

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 796

**Rechtstheorie und
Rechtsdogmatik im Austausch**

Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur

Herausgegeben von

**Wilfried Erbguth, Friedrich Müller
und Volker Neumann**



Duncker & Humblot · Berlin

Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch

Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 796



James M. Hays

Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch

Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur

Herausgegeben von

Wilfried Erbguth, Friedrich Müller
und Volker Neumann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch :
Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur / hrsg. von
Wilfried Erbguth ... – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 796)
ISBN 3-428-09368-2

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09368-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Geleitwort

Prof. Dr. Bernd Jeand'Heur verstarb am 15. Februar 1997, wenige Wochen nach seiner Antrittsvorlesung an der Rostocker Juristischen Fakultät. Seine Ernennung zum Professor und die Übertragung des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie lag erst ein gutes Jahr zurück. Er war also noch nicht sehr lange in Rostock, auch wenn er seinen Lehrstuhl bereits im Jahr 1995 vertreten hatte. Dennoch hat Herr Jeand'Heur die Rostocker Fakultät nach innen und außen nachhaltig geprägt.

Nach außen tat er dies durch sein wissenschaftliches Œuvre, das er mitgebracht und während der Zeit in Rostock markant fortgeführt hat. Bemerkenswert ist sein Werk schon aufgrund der thematischen Weite. Es reicht – ohne je an Tiefgang und rechtswissenschaftlicher Eigenständigkeit auch nur im geringsten einzubüßen – vom Verfassungs- und Staatskirchenrecht über das Verwaltungsrecht bis hin zur Rechtsmethodik und Rechtsphilosophie. Dabei ist es immer durchdrungen, gleichsam durchweht von dem Interesse für die Rechtslinguistik, die er auf neuartige Weise in den Kontext seiner rechtstheoretischen Untersuchungen eingebracht hat.

Im Innern unserer Universität und Fakultät hat Bernd Jeand'Heur als engagierter und didaktisch begabter Hochschullehrer gewirkt. Er hat nicht nur die Studierenden für die Rechtswissenschaft begeistert, sondern ihnen auch die Verantwortung nahegebracht, die mit ihrer künftigen beruflichen Tätigkeit verbunden ist. Die Verantwortung des Juristen stand auch im Mittelpunkt seiner Antrittsvorlesung, die die Zuhörer zugleich mitgerissen und nachdenklich gemacht hat. In der Fakultät hat Bernd Jeand'Heur als ein hilfsbereiter und zugänglicher Kollege gewirkt, der sich in Sitzungen jeglicher Weitschweifigkeit enthielt und die wesentlichen Punkte kurz, präzise und in der Sache stets weiterführend zu benennen wußte.

Die eigentliche Prägung, die die Rostocker Fakultät durch Herrn Jeand'Heur erfahren durfte, das besondere Geschenk, das er uns gemacht hat, war seine Persönlichkeit. Es war seine Gelassenheit, gepaart mit Lebendigkeit, Humor und einem Witz, der niemals verletzte. Es war das sichere Gefühl, einem Menschen zu begegnen, dessen Ruhe, Freundlichkeit und besondere Herzensbildung aus einem inneren Wertgefüge rührte. Es waren die Nähe, zu der sein Wesen einlud, ohne jemals besitzergreifend zu sein, die Offenheit und Selbstironie, die nur seelische Stärke ermöglicht. Und es waren nicht zuletzt seine natürliche

Jugendlichkeit und Unkompliziertheit sowie das Fehlen jeglichen präntiösen Gehabes. Seine Bescheidenheit konnte bis zur Zurückstellung, ja Selbstverleugnung der eigenen Person reichen, wenn es – wie er meinte – um Wichtiges ging.

Die Beiträge dieses Buches, die aus der Feder von beruflichen und vielfach auch persönlichen Wegbegleitern des Verstorbenen stammen, sind im Gedenken an diesen außergewöhnlichen Menschen verfaßt worden.

