

Franz Reimer

Gerechtigkeit als Methodenfrage



Fundamenta Juris Publici 9

Mohr Siebeck

Fundamenta Juris Publici

herausgegeben von
Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt
und Anna-Bettina Kaiser

9



Franz Reimer

Gerechtigkeit als Methodenfrage

mit Kommentaren von
Carsten Bäcker und Michael Potacs

Mohr Siebeck

Franz Reimer, geb. 1971, ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Universität Gießen.

Carsten Bäcker, geb. 1979, hat den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Bayreuth inne.

Michael Potacs, geb. 1958, ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Universität Wien.

Zitierbeispiele:

Franz Reimer, *Gerechtigkeit als Methodenfrage*, Tübingen 2020 (FJP 9), S. 1 (17).

Michael Potacs, Kommentar, in: *Franz Reimer, Gerechtigkeit als Methodenfrage*, Tübingen 2020 (FJP 9), S. 73 (87).

ISBN 978-3-16-159553-0 / eISBN 978-3-16-159554-7
DOI 10.1628/978-3-16-159554-7

ISSN 2194-8364 / ISSN 2569-3948 (Fundamenta Juris Publici)

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

© 2020 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 und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion 3 gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort der Herausgeber

Fundamenta Juris Publici (FJP) ist die Schriftenreihe des Gesprächskreises „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“, der sich 2011 als Sektion der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer konstituiert hat. Die im Jahresrhythmus erscheinenden Bände dokumentieren den in der Sektionssitzung gehaltenen Vortrag und die beiden dazu abgegebenen Kommentare. Der Reihentitel bekräftigt den Anspruch des Kreises, das wissenschaftliche Gespräch auf die „Grundlagen“ zu konzentrieren: auf die ideen-, verfassungs- und verwaltungsgeschichtlichen, die rechts-, sozial- und staatsphilosophischen sowie die rechtstheoretischen, -dogmatischen und -soziologischen Fundamente des *ius publicum*.

Die Reihe „Fundamenta Juris Publici“ zu nennen und mit „FJP“ abzukürzen, war von Hans-Peter Schneider vorgeschlagen worden, einem der drei Initiatoren des Gesprächskreises. Als ältestes Mitglied des Herausgebergremiums der FJP hat er nun dessen Verjüngung angeregt. Seine Nachfolgerin ist Anna-Bettina Kaiser.

Im Rahmen der Marburger Staatsrechtslehrertagung Anfang Oktober 2019 stand das Thema „Gerechtigkeit als Methodenfrage“ auf der Tagesordnung des Gesprächskreises. Das dazu vorgetragene und im vorliegenden Band

Vorwort der Herausgeber

abgedruckte Referat von Franz Reimer wird kommentiert
von Carsten Bäcker und Michael Potacs.

Nürnberg, Freiburg i. Br.
und Berlin, im Mai 2020

Rolf Gröschner
Matthias Jestaedt
Anna-Bettina Kaiser

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------------|---|
| Vorwort der Herausgeber | V |
|-------------------------------|---|

Gerechtigkeit als Methodenfrage

von *Franz Reimer*

| | |
|--|----|
| I. Gerechtigkeit als verschwiegenes Argument | 2 |
| II. Die Dialektik von Gerechtigkeit und Recht | 8 |
| 1. Effektivierung von Gerechtigkeit durch das Recht | 8 |
| 2. Mediatisierung von Gerechtigkeit durch Recht | 19 |
| III. Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung | 22 |
| 1. Beispiel: Sachverhaltsarbeit | 23 |
| 2. Beispiel: Auslegung | 26 |
| 3. Beispiel: Abwägung | 31 |
| IV. Nicht nur Recht, auch Gerechtigkeit erfordert Methode | 33 |
| 1. Gerechtigkeitsfindungsmethoden | 33 |
| 2. Gerechtigkeit als Unungerechtigkeit | 39 |
| V. Fazit: Gerechtigkeit als explizierbares Argument | 41 |
| | |
| Kommentar von <i>Carsten Bäcker</i> | 45 |
| Kommentar von <i>Michael Potacs</i> | 73 |

Gerechtigkeit als Methodenfrage

von *Franz Reimer*

*Iustitiam expellas furca –
tamen usque recurret.*

Gerechtigkeit ist ein Grundbedürfnis des Menschen. Sie ist daher ein unaufgebbarer Anspruch menschlichