen, ist für den Interpreten offenkundig nicht ein einmaliger ‚braver‘ Entschluß, sondern wirklich ‚die erste, ständige und letzte Aufgabe‘. Denn es gilt, den Blick auf die Sache durch die ganze Beirung hindurch festzuhalten, die den Ausleger unterwegs ständig von ihm selbst her anfällt.“

⁵⁴ Für die Rechtserkenntnis das „Gebot der Auslegung des einen Sinns“ postulierend *Hillgruber*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 15, Rn. 35, der auf der Ebene der Rechtsanwendung aber verschiedene Möglichkeiten zulässt, vgl. Rn. 36.

⁵⁵ Für eine Fiktion des einzig richtigen juristischen Ergebnisses *Schroth*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 243 (252 f.); die einzig richtige Entscheidung als „regulative Idee“ begreifend *Neumann*, in: *Hassemer/ders./Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 9. Aufl. (2016), 303 (309–311); gegen eine solche Fiktion *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 353 (Nachdruck 2017: 608 f.).

⁵⁶ *Kaufmann*, in: FS Gallas, 1973, 7 (20). Die analytischen und hermeneutischen Elemente bilden dabei auch keine Gegensätze, sondern bedingen einander. Darauf weist zutreffend hin *Kaufmann*, ARSP 72 (1986), 425 (430).

⁵⁷ In diesem Sinne auch *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 132, der richtigerweise betont, dass aus der Unausweichlichkeit des hermeneutischen Zirkels nicht gefolgert werden dürfe, dass er nicht „kommunizierbar, abschwächbar, entschärfbar, rationalisierbar“ sei.

⁵⁸ Ebenso den Moment von schöpferischer Konkretisierung und Gebundenheit verbindend

3. Berücksichtigung des Situationsbezugs rechtlicher Erkenntnisse

Daneben muss die Rechtsgewinnung den aufgezeigten situativen Kontext ihrer Aussagen würdigen.⁵⁹ Das betrifft maßgeblich die bereits benannte Orientierung der Rechtsfindung an konkreten Fallgestaltungen. Darum braucht es Begrifflichkeiten, deren Etablierungs- und Anwendungsregeln dem Rechtsanwender die Situativität und Kontextualität rechtlicher Aussagen immer wieder vor Augen führen, ohne aber den argumentativen Bezug der Rechtsgewinnung auf das auch vorgegebene Recht aus dem Blick zu verlieren. Das reiht sich in die insbesondere von *Oliver Lepsius* vorgetragene Forderung nach einer verstärkten Kontextualisierung rechtlicher Erkenntnisse ein.⁶⁰

4. Anreicherung eines rechtsgebietseigentümlichen Vorverständnisses

Schließlich hat die Rechtsgewinnung ihre über den Situationsbezug hinausgehende Vorverständnisgeprägtheit zu verarbeiten. Soweit Verstehensprozesse auf ein Vorverständnis angewiesen sind, kann dies allerdings weder bedeuten, Vorverständnisse zurückzudrängen⁶¹ noch sie passiv hinzunehmen.⁶² Vielmehr sind sie durch ein legitimes Vorverständnis⁶³ aktiv anzuleiten. Hierfür bietet es sich an, ein dem jeweiligen Rechtsgebiet eigenes Vorverständnis zu etablieren⁶⁴, für das Verfassungsrecht also ein der konkreten Verfassung eigenes Vorverständnis.⁶⁵

Gadamer, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. (1986), 271: „Wir können somit als das wahrhaft Gemeinsame aller Formen der Hermeneutik herausheben, dass sich in der Auslegung der zu verstehende Sinn erst konkretisiert und vollendet, dass aber gleichwohl dieses auslegende Tun sich vollständig an den Sinn des Textes gebunden hält. Weder der Jurist noch der Theologe sieht in der Aufgabe der Applikation eine Freiheit gegenüber dem Text.“

⁵⁹ *Lepsius*, JZ 2019, 793 (796 f.); siehe auch *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 139–142.

⁶⁰ Siehe jüngst *Lepsius*, JZ 2019, 793 ff.; im Anschluss daran auch *Lege*, RphZ 2019, 416 (427).

⁶¹ So auch *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. (1975), 42.

⁶² So auch *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 131 f.

⁶³ Zur Unterscheidung von legitimen und illegitimen Vorverständnissen siehe Kap. 1 Fn. 69.

⁶⁴ Dafür bereits *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 268: „[Verfassungs-]Rechtliche Dogmatik, Theorie und Methodik müssen Mittel zur Verfügung stellen, die spezifisch juristischen Momente dieser Vorurteilshaftigkeit selbstständig als norm- oder sachbezogenes Vorverständnis der Rechtswelt zu begründen, sie verdeutlichend abzugrenzen, zu differenzieren und sie damit als strukturierten, kontrollierbaren und diskutierbaren Faktor in den Vorgang der Konkretisierung einzubringen.“

⁶⁵ Als ein „verfassungseigentümliche[s] Vorverständnis“ begreift *Jestaedt*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1, Rn. 64 die jeweilige Verfassungstheorie der Verfassung; zu einem verfassungstheoretischen Vorverständnis siehe auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 420 f.

Ein solches wurde bereits als hilfreicher Indikator für die Wahrung eines höchstmöglichen Begründungsniveaus vorgeschlagen.⁶⁶ Es könnte obendrein einen gemeinsamen Verständnishorizont für den anleitungsbedürftigen Verstehensprozess im Recht zur Verfügung stellen, würde dabei tragende Prinzipien und Strukturen des Rechts identifizieren und dem Interpreten systematisch aufbereiten. Das Vorverständnis des Interpreten wird damit zwar nicht vollkommen entbehrlich, erhielte allerdings einen normativ gerechtfertigten Maßstab, an dem sich das eigene Vorverständnis orientieren und anpassen kann⁶⁷.⁶⁸ Illegitime(re) Vorverständnisse ließen sich so im Ergebnis durch legitime(re) Vorverständnisse ersetzen.⁶⁹ Auf Basis eines solchen gemeinsamen Vorverständnisses könnte zudem die Rechtsgewinnung vorhersehbarer gestaltet und der diskursive Austausch über das richtige Recht durch eine einheitliche Diskussionsgrundlage gestärkt werden. Schließlich würde ein solches Vorverständnis die – zwangsläufig einer Rechtsgewinnung immanenten⁷⁰ – außerrechtlichen Wertungen herausstellen und so weitere entscheidungserhebliche Prämissen der Rechtsgewinnung transparent und damit auch überprüfbar machen.⁷¹ Die für die Rechtsgewinnung unausweichli-

⁶⁶ Siehe Teil I Kap. 1 II. 4. c).

⁶⁷ Eine solche Funktion weist auch *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 1, Rn. 63 f. einem verfassungsgeigentümlichen Vorverständnis zu.

⁶⁸ So dürfte auch *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 5. Aufl. (1986), 273 f. zu verstehen sein: „Solche Empfänglichkeit [Anm. d. Verf.: für die „Andersheit des Textes“] setzt aber weder sachliche ‚Neutralität‘ noch gar Selbstauslöschung voraus, sondern schließt die abhebende Aneignung der eigenen Vormeinungen und Vorurteile ein. Es gilt, der eigenen Voreingenommenheit innewohnend, damit sich der Text selbst in seiner Andersheit darstellt und damit in die Möglichkeit kommt, seine sachliche Wahrheit gegen die eigene Vormeinung auszuspielen.“

⁶⁹ Für eine Abgrenzung von notwendigen bzw. legitimen Vorverständnissen gegenüber nicht notwendigen bzw. illegitimen Vorverständnissen plädiert *Lindner*, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, 2005, 129, 145 im Anschluss an *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 5. Aufl. (1986), 283; ebenso bereits *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 272.

⁷⁰ Siehe aber *Hilgendorf*, in: ders./Kuhlen, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, 2000, 1–32, der für weite Strecken der Rechtswissenschaft die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Wertfreiheit postuliert (14–21), für die Rechtsanwendung aber eine Wertungsgebundenheit anerkennt (18–21); demgegenüber *Kuhlen*, in: *Hilgendorf/ders.*, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, 2000, 33 (35–42) sowie *Lindner*, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, 151, der auf die Unmöglichkeit der Eliminierung metaphysischer Argumente hinweist; ebenso die Unausweichlichkeit von (transparent zu machenden) Wertungen betonend *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 269, 271.

⁷¹ So kann auch *Albert*, *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl. (1975), 42 f. verstanden werden: „Das bedeutet, dass man sie [Anm. d. Verf.: die Vorurteile] nicht pauschal zu eliminieren sucht [...], sondern dass man sie, soweit jeweils möglich, prüfbar macht und sich bemüht, sie an Hand ihrer Konsequenzen zu überprüfen“; ebenso *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 269.

che „Metaphysik“⁷² erhalte damit einen legitimen Standort, ließe sich so aber überhaupt erst reflektieren und kritisieren.⁷³ Insoweit nimmt das Gebot zur Anreicherung eines rechtsgebietseigentümlichen Vorverständnisses die von *Arthur Kaufmann* vorgetragene Forderung auf, wonach „sich das wissenschaftliche Interesse auf eben dieses Vorverständnis verlagern“ sollte.⁷⁴ Begrifflichkeiten, die ein rechtsgebietseigentümliches Vorverständnis abbilden, tragen dazu bei.

IV. Gebot zur Berücksichtigung der Entstehungsbedingungen des Rechts

Eine Rechtsgewinnung hat des Weiteren die Entstehungsbedingungen des Rechts zur Kenntnis zu nehmen und zu verarbeiten.⁷⁵ Im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes bedeutet dies, dass dem in einem abgestuften Rechtsverordnungsverfahren erzeugten Recht eine besondere Bedeutung für die Rechtsgewinnung einzuräumen ist (1.). Des Weiteren ist der Inhalt des Rechts entsprechend dem Willen seines Urhebers zu bestimmen (2.). Schließlich sind vorrangig ausdifferenzierte und kleinteilige rechtliche Aussagen zu generieren (3.).

1. Herausgehobene Bedeutung des positiven Rechts für die Rechtsgewinnung

Das positive Recht fungiert gegenüber dem ungeschriebenen Recht als eine vorrangige Quelle für die Rechtsgewinnung (a). Das gilt für das Verfassungsrecht in qualifizierter Weise (b). Daran muss sich auch die Begründung ungeschriebener Rechtspositionen orientieren (c). Der Vorrang positiven Rechts für die Rechtsgewinnung schließt autonome Entscheidungsmomente im Rahmen seiner Anwendung allerdings nicht aus; nach hier vertretener Begründung verlangt er regelrecht nach ihr (d).

⁷² Im Anschluss an *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 29–32, insbes. 30, umfasst „Metaphysik“ grundsätzlich normative Aussagen. Da auf dem Gebiet rechtswissenschaftlicher Aussagen die Metaphysik durch das positive Recht grundsätzlich überwunden wird, vgl. *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 33–36, ließe sich auch festhalten: Metaphysik in der Rechtswissenschaft umfasst all solche normativen Aussagen, die nicht durch das positive Recht begründet werden; zur Entwicklung des Begriffs der Metaphysik siehe *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 24–29.

⁷³ *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 151 f., 155 f.; in diese Richtung auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. (2013), Rn. 268.

⁷⁴ *Kaufmann*, in: FS Gallas, 1973, 7 (20).

⁷⁵ Auch dieses Erfordernis beruht letztlich auf dem Postulat der Gegenstandsadäquanz, siehe dazu Kap. 1 Fn. 1.