



Thomas Exner, Jena

Sozialsteuerung durch Gesetz oder gesellschaftlicher Wandel durch Zeit?*

Mit dem ‚Gesetz‘ als zentrale Handlungsform hat sich der Rechtsstaat zugleich unvermeidlich auf eine spezifische Handlungsgeschwindigkeit festgelegt. Vor dem Hintergrund einer sich beständig beschleunigenden sozialen Wirklichkeit erwächst hieraus die Gefahr einer De-Synchronisation im Sinne einer zeitdynamischen Unvereinbarkeit gesellschaftlicher Wandlungsprozesse und gesetzgeberischer Sozialsteuerung. Dem folgend, durchleuchtet dieser Beitrag kritisch zunächst mögliche Anpassungs- und Beschleunigungsstrategien seitens der Legislative als solcher; sodann werden etwaige Synergiemöglichkeiten zwischen Gesetzgebung und je einer der beiden anderen Staatsgewalten evaluiert. Am Ende steht der Appell, Beschleunigungstendenzen vor allem als Chance zu begreifen, die Idee des ‚Gesetzes‘ revitalisierend zu vergegenwärtigen.

S. 27

- HFR 3/2007 S. 1 -

1 Erster Abschnitt: Der Rechtsstaat als Staat des Rechts

Trotz der beachtlichen Zeitspanne und inhaltlichen Diversifikation europäischer Staatsideen, angefangen etwa bei Platon und Aristoteles, über die Zweireichslehre des Augustinus bis hin zur Staatsphilosophie seit der Kantschen Metaphysik der Sitten, ist die Idee vom „Staat“ unumgänglich durch zwei Konstruktionskonstanten bestimmt: Erstens muss „Staat“ als Idee, Institution oder Instanz, gleich welcher konkreten inneren Konstitution, von den Staatsbürgern als solchen getrennt gedacht werden; im Verhältnis zum rein faktischen Kollektiv seiner Staatsbürger bildet der „Staat“ gleichsam eine neue, andere Ebene. Sinn und Zweck dieser Ebene ist es (zweitens), bestimmte Interessen der Staatsbürger zu ermöglichen, zu wahren und gegen kollidierende Interessen zu schützen. So bestimmt z.B. Hobbes den „Staat“ als Friedensordnung, Rousseau hingegen als Freiheitsordnung.

- 2 Charakteristikum unseres Rechtsstaats ist nun, spezifische Interessen der Bürger nicht mit beliebigen Mitteln, sondern gemäß Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG gerade mit dem Instrument des Rechts bzw. des (verfassungsgemäßen) Gesetzes zu verwirklichen. Mit dem Terminus „Recht und Gesetz“ hält unsere Verfassung dabei das Bewusstsein aufrecht, dass sich Gesetz und Recht zwar faktisch im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken – so das Bundesverfassungsgericht. Und weiter: „Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen [...]“; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung.¹ Bevor die Gerichte aber nach dem „Mehr“ forschen können, werden sie in aller Regel – um in der Karlsruher Diktion zu bleiben – erst das „Weniger“, sprich die vorhandenen Gesetze auszuschöpfen haben.² Komplementär hierzu verhalten sich die Anforderungen an die beiden anderen Staatsgewalten: Nach der sog. Wesentlichkeits-

* Der Aufsatz wurde im Rahmen des 6. Beitragswettbewerbs "Fabrikation von Recht" mit dem 3. Preis ausgezeichnet. Alle im Text angeführten Zitate wurden vom Verfasser behutsam an die neue Orthographie angepasst.

¹ BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE, 34, 269 (286 f.).

² Eine Ausnahme muss ggf. bei sog. gesetzlichem Unrecht gemacht werden: Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, Bd. 3, 1999, S. 83 ff. (S. 88 ff.).

theorie³ hat der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst, d.h. mittels parlamentarischen Gesetzes zu treffen, während die Exekutive ohne gesetzliche Befugnisgrundlage nicht tätig werden darf (sog. Vorbehalt des Gesetzes⁴). Mithin ist es das Gesetz, das im Zentrum staatlichen Handelns steht.

- 3 Hierbei erschöpft sich die Funktion staatlich gesetzten Rechts anders als noch um die Wende des 19. zum 20. Jahrhunderts von Rechtssoziologen angenommen, nicht in der Absicherung und bloßen Formulierung gewohnheitsmäßig schon geronnener bzw. gesellschaftlich bereits mehrheitsmäßig anerkannter Verhaltensmuster (Recht als Faktizität⁵). Vielmehr ist das Gesetz nach modernem aufgeklärtem Rechtsverständnis Mittel der Stabilisierung und Strukturierung menschlicher Erwartungshaltungen.⁶ Es dient als Steuerungsinstrument gesellschaftlicher Abläufe schon durch seine bloße Existenz der performativen Gestaltung lebensweltlicher Konfliktsituationen und dringt dementsprechend unablässig immer tiefer in bisher nicht normierte Lebensbereiche vor. Das Gesetz ist somit nach funktionaler Auffassung in erster Linie Koordinations- und Herrschaftsinstrument.⁷

S. 28

- HFR 3/2007 S. 2 -

4 Zweiter Abschnitt: Gesetz und sozialer Wandel

A. Das Gesetz in der Zeit:

Freilich ist damit nicht gesagt, dass der Gesetzgeber willens oder auch nur in der Lage wäre, das Gesamt gesellschaftlicher Sozialbeziehungen einer allumfassenden gesetzlichen Regelung zuzuführen. Jegliches Streben nach einer en detail dekretierten Form spezifisch staatsbürgerlicher Lebensführung liegt wohl von vornherein außerhalb der staatlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Allerdings soll das Gesetz zumindest solche Situationen einer abstrakt-generellen Regelung unterwerfen, welche das konfliktfreie Zusammenleben der Menschen innerhalb der Gemeinschaft im denkbar weitesten Sinne in Frage zu stellen drohen. Die (Grund-)Intention moderner Legislatur besteht darin, potentielle Konfliktsituationen vor deren akutem Aufbrechen ausfindig zu machen und bereits in der Gegenwart einen Modus für den künftigen Umgang mit ihnen bereitzustellen. In diesem Sinne ist staatliches Recht eine „prospektive Retrospektive“⁸.

- 5 Je mehr Konfliktfelder sich nun auftun, desto mehr Gesetze wird der Staat zu verabschieden haben, will er seines steuernden Einflusses nicht verlustig gehen. Vor dem Hintergrund der o. g. Wesentlichkeitstheorie ergibt sich dabei folgendes Problem: Mit dem „Gesetz“ ist der Staat nicht nur auf eine bestimmte Handlungsform, sondern auch auf eine bestimmte Handlungsgeschwindigkeit verwiesen⁹; vor jeder Verabschiedung müssen in aller Regel drei Lesungen im Bundestag, sowie Beratungen in entsprechenden Ausschüssen und Verhandlungen im Bundesrat durchlaufen werden. Dilemmatisch wird dieses zeitintensive Vorgehen in dem Moment, in welchem es nicht mehr mit den dynamischen Kräften des gesellschaftlichen Wandels Schritt zu halten vermag; gleichsam eine De-Synchronisation zwischen parlamentarischen Entscheidungsabläufen und

³ BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, 212 (226) m. w. Nachw.

⁴ Abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG: BVerfG v. 28.10.1975, BVerfGE 40, 237 (248 f.) und v. 29.10.1987, BVerfGE 77, 170 (230); a. A. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. (2006), § 6 Rdnrn. 4 - 8.

⁵ So noch Geiger: siehe bei Raiser, Das lebende Recht, 3. Aufl. (1999), S. 131; vgl. auch zu Ehrlich: *ebd.*, S. 94 ff.

⁶ Insbesondere Luhmann, Soziale Systeme (Suhrkamp 1987), S. 399 ff.

⁷ Schon Kelsen, Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen, abgedr. bei Hoerster, Recht und Moral (2002), S. 20 ff.; Wesel, Juristische Weltkunde, 8. Aufl. (2000), S. 198. Krit. Di Fabio, Die Kultur der Freiheit (2005), S. 76 f., 268 ff.

⁸ In Anlehnung an Höffe, Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen, in: Burkhardt/Hassemer, Die deutsche Strafrechtspflege vor der Jahrtausendwende - Rückbesinnung und Ausblick (2000), S. 307 ff. (S. 314).

⁹ Vogel, Zur Diskussion um die Normenflut, in: JZ 1979, 321 (324).

lebensweltlichen Problemsituationen eintritt, sich der demokratische Willensbildungsprozess entgegen der Dynamik hochbeschleunigter Gesellschaften eher verlangsamt anstatt an Geschwindigkeit zuzunehmen¹⁰.

- 6 Auf lebensweltliche Herausforderungen steuernd und strukturierend mit dem Mittel des Gesetzes zu reagieren, bereitet keine formal-rechtlichen und wohl auch keine politisch oder ethisch dauerhaft unlösbaren Schwierigkeiten. Selbst eine so umstrittene Frage, wie die des Schwangerschaftsabbruchs ließ sich – trotz aller Kontroverse – schlussendlich einer rechtlichen Lösung zuführen.¹¹ Vielmehr gründet die zentrale Herausforderung auf einem dauerhaften, stetig an Tempo gewinnenden Wandlungsprozesses moderner Gesellschaften im Sinne einer dynamischen Veränderung sozialer und technologischer Verhältnisse, wodurch der menschliche Handlungs- und Zeithorizont beständig komprimiert wird.¹² Für den parlamentarischen Gesetzgeber wird es somit zusehends schwieriger, anwachsenden lebensweltlichen Problemlagen in der erforderlichen zeitlichen Nähe sachgerechte und rechtssystematisch stimmige Lösungen entgegenzusetzen.

S. 29

- HFR 3/2007 S. 3 -

7 **B. Zur „Entzeitlichung“ staatlicher Steuerung**

Der moderne Staat wird dementsprechend empfindliche Abstriche von seiner sozialgestaltenden Aufgabe machen müssen, sofern er keine Mittel und Wege findet, seine Handlungsgeschwindigkeit der gesellschaftlichen Wandlungsdynamik anzupassen. Aber welches Anpassungspotential bietet sich ihm nach geltendem Recht bzw. welche Handlungsoptionen sind de constitutione ferenda möglich? Wie kann der Staat auf den Umstand reagieren, dass mit zunehmender gesellschaftlicher Komplexität auch die Anzahl normativer Grund- bzw. Richtungsentscheidungen zunehmen müsste?

8 **I. Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens**

Besonders nahe liegend erscheint zunächst, die Reaktionsform aus dem Problem selbst zu extrahieren: Schrumpft das Zeitfenster staatlichen Handelns insgesamt, steht ceteris paribus für das einzelne Gesetzesvorhaben weniger Zeit zur Verfügung. Das hat der Gesetzgeber zu akzeptieren. Er muss den Deliberationsprozess zwangsläufig kürzen, um überhaupt erst einmal ein „Grundgerüst“ aufzustellen. Auf die in der Kürze der Zeit ebenso zwangsläufig übersehenen inhaltlichen Mängel bzw. Unvollkommenheiten des produzierten Gesetzes kann er dann – später – mit entsprechenden Änderungen reagieren.

- 9 Solch eine Vorgehensweise mag sicher ein immenses Zeitfenster erschließen. Allerdings evoziert die Idee des „Grundgerüsts“ auch schwerstwiegende rechtsstaatliche Bedenken. Ein Gesetz, von dem bereits heute mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden muss, dass es in nicht allzu ferner Zukunft bedeutenden Änderungen ausgesetzt sein wird, entfaltet für den Normadressaten innerhalb seines gegenwärtigen gesellschaftlichen Aktionsraums kaum bis keinerlei Orientierungssicherheit. Rechtstechnisch fehlt dem Gesetz damit die rechtsstaatlich unentbehrliche Grundlage der Rechtssicherheit.¹³ Wenn auch vielleicht nicht intendiert und glücklicherweise

¹⁰ Rosa, The Speed of Global Flows and the Pace of Democratic Politics, in: New Political Science 27 (2005), S. 445 (S. 449 ff.); Scheuermann, Speed, states and social theory: A response to Hartmut Rosa, in: Constellations Vol. 10 (1/2003), S. 42 ff. (S. 46). Grdl. Rosa, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne (2005).

¹¹ Gante, § 218 in der Diskussion, Diss. Bonn (1991), insbes. S. 10 - 17, 56 - 68 und 100 ff.

¹² Rosa, Historische Bewegung und geschichtlicher Stillstand, in: Initial 16 (2005), 12 (13). Scheuermann, Liberal Democracy and the Empire of Speed, in: Polity Vol. XXXIV (1/2001), S. 41 ff. (S. 43 ff.). Vgl. ferner Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Wingert/Günther, Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas (2001), S. 539 ff. (545).

¹³ Schmidt-Abmann, Der Rechtsaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl. (2004), § 26 Rdnr. 85.

in seinen negativen Auswirkungen auf das allgemeine Normbewusstsein noch verhältnismäßig zurückhaltend, kann für ein derartiges Vorgehen das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“¹⁴ durchaus als prominentes Beispiel herangezogen werden. Obwohl in Fachkreisen schon seit Ende der 70er Jahre beständig über eine Einbeziehung zahlreicher, bis dato noch außerhalb des BGB angesiedelter Spezialregelung, wie etwa dem „Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen“ sowie über eine grundlegende Reform des Schuldrechts diskutiert worden war¹⁵, führte die 2001 in großer Eile schlussendlich verabschiedete Novelle in der rechtswissenschaftlichen Literatur zu erheblicher Kritik¹⁶. Von Anfang an bestand ein für neue Gesetze ungewöhnlich hoher Bedarf an Analogien bzw. teleologischen Reduktionen, sei es weil der Wortlaut mancher Vorschrift zu weit geraten war oder weil einige Paragraphen dogmatische Unstimmigkeiten auslösten. Den Grund für die Problempunkte liefern die Kritiker gleich mit, wenn einer unter ihnen anmerkt, dass sich an diesen Problemen recht anschaulich zeige, „zu welchen Friktionen es führt, wenn man gemeint hat, ein derart umfassendes Projekt wie die Schuldrechtsmodernisierung in nur wenigen Monaten in Gesetzesform gießen zu müssen“¹⁷.

- 10 Ein zweites Argument gegen die Idee eines provisorischen „Grundgerüsts“ folgt aus dem Umstand, dass die nachträgliche Korrektur eines Gesetzes nicht in jedem Falle möglich ist. Denn die Früchte eines derart beschleunigten Gesetzgebungsverfahrens erschöpfen sich nicht allein in dogmatisch unstimmgigen Normgefügen, sondern riskieren auch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Zu verweisen sei an dieser Stelle z.B. auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz¹⁸ oder den ebenfalls für (teilweise) verfassungswidrig erklärten und inzwischen wieder aufgehobenen § 143 StGB, welcher infolge mehrerer tragischer Angriffe sog. Kampfhunde auf Kinder vom Gesetzgeber am 12.04.2001 eingeführt worden war.¹⁹ Nur knapp drei Jahre später hatte das Bundesverfassungsgericht, da das Strafrecht Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist und demgemäß nach Art. 72 Abs. 2 a. F. GG nur zur Wahrung der *Rechtseinheit* im gesamtstaatlichen Interesse in die Bundeskompetenz fällt, § 143 Abs. 1 StGB aufgrund des darin enthaltenden Verweises auf (16 inhaltlich *divergierende*) landesrechtliche Vorschriften mangels Bundeskompetenz für nichtig zu erklären²⁰. Daraufhin hob der Gesetzgeber den gesamten § 143 StGB am 19.04.2006 wieder auf²¹.
- 11 Dogmatisch-technische Abkürzungen in Form vorläufiger Gesetzesgerüste verschieben das Zeitdilemma somit nur auf andere Übel hin.

S. 30 - HFR 3/2007 S. 4 -

12 **II. Substitution parlamentarischer Deliberationsprozesse**

Stattdessen könnte versucht werden, zumindest den diskursiven Teil des parlamentarischen Deliberationsprozesses zu substituieren. Normativer Anknüpfungspunkt hierfür wäre § 126 GO BT, wonach Abweichungen von der Geschäftsordnung des Bundestages und damit von den grundsätzlich erforderlichen drei Lesungen (§§ 79 ff. GO BT) durch Beschluss mit Zweidrittelmehrheit möglich sind. Aber womit ließen sich die zeitintensi-

¹⁴ „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“: BGBl. 2001 I, S. 3138. Inkrafttreten: Januar 2002.

¹⁵ Überblick zur Reformgeschichte bei *Medicus*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. (2005), § 6 Rdnr. 47.

¹⁶ *Koller/Roth/Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 (2002), passim (insbes. S. 42, 65) m. w. Nachw.

¹⁷ *Krause*, Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht (Teil 1), in: JURA 2002, 217 (229). Zu den Problemen: *Lorenz*, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, in: NJW 2005, 1889 (passim).

¹⁸ Vom 11.01.2005 (BGBl. I, S. 78): „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt [scil. auf Luftfahrzeuge] ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist“. BVerfG v. 15.02.2006, NJW 2006, 751 = JuS 2006, 448 (*Sachs*).

¹⁹ „Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Hunden“ (BGBl. I, S. 530).

²⁰ Beschl. v. 16.03.2004, BVerfGE 110, 141 (174 ff.).

²¹ BGBl. I, S. 866.

ven Debatten im Bundestag austauschen?

- 13 Will der Staat die steuernde Funktion des Rechts nicht preisgeben, scheidet ein pauschaler Rückgriff auf die „Öffentliche Meinung“ a priori aus. Der Ausschluss dieser Variante erschöpft sich hierbei schon de constitutione lata auf das oftmals vorgebrachte Argument, in unserer bundesrepublikanischen Repräsentativdemokratie seien die Staatsorgane nicht bloß Vollzugsorgane der jeweils vorherrschenden Öffentlichen Meinung²². Doch auch de constitutione ferenda gilt angesichts der Amorphie der „Öffentlichen Meinung“ im Ergebnis nichts anderes; weder ist klar, wo die „Öffentliche Meinung“ zu lokalisieren ist – in den gedruckten oder den multimedialen Medien, in den Fußgängerzonen oder in wissenschaftlichen Zirkeln –, noch ist sie wirklich *eine* Meinung²³.
- 14 Als andere (partielle) Substitutionsmöglichkeit wird mitunter vorgeschlagen, die Struktur demokratischer Entscheidungsfindung durch den Einsatz moderner Kommunikationsmedien zu beschleunigen.²⁴ Telefonkonferenzen und Internet ermöglichten den preisgünstigen und zeiteffizienten Austausch von Informationen bzw. die unkomplizierte Koordination aktueller Vorhaben. Anstatt in langandauernden Verfahren Experten und Interessen im Plenum nacheinander anzuhören, könnten divergierende Ansichten bereits im Vorfeld telefonisch oder via Internetforen zeitnah einander angenähert werden, so dass anschließend nur noch wenige „Kernmeinungen“ zur Debatte stünden.

Fraglos lassen sich konträre Meinungen heute schneller austauschen und angleichen, als noch zu Zeiten des reinen Postverkehrs. Allerdings hat mit der Austauschgeschwindigkeit auch die Zahl der um Gehör verlangenden Interessen zugenommen. Hierbei stehen diese keinesfalls isoliert als heterogene Individualpräferenzen nebeneinander, sondern werden in aller Regel bereits aggregiert als einheitliche Verbandsinteressen vorgebracht.²⁵ Sie sind damit bereits weitgehend zu aussagekräftigen Kernforderungen verdichtet. Soll der Grundsatz der Öffentlichkeit diskursiver Gesetzgebung (vgl. Art. 41 Abs. 1 GG) nicht aufgegeben werden, müssen sie auch in einem fairen Verfahren angehört werden. D.h. in einem Verfahren, welches ihnen ermöglicht, auf die jeweiligen Gegenansichten je öffentlich zu reagieren. Zeitökonomisch macht es hierbei keinerlei Unterscheid, ob dies nun über ein Diskussionsforum im Internet oder unter gleichzeitiger physischer Anwesenheit aller Diskursteilnehmer stattfindet. Insofern spart der Einsatz moderner Kommunikationstechnologien keine Zeit. Dass diese virtuellen Foren aber gleichwohl insbesondere für Elemente basisdemokratischer Entscheidungsfindung ein enormes applikables Potential bieten – ältere Diskussionsbeiträge können nahtlos fortgesetzt, beliebig viele Entscheidungsprozesse simultan nebeneinander ausgeführt werden, usw. – kann in diesem Rahmen nur angedeutet werden. Für die geltende Repräsentativdemokratie hingegen spart die Verlagerung demokratisch essentieller Kern-, sprich Richtungsdiskussionen an die Telefone und Computer abgeschiedener Hinterzimmer nicht nur keine Zeitressourcen sondern ist auch legitimatorisch bedenklich. Gerade das Ausfechten agonaler Debatten innerhalb des öffentlichen parlamentarischen Raums erfüllt eine unerlässliche emotionale Rückkoppelungsfunktion dergestalt, dass die bloße Anwesenheit visuell wahrnehmbar argumentierender Abgeordneter die gefundenen Entscheidungen dem Groß der Bürger zugänglicher macht und damit zugleich ein Identifikationspotential mit „unseren“ (stofflichen) Abgeordneten schafft, welches

²² BVerfG v. 24.07.1979, BVerfGE 52, 63 (83); Glaeser, Die grundgesetzliche Freiheit zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl. (2004), § 31 Rdnrn. 27 -30; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. (1984), S. 619.

²³ Vgl. bspw. den rechtswissenschaftlichen Streit um die sog. Rettungsfolter: Brugger, Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 36/2006, 9 (9 ff.); Jerouschek, Gefahrenabwehrfolter - Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?, in: JuS 2005, 296 (296 ff.).

²⁴ Barber, Three Scenarios for the Future of Technology and Strong Democracy, in: Political Science Quarterly Vol. 113 (4/1998/99), S. 573 ff.; zust. Scheuermann (o. Fußn. 12), S. 41 ff. (S. 59 und 66 f.).

²⁵ Straßner, Funktionen von Verbänden in der modernen Gesellschaft, in: APuZ 15-16/2006, 10 (11 f.).

sich zumindest derzeit virtuell allein am Bildschirm nicht zu generieren vermag.

S. 31

- HFR 3/2007 S. 5 -

15

III. Generalklauseln als Ausweichstrategie

Nach dem Dargelegten muss also die Anpassung der gesetzgeberischen Handlungsgeschwindigkeit an die Dynamik gesellschaftlicher Wandlungsprozesse im Sinn einer Beschleunigung *eigener* Verfahrensabläufe ausscheiden. Im Vergleich zur Veränderungsrate lebensweltlicher Herausforderungen verfügt der Erlass neuer Gesetze unhintergebar über eine niedrigere Taktung. Überwunden werden könnte dieser Desynchronismus in Bezug auf die konfliktbezogenen Zeitfenster jedoch durch eine „Präventivgesetzgebung“. Das ist ein Tätigwerden des Gesetzgebers zu einem Zeitpunkt, zu welchem noch kein (akuter) Handlungsbedarf besteht. Bis das zu regelnde hochdynamische Problem tatsächlich virulent wird, könnten alle zeitintensiven Schritte bereits abgeschlossen und eine entsprechende gesetzliche Regelung bereits geschaffen sein.