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

I. Grundlagen: Rechtsphilosophie, Rechtslinguistik, Verfassungsgeschichte

Ralph Christensen / Michael Sokolowski

Naturrecht und menschliche Sprache oder: die Spuren der Utopie im
Recht 13

Friedrich Müller

Warum Rechtslinguistik? Gemeinsame Probleme von Sprachwissenschaft
und Rechtstheorie 29

Bernhard Schlink

Weimar – von der Krise der Theorie zur Theorie der Krise 43

II. Deutsches und europäisches Verfassungsrecht

Wolfram Cremer

Der sog. objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte in der Rechtspre-
chung des Bundesverfassungsgerichts. Eine kritische Würdigung eines
„Grundbestands des Grundrechtswissens“ 59

Detlef Czybulka

Ethische, verfassungstheoretische und rechtliche Vorüberlegungen zum
Naturschutz 83

Torsten Kelm

Verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung von Befugnissen auf
ehrenamtliche Polizisten 111

Hans-Joachim Koch

Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte. Eine Funktionsbestimmung auf begründungstheoretischer Basis 135

Reinhard Singer

Die Lehre vom Grundrechtsverzicht und ihre „Ausstrahlung“ auf das Privatrecht 171

Hans-Joachim Schütz

Einige Fragen zu Gestalt und Rechtscharakter des „acquis communautaire“ 191

III. Staatskirchenrecht

Stefan Koriath

Loyalität im Staatskirchenrecht? Geschriebene und ungeschriebene Voraussetzungen des Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV 221

Volker Neumann

Individuelle Religionsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht – am Beispiel der karitativen Tätigkeit 247

Bodo Pieroth / Thorsten Kingreen

Die Einschlägigkeit des Art. 141 GG für das Land Brandenburg 265

Ralph Weber

Städtische Patronate in den neuen Bundesländern und ihre rechtliche Verbindlichkeit, dargestellt am Beispiel der Hansestadt Rostock 281

IV. Kindschafts- und Schulrecht

Hermann Avenarius

Sponsoring in der Schule. Einige verfassungsrechtliche Anmerkungen . . . 321

Jan Castendiek

Behinderung und freie Schulartwahl	337
--	-----

Ingo Richter

Die Reformen des Kindschaftsrechts und die Schule	355
---	-----

Johann Peter Vogel

Zur Problematik der Unterrichtsgenehmigung für Lehrer an Ersatzschulen	369
--	-----

V. Verwaltungsrecht*Wilfried Erbguth*

Zur verfassungsrechtlichen (Un-)Zulässigkeit der materiellen Einwender- präklusion im Planfeststellungsrecht	391
---	-----

Hans-Heinrich Trute

Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informa- tionsvorsorge	403
--	-----

VI. Juristenausbildung*Ingo von Münch*

Juristenausbildung: Zwischen Resignation und Hoffnung	431
---	-----

Schriftenverzeichnis Bernd Jeand'Heur	441
---	-----

Autorenverzeichnis	447
------------------------------	-----

**I. Grundlagen: Rechtsphilosophie,
Rechtslinguistik, Verfassungsgeschichte**

Naturrecht und menschliche Sprache oder: die Spuren der Utopie im Recht

Von Ralph Christensen / Michael Sokolowski

Recht und Utopie scheinen denkbar weit voneinander entfernt. Das Recht steht für das Bleibende und Feste, die Utopie dagegen für das Veränderliche und Flüchtige. Man braucht schon die Hoffnung Blochs, um zwischen beiden eine Verbindung zu suchen. Gibt es Spuren des Utopischen im Recht und wie sind sie zu lesen?

I. Die veränderliche Trägheit der Sprache

Wir beginnen mit einer Zeitreise: Deutschland Ende der 60er Jahre. Leute, die einen dreiteiligen Anzug und Schlips tragen, sind nicht mehr tonangebend. Man trägt jetzt Bluejeans und langes Haar. Aber das ist nicht das Schlimmste: Wichtige Begriffe haben plötzlich eine andere Bedeutung. Die Verfassung ist auf einmal nicht mehr die wirkliche Ordnung unserer Gesellschaft, sondern ein Versprechen auf die Zukunft. Demokratie ist nicht mehr der Name unseres politischen Systems, sondern etwas, mit dem erst noch angefangen werden muß. Alle zentralen politischen Begriffe verwandeln sich von Ordnungsbegriffen in utopische Zielbegriffe.¹ Und die Sozialdemokraten gewinnen die Wahl.

Hören wir zu diesem Vorgang Kurt Biedenkopf. Damals ist er noch nicht König von Sachsen, sondern nur Generalsekretär einer kleinen, konservativen Partei, die gerade die Wahl verloren hat. Er wendet sich 1973 in Hamburg an den Parteitag: „Sprache, liebe Freunde, ist nicht nur ein Mittel der Kommunikation. Wie die Auseinandersetzung mit der Linken zeigt, ist Sprache auch ein wichtiges Mittel der Strategie. Was sich heute in unserem Land vollzieht, ist eine Revolution neuer Art. Es ist die Revolution der Gesellschaft durch Sprache. Die gewaltsame Besetzung der Zitadellen staatlicher Macht ist nicht länger Voraussetzung für eine revolutionäre Umwälzung staatlicher Ordnung. *Revolutionen finden heute auf eine andere Weise statt. Statt der Gebäude der Regierungen werden Begriffe besetzt, mit denen sie regiert*, die Begriffe, mit denen

¹ Vgl. dazu Maier, Aktuelle Tendenzen der politischen Sprache, in: Heringer (Hrsg.), Holzfeuer im hölzernen Ofen, 1982, S. 179 ff.

wir unsere staatliche Ordnung, unsere Rechte und Pflichten und unsere Institutionen beschreiben. Die moderne Revolution besetzt sie mit Inhalten, die es unmöglich machen in ihnen zu leben.“² Biedenkopfs Propagierung einer Sprachrevolution schlägt mit derselben Klappe mehrere Fliegen: Die SPD wird mit der Revolution verknüpft und die demoralisierte CDU wird getröstet. Der Hinweis auf die Besetzung der Begriffe ist nicht nur eine Erklärung für die eigene Wahlniederlage, sondern zugleich ein Aktionsprogramm, um die Niederlage in einen Sieg zu verwandeln. Die Gegenwehr gegen die Sprachrevolution werde erfolgreich sein, jetzt wird Biedenkopf konkret, „indem sie die Medien besetzt“.

Biedenkopf hat diese Strategie nicht erfunden. Der Feind, die Linke, hatte sie ihm vorexerziert und damit, wenn auch spät, Blochs Forderung ernst genommen, von den Begriffen um der eigenen Sache willen Besitz zu nehmen³. Biedenkopf hat dieses Konzept lediglich in eine effektive Politik verwandelt. Zwar muß man die Möglichkeiten zur Beeinflussung der Sprache eher skeptisch einschätzen. Die Rede von der Besetzung der Begriffe als eine „Metapher aus der Welt der Machbarkeit“⁴ läßt die Sprache als ein reines Kunstprodukt erscheinen. Die Sprache ist jedoch für den Sprecher, auch wenn er Generalsekretär ist, nicht beliebig formbar. Sie ist aber andererseits auch keine rein natürliche Struktur, die dem Sprechen so vorgegeben ist wie Täler, Flüsse und Berge der Fortbewegung. Die Sprache liegt als „Phänomen der dritten Art“ zwischen diesen Extremen objektiver Vorgegebenheit und vollkommener Machbarkeit: „Unsere Sprache ist, wie alle natürlichen Sprachen weder natürlich noch künstlich. Sie ist weder ein Naturphänomen noch ein Artefakt. Sie ist ein Phänomen der dritten Art, die unbeabsichtigte Konsequenz individueller (intentionaler) kommunikativer Handlungen. Während Naturphänomene kausale Erklärungen fordern und Artefakte intentionale (finale), ist der adäquate Erklärungsmodus eines Phänomens der dritten Art die Invisible-hand-erklärung.“⁵ Die Ordnung der Sprache ist damit weder von objektiver Natur als geschlosse-

² *Biedenkopf*, Bericht des Generalsekretärs, in: CDU (Hrsg.), 22. Bundesparteitag der Christlich Demokratischen Union Deutschlands. Hamburg 18.–20.11.1973, Bonn 1973. Siehe in Aufsatzform auch *ders.*, Politik und Sprache, in: *Heringer* (Hrsg.), Holzfeuer im hölzernen Ofen. Aufsätze zur politischen Sprachkritik, 1982, S. 189 ff. (191) (urspr. 1975).

³ Siehe *Bloch*, Erbschaft dieser Zeit, GA IV, 1977; *ders.*, Über Ungleichzeitigkeit, Provinz und Propaganda, in: *Traub/Wieser*, Gespräche mit Ernst Bloch, 1977. Zum Zusammenhang mit der Strategie der Begriffsbesetzung im politischen Sprachgebrauch *Reuffer*, Das Besetzen von Begriffen. Anmerkung zu Ernst Blochs Theorie der Ungleichzeitigkeit, in: *Liedtke/Wengeler/Böke* (Hrsg.), Begriffe besetzen. Strategien des Sprachgebrauchs in der Politik, 1991, S. 123 ff.

⁴ Vgl. *Kuhn*, „Begriffe besetzen“. Anmerkungen zu einer Metapher aus der Welt der Machbarkeit, in: *Liedtke/Wengeler/Böke* (Fn. 3), S. 90 ff.

⁵ *Keller*, Bemerkungen zur Theorie des sprachlichen Wandels, ZGL 1984, 63 ff. (66) m.w.N.

nes System noch von subjektiver Natur als Vereinbarung freier Individuen. Sie ist vielmehr die unbeabsichtigte Nebenfolge individuellen Sprechens. Ob die Besetzung von Begriffen gelingt, liegt nicht allein in der Macht desjenigen, der das versucht.⁶ Zwar gilt die von Biedenkopf vollzogene Besetzung des traditionell linken Begriffs der Solidarität als musterhaft. Aber er hat dies nicht allein mit seiner Parteitage Rede bewerkstelligt. Er wurde unterstützt durch die riesige Propagandamaschine der Partei und eine taktisch kluge Medienpolitik der CDU.⁷ Die Eroberung eines Begriffs mit eigenen Inhalten setzt also voraus, daß der entsprechende Begriff „in der Luft liegt“⁸ und muß häufig unterstützt werden durch das „Besetzen von Diskursen“⁹ und „Bildwelten“¹⁰ im Rahmen der Medien. Das kann auch schiefgehen. Dem Versuch von Biedenkopfs Nachfolger Geißler, die „neue soziale Frage“ als das Nonplusultra moderner Wohlfahrt in diese Welten zu setzen, war jedenfalls kein Glück beschieden. Trotz der Komplexität und des Risikos der Aufgabe können die Parteien aber auf den Versuch nicht verzichten, sich „wechselseitig die Legitimität des Anspruchs auf den Gebrauch zentraler Vokabeln streitig (zu machen).“¹¹

Mit Biedenkopfs Kampfansage an die „rote Semantik“¹² beginnt in den 70er Jahren die Wendung zur „Politik als Sprachkampf“¹³, welche sich für die konservative Seite als sehr erfolgreich erwies. Bereits auf dem nächsten Parteitag von 1975 konnte Biedenkopf Erfolg vermelden: „Eines der Hauptziele, die wir uns für die Arbeit nach dem Hamburger Parteitag gestellt hatten, war die Wiedergewinnung der Initiative in der Auseinandersetzung um die zentralen politischen Begriffe. Wir können heute feststellen: Dieses Ziel ist im wesentlichen erreicht worden. In der Auseinandersetzung um die politischen Begriffe waren wir erfolgreich. Wir haben wichtige Begriffe für uns besetzt und neue, für die Beschreibung politischer Ziele wichtige Begriffe hinzugefügt.“¹⁴

⁶ Zur Rolle und zur Arbeitsweise der von der CDU eingerichteten Projektgruppe Semantik Klein, Kann man „Begriffe besetzen“?, in: *Liedtke/Wengeler/Böke* (Fn. 3), S. 44 ff. (45 ff.)

⁷ Vgl. dazu und zum folgenden *Hermanns*, Schlüssel-, Schlag- und Fahnenwörter. Zu Begrifflichkeit und Theorie der lexikalischen „politischen Semantik“, Arbeiten aus dem Sonderforschungsbereich 245 Sprache und Situation, 1994, S. 22 f.

⁸ Vgl. *Kuhn* (Fn. 4), S. 90 ff. (99).

⁹ Ebd., S. 103.

¹⁰ Ebd., S. 106.

¹¹ *Lübbe*, Der Streit um Worte. Sprache und Politik, 1967, zitiert nach *Heringer* (Fn. 1), S. 48 ff. (66).

¹² Vgl. *Dietz*, Rote Semantik, in: *Kaltenbrunner* (Hrsg.), Sprache und Herrschaft. Die umfunktionierten Wörter, 1975, S. 20 ff.

¹³ Ausführlich dazu *Behrens/Dieckmann/Kehl*, Politik als Sprachkampf, in: *Heringer* (Fn. 1), S. 216 ff.

¹⁴ *Biedenkopf*, Die Politik der Union. Aufgaben und Organisation. Herausgegeben von der CDU-Bundesgeschäftsstelle / Abteilung Öffentlichkeitsarbeit, 1975.