16

Eine durchaus erprobte Methode, ungewissen Problemkonstellationen schon vor ihrem konkreten Auftreten zu begegnen, ist die Setzung von sog. Generalklauseln. Durch den Einsatz höchst allgemein gehaltener Termini lassen sich die Klauseln auf eine abstrakte Vielzahl von Fallkonstellationen anwenden. Im Zivilrecht sind dies § 242 BGB oder etwa § 138 BGB, nach dessen Abs. 1 ein Rechtsgeschäft, das gegen die „guten Sitten“ verstößt, nichtig ist. Eben jener § 138 Abs. 1 BGB ermöglichte der Rechtsprechung auch ohne spezialgesetzlichen Ausschlussstatbestand bspw. die Bürgschaft mittelloser Familieneingehöruer für sittenwidrig und damit für nichtig zu erklären.²⁶

17

Doch auch dieser Ansatz greift letztlich nicht durch. Zunächst kann ein Regelungssystem allein mit offen formulierten Normen nicht auskommen. Zumindest zur systematischen Abgrenzung in Bezug auf andere Normgefüge sowie zur eindeutigen Kompetenzzuweisung lebensweltlicher Sachverhalte innerhalb der föderalen Rechtsordnung sind (einige) inhaltlich begriffsscharf gefasste Vorschriften unerlässlich. Welche Probleme unbestimmt gefasste Paragraphen, die den Anwendungsbereich eines Gesetzes festlegen, auslösen können, zeigt sich exemplarisch an der Abgrenzung zwischen Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) und Teledienstegesetz (TDG).²⁷ Beide Materien betreffen je nach ihrem § 2 Medien- und Kommunikationsdienste. Im Unterschied zu Sachverhalten, die dem TDG und damit der Zuständigkeit des Bundes unterfallen, erfasst der MDStV (Länderkompetenz) aber nicht die individuelle Nutzung, sondern nur die an die Allgemeinheit gerichteten Dienste. Unklar bleibt hierbei, was für *die* Erscheinungsform moderne Medien schlechthin – die private Homepage – gilt. Dort werden zwar Jedermann Dienste angeboten (= an die Allgemeinheit gerichtet), nichtsdestoweniger können sie individuelle abgerufen werden (= individuelle Nutzung). Die exakte Fassung der genannten Paragraphen würde hier Abgrenzungsschwierigkeiten ausräumen.

S. 32

- HFR 3/2007 S. 6 -

18

Aber selbst mit dem Erlass von Generalklauseln, die nicht im Bereich gesetzlicher Anwendungsbereichsdefinitionen siedeln, ist die Arbeit des Gesetzgebers in den seltensten Fällen wirklich endgültig getan. Gerade grundrechtseingreifende hoheitliche Maßnahmen (bspw. Polizeirecht: § 12 Abs. 1 ThürPAG) lassen sich nur in atypischen Situationen, und d.h. nur während einer verhältnismäßig kurzen Übergangszeit auf solche Klauseln als Befugnisgrundlage stützen. Sobald eine bestimmte Konstellation zu einer typischen erstarkt ist und sich für die Maßnahme gewisse Standards entwickelt haben,

²⁶ BVerfG, v. 19.10.1993, NJW 1994, 36 (38 f.), nachdem zuvor der BGH v. 16.03.1989, NJW 1989, 1605 u.a. aufgrund der Volljährigkeit der 21jährigen (von Sozialhilfe und Erziehungsgeld lebenden) Bürgin, trotz der Erklärung des Filialleiters, sie gehe „keine große Verpflichtung“ ein, eine Aufklärungspflicht bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags (über eine Summe von 100.000 DM und einem Zinssatz von 8,5 vom Hundert) verneinte (1606).

²⁷ Siehe nur Fechner, Medienrecht, 7. Aufl. (2006), Rdnrn. 1079 ff.; Schulte, Anm. zu OLG München v. 11.09.2003 (Computer und Recht [CR] 2004, 53), in: CR 2004, 55 (56 f.).

muss der Gesetzgeber für diese eine explizite rechtliche Norm schaffen.²⁸ Mit anderen Worten, ist es eben ihr „Präventivcharakter“, der die Generalklauseln selbst auf einen gewissen zeitlichen Geltungsrahmen festlegt, das ist ein ihnen immanentes Prä vorläufiger grober Regelung gewisser Konfliktsituationen, welche ihrerseits mit zunehmender Häufigkeit einer „feineren“ gesetzlichen Normierung bedürfen. In diesem Sinne haben Generalklauseln stets den Charakter des Vorläufigen, so dass auch die durch ihren Erlass gewonnen Zeitfenster immer nur vorübergehender Art sind.

- 19 Überdies verlöre der Gesetzgeber tendenziell durch solch ein Vorgehen seinen steuernden Einfluss; qua natura folgt weiten und unbestimmten Gesetzesformulierungen immanent ein Verzicht inhaltlich-konkreter Strukturierung entsprechender gesellschaftlicher Abläufe. Nicht mehr der Gesetzgeber selbst, sondern der den Einzelfall entscheidende Richter – mithin die Judikative – würde dann mittels Auslegung der jeweiligen Blankettbegriffe auftretende (atypische) Konfliktsituation konkret regeln.
- 20 Allerdings ist die gegenseitige Ergänzung staatlicher Gewalten der Bundesdeutschen Rechtsordnung alles andere als fremd. Auch vor dem Hintergrund der oben erwähnten Wesentlichkeitslehre gilt bspw. das konzertierte Zusammenwirken von Legislative und Exekutive als durchaus zulässig. „Der Gesetzgeber muss sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen können, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falls und den schnell wechselnden Situationen des Lebens gerecht zu werden“²⁹. Ungekehrt schöpft der Gesetzgeber neue Gesetze nicht aus dem Leeren, sondern greift oftmals auf die sich in praxi herausgebildete gerichtliche und exekutive Übung zurück³⁰.

S. 33

- HFR 3/2007 S. 7 -

21

IV. Synergie innerstaatlicher Arbeitsteilung

Aus diesem Grunde sei zuletzt nach dem Potential „arbeitsteiliger“ Lösungen des Zeitdilemmas gefragt. Inwiefern kann der Gesamtstaat durch die partielle Verlagerung lenkender Elemente von der Gesetzgebung auf Rechtsprechung und Vollziehende Gewalt zeitliche Ressourcen einsparen und somit seine sozialgestaltende Funktion absichern?

22

a) Gesetzgeber und Rechtsprechung

An die Erörterungen zu den Generalklauseln anknüpfend, stellt sich hierbei zunächst die Frage nach der Rolle der Rechtsprechung.

Bereits in den Motiven betonten die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dass die Formulierung des Rechts keine für die Zukunft oder auch nur für die Gegenwart erschöpfende sein kann. Stattdessen „tritt in Ermangelung eines solchen gesetzgeberischen Einschreitens die Jurisprudenz in ihre Rechte [...] Der Einfluss, welchen die in theoretischer und praktischer Arbeit sich betätigende Wissenschaft auf die Fortbildung des Rechts zu üben vermag, muss unumwunden und rückhaltlos als ein vollberechtigter anerkannt werden“³¹. Korrespondierend hierzu verwies das Bundesverfassungsgericht im August 2006 auf folgenden Umstand: „Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Ge-

²⁸ Vgl. BVerwG v. 24.10.2001, BVerwGE 115, 189 (194 ff.); *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. (2005), § 7 Rdnrn. 18 ff.

²⁹ BVerfG v. 12.11.1958, BVerfGE 8, 274 (326); abermals BVerfG v. 08.01.1981, BVerfGE 56, 1 (12).

³⁰ So z.B. hinsichtlich der Kodifikation des durch die Rechtssprechung entwickelten Tatbestands des „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ (jetzt: § 313 BGB): *Mattheus*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, in: JuS 2002, 209 (218).

³¹ *Motive* (Amtl. Ausgabe v. 1888 im Nachdruck [1983] mit Einf. *Schubert*), Bd. 1, S. 7. Vgl. auch bspw. *Heussner*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht, in: *Dietrich/u.a.*, Festschrift für Luise Hilger und Hermann Stumpf (1983), S. 317 ff. (insbes. S. 318); *Jacklofsky*, Tarifdispositivität der richterrechtlichen Grundsätze des BAG zur Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, in: NZA 2001, 644 (645). Krit. zur Anknüpfung höchstrichterlicher Judikatur als unzulässige abstrakte Rechtsdirektive: *Picker*, Richterrecht und Richterrechtssetzung, in: JZ 1984, 153 (158 ff.).

setzgebers sowie der offenen Formulierungen zahlreicher Normen gehört aber die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt.³² Wie weit die Rechtsfortbildung der Fachgerichte dabei gehen kann, demonstriert anschaulich die in den 1960er Jahren beginnende richterrechtliche Entwicklung eines Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. In der ersten maßgeblichen Entscheidung (sog. Herrenreiter-Fall) urteilte der Bundesgerichtshof, dass durch die unbefugte Veröffentlichung von Bildern bekannter Persönlichkeiten zu Werbezwecken dem Verletzten wegen des hierdurch hervorgerufenen, nicht vermögensrechtlichen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren sei.³³ Nach damals geltender Rechtslage kam eine billige Entschädigung in Geld für Schäden, die nicht Vermögensschäden sind, sprich ein Schmerzensgeldanspruch aber nur bei Verletzungen des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit bzw. bei bestimmten Delikten gegen die Sittlichkeit in Betracht; die Verletzung des Persönlichkeitsrecht hingegen war nicht in der abschließenden (!) Aufzählung ersatzfähiger Rechtsgüterverletzungen erwähnt, §§ 253 a. F., 847 a. F. BGB³⁴. Dennoch bestätigte das Bundesverfassungsgericht 1973 in der berühmt gewordenen „Soraya-Entscheidung“³⁵ die Grundgesetzkonformität dieser zivilgerichtlichen Rechtsprechung: „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung *immanent*, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze *nicht* oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens [...] ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“³⁶

S. 34

- HFR 3/2007 S. 8 -

- 23 Damit sind zugleich die Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung benannt. Auch bei der „schöpferischen Rechtsfindung“³⁷ muss sich der Richter an den im Gesetz angesprochenen, in ihrer wahren Bedeutung und inneren Zusammengehörigkeit erkannten Rechtssätzen orientieren³⁸. Folglich verbietet die Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) eine „freie“, dem rein persönlichen Gusto entspringende Rechtsfortbildung. Orientierungspunkte müssen immer die grundlegenden Richtungsentscheidungen des Gesetzgebers bleiben.
- 24 Wird hierzu die Limitation auf den Einzelfall bzw. auf konkrete Fallkonstellationen hinzugesetzt, zeichnen sich die Grenzen judikativer Rechtsfortbildung scharf ab. Gerade bei umfassenden, strukturellen Gesetzeslücken, wie sie wohl in aller Regel für neue gesellschaftliche Herausforderungen charakteristisch sein dürften, ist die Rechtsprechung darauf beschränkt, den Gesetzgeber zum Handeln aufzufordern. Ohne *gesetzliche* Richtungsentscheidung fehlt jeder steuernden Fortbildung des Rechts die Basis. Dementsprechend war das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2006 gleich in zwei prominenten Fällen dazu berufen, wenngleich diesbezüglich keineswegs von wirklich neuen Situationen gesprochen werden kann, dem Gesetzgeber aufzugeben, jeweils bis Ende 2007 zum einen für den Jugendstrafvollzug eine gesetzliche Grundlage zu schaffen³⁹ und zum anderen in Bezug auf das staatliche Wettmonopol eine verfassungsmäßig gesetzli-

³² BVerfG v. 22.08.2006 - 1 BvR 1168/04 - [www.bundesverfassungsgericht.de], unter II. 1 a) m. w. Nachw.

³³ BGH v. 14.02.1958, BGHZ 26, 349 (LS und 354 ff.). Nachfolgend: BGH v. 19.09.1961, BGHZ 35, 363 (365 ff.) [sog. Ginsengwurzel-Fall].

³⁴ Erst durch das Zweite Schadensrechtsänderungsgesetz v. 19.07.2002 (BGBl. I, S. 2674) wurde § 253 BGB in der heute geltenden Fassung eingeführt und § 847 a. F. BGB aufgehoben.

³⁵ Hintergrund war ein publiziertes gefälschtes Interview mit der geschiedenen Ehefrau (=Soraya) des Schahs von Iran.

³⁶ BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (287) [sog. Soraya-Entscheidung]. Hervorhebungen durch den Verf.

³⁷ BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (288).

³⁸ *Motive* (o. Fußn. 29), Bd. 1 S. 7 f. BVerfG v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (287); *Heussner*, (o. Fußn. 31), S. 318.

³⁹ BVerfG v. 31. 05.2006 - 2 BvR 1673/04; 2 BvR 2402/04 - [www.bundesverfassungsgericht.de].

che Ausgestaltung bereitzustellen⁴⁰.

- 25 Folglich ist die richterrechtliche Rechtsfortbildung nur in begrenztem Maße geeignet, den Handlungsspielraum des Gesetzgebers für den beschleunigten gesellschaftlichen Wandel durch Entlastung von einigen Richtungsentscheidungen sicherzustellen. Auch angesichts der Verfahrensdauer gerichtlicher Kontrollvorgänge⁴¹, kann eine partielle Übernahme prospektiv steuernder Entscheidungen durch die primär retrospektiv tätige Rechtsprechung grundsätzlich nicht empfohlen werden.

S. 35

- HFR 3/2007 S. 9 -

26 **b) Gesetzgeber und Exekutive**

Analog ergibt sich kaum ein anderes Bild, wenn dem Einsparungspotential temporaler Ressourcen durch Verlagerung gesetzgeberischer Grundentscheidungen hin zur Exekutive nachgegangen wird. *Carl Schmitt* sprach in diesem Zusammenhang resignierend von „der Motorisierung des Gesetzes zur bloßen Verordnung [als Höhepunkt] der Vereinfachung und Beschleunigung“⁴² des Gesetzgebungsverfahrens infolge der seit 1900 massiv einsetzenden Wirtschaftsexpansion. Die Verordnung sei aufgrund der Schnelligkeit ihres Zustandekommens und der Einfachheit ihrer Bekanntgabe eine „elastische Form der Gesetzgebung“⁴³.

- 27 Verfassungsrechtlich ermöglicht Art. 80 Abs. 1 GG die Ermächtigung der Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung in einem Gesetz festgelegt werden (vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG). Solch ein delegierendes Gesetz ist fraglos schneller erlassen als eine eigenständige Kodifikation. Jedoch eignet es sich gemäß den genannten Anforderungen kaum, um bisher noch unbekanntem realweltlichen Konfliktsachverhalten zu begegnen. Doch selbst wenn eine hinreichend bestimmte Antizipation und damit die genaue Bezeichnung des Ausmaßes exekutiver Ermächtigung möglich wäre, kommt der Gesetzgeber nach der bereits erwähnten Wesentlichkeitslehre nicht umher, die grundlegenden Wertentscheidungen selbst zu treffen. Insofern gilt auch hier der Verweis auf das Urteil zum Jugendstrafvollzug; jahrzehntelang wurde dieser schlicht auf der Grundlage der sog. „Verwaltungsvorschriften zum Jugendstrafvollzug (VVJug)“⁴⁴ organisiert, d.h. mittels sogar noch unterhalb der Rechtsverordnung anzusiedelnden Binnenrechts der Verwaltung⁴⁵. Das ist verfassungswidrig, da „Grundrechtseingriffe, die über den Freiheitsentzug als solchen hinausgehen, [...] einer eigenen gesetzlichen Grundlage [bedürfen], die die Eingriffsvoraussetzungen in hinreichend bestimmter Weise normiert“⁴⁶. Damit ist zugleich klargestellt, dass selbst Generalklauseln der Verwaltung keine generell steuernde Entscheidungskompetenz einräumen können. „Eine ‚vage Generalklausel‘, die es dem Ermessen der Exekutive überlässt, die Grenzen der Freiheit im Einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar.“⁴⁷

⁴⁰ Die Praxis ist bisher zu wenig an der Suchtbekämpfung orientiert: *BVerfG* v. 28.03.2006, NJW 2006, 1261 (1265 f.) = JuS 2006, 745 (747) [*Sachs*].

⁴¹ Instruktiv zum Strafverfahren: *Meyer-Goßner*, Beschleunigte Justiz (zu *Röttgen*, ZRP 2003, 345), ZRP 2004, 128.

⁴² *Schmitt*, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1950), S. 20.

⁴³ *Schmitt* (o. Fußn. 42), S. 20.

⁴⁴ Vom 15.12.1976 (ABl. Berlin 1977, S. 185) zuletzt geändert 09.09.2004 (ABl. Berlin, S. 3888): abgedr. bei *Eisenberg*, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 11. Aufl. (2006), Anhang 6.

⁴⁵ Zur Qualität von Verwaltungsvorschriften *Maurer* (o. Fußn. 4), § 24 Rdnrn. 2 ff.

⁴⁶ *BVerfG* v. 31.05.2006 -2 BvR 1673/04; 2 BvR 2402/04 - [www.bundesverfassungsgericht.de], unter C. I. 1. Das für erwachsene Straftäter konzipierte Strafvollzugsgesetz reicht nicht aus: „Die inhaltliche Ausgestaltung des Strafvollzuges für jugendliche und ihnen in der Entwicklung gleichstehende heranwachsende Straftäter unterliegt allerdings besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die auch für die Reichweite des Erfordernisses gesetzlicher Regelung im Jugendstrafvollzug von Bedeutung sind“: *ebd.*

⁴⁷ *BVerfG* v. 12.11.1958, BVerfGE 8, 274 (325); vgl. auch *Vogel* (o. Fußn. 9), 322

Somit muss die Delegation gesetzgeberischer Aufgaben im o. g. Sinne an die vollziehende Gewalt ebenfalls ausscheiden.

S. 36

- HFR 3/2007 S. 10 -

28 **Dritter Abschnitt: Ist das Gesetz als Steuerungsmittel am Ende?**

Lassen sich also weder grundlegende Richtungs- bzw. Wertenscheidungen auf die Judikative (Rechtsfortbildung) oder Exekutive (Rechtsverordnung) verlagern, noch das Gesetzgebungsverfahren selbst beschleunigen, erhöht sich mit der Dynamik sozialer Wandlungsprozesse auch zwangsläufig der Handlungsdruck auf den Gesetzgeber. Mit der Festlegung auf das Gestaltungsmittel „Gesetz“ droht der moderne Staat von hochbeschleunigten Konfliktfeldern gleichsam überholt zu werden. Schon konstatieren einige Autoren der Gegenwart einen Rechtspluralismus, das ist die Auflösung des nationalen Rechts in eine Vielzahl von Normensystemen und das Hinzutreten weiterer rechtsetzender Akteure neben den Gesetzgeber. Vor allem das ökonomische System stelle zunehmend eigene Rechtsnormen mit der Folge auf, dass eine duale Sozialverfassung im Sinne einer inneren Differenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme in einen Spontanbereich und einen (staatlichen) Organisationsbereich am Entstehen begriffen sei.⁴⁸

29 Statt diese Tendenz der Moderne nun aber einseitig negativ zu interpretieren, sollte vielmehr die hierin liegende Chance in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt werden, die Idee des Gesetzes revitalisierend zu vergegenwärtigen. Primär gehört zu dessen Aufgabe, das Verhalten der Staatsbürger untereinander so zu ordnen, dass widerstreitende Interessen gerecht gegeneinander abgewogen, die in der Gemeinschaft aufgetretenen Rechtsprobleme einer gerechten Lösung zugeführt werden.⁴⁹ Dabei kann es niemals um eine erschöpfende Regelung gehen. Vielmehr ist aus der Fülle denkbarer möglicher Verhaltensweisen eine selektive Abstimmung vorzunehmen, durch welche die Komplexität der sozialen Welt soweit reduziert und verdichtet wird, dass eine weniger komplexe, dem menschlichen Handlungspotential angemessene Ordnung entsteht.⁵⁰ Die Rechtsordnung stellt den Rahmen, innerhalb dessen die Rechtsunterworfenen ihre Angelegenheiten selbstgestaltend wahrnehmen – insofern geht es ihr immer auch um die Freisetzung gesellschaftlicher Autonomien⁵¹. Hieraus allerdings bereits einen Rechtspluralismus ableiten zu wollen, ist übereilt.

30 Nichtsdestoweniger muss der Gesetzgeber angesichts der zunehmenden Anzahl erforderlicher Rahmenregelungen die temporale Herausforderung durchaus als Mahnung begreifen, sich vor dem Erlass neuer Gesetze bewusster denn je Rechenschaft darüber abzulegen, ob erstens überhaupt ein *Rechtsproblem* vorliegt oder doch mehr ein ethisch-moralisches, welchem allein mit der Setzung einer Rechtsregel nicht abgeholfen werden kann (bspw. Embryonenforschung⁵²). Zweitens ist nach dem kritischen Umschlagspunkt zwischen notwendig gesetzgeberischer Rahmensetzung und unnötiger Detailregelung zu fragen. Konzentriert sich der Gesetzgeber vorrangig auf den Erlass erforderlicher *Grundregeln* im Sinne der Ermöglichung konditional programmierter Entscheidungen, hebt er nicht nur hegelianisch das steuernde Element des Gesetzes auf, sondern kann zugleich zeitintensive *Feinsteuerungsprozesse* zeitsparend und zulässig den beiden anderen Staatsgewalten bzw. den gesellschaftlichen Selbstregulierungskräfte übertragen. Das Gebot des beschleunigten gesellschaftlichen Wandels ist damit eindeutig: Der Gesetzgeber muss sich auf den Erlass rechtsstaatlich unentbehrlicher

⁴⁸ Günther (o. FuBn. 12), S. 541 f; Teubner, Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?, in: Simon/Weiss (Hrsg.), Zur Autonomie die Individuums (2000), S. 437 ff. (S. 446 ff.).

⁴⁹ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 9. Aufl. (2005), S. 8 ff.; wohl auch Larenz (begr.)/Canaris (fortgef.), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 112 ff. Insofern missverständlich Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre (1983), S. 31 ff., der die gesetzgeberische Entscheidung als Entscheidung von Fällen bzw. Fallreihen auffasst.

⁵⁰ Krawietz, Recht als Regelsystem (1984), S. 12 ff.; siehe auch Scheuermann (o. FuBn. 12) S. 64 f.

⁵¹ Insoweit Teubner (o. FuBn. 48), S. 450.

⁵² Hierzu Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes (2002), insbes. S. 11 - 29.

normativer Grundentscheidungen beschränken; jede darüber hinausgehende Normierung nimmt ihm einen Teil seines nicht erweiterbaren zeitlichen Handlungsspielraums.

- 31 Beim Setzen des rechtsstaatlich unerlässlichen Rahmens wird er sich zudem stärker auf den Erlass *abstrakter* Rechtsdirektiven zu konzentrieren und zu beschränken haben; die *konkrete* Ausgestaltung bzw. ausgestaltende Konkretisierung wird der Gesetzgeber hingegen der Exekutive und Judikative überlassen müssen. Mit anderen Worten hat der Staat seine gesetzlichen Normierungen nicht anhand konkreter Lebenssachverhalte, sondern aufgrund der von diesen zwingend zu trennenden typisierten Interessenslagen zu treffen. Gerade diese Gesetzestechnik ist mit Grund dafür, weshalb sich das mittlerweile über 100 Jahre alte BGB weitestgehend bruchlos auf den Wirtschaftsverkehr moderner Prägung, sprich auf Internet-Auktionen⁵³, Leasing-Geschäfte⁵⁴ und das Factoring⁵⁵ anwenden lässt. Obwohl dem historischen Gesetzgeber unbekannt, lassen sich diese Geschäftstypen gleichwohl mit dem BGB rechtlich erfassen.

Zitierempfehlung: Thomas Exner, HFR 2007, S. 27 ff.

⁵³ Etwa BGH v. 03.11.2004, NJW 2005, 53; BGH v. 07.11.2001, NJW 2002, 363.

⁵⁴ Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. (2004), Rdnrn. 214, 776 ff.

⁵⁵ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2004), S. 726 ff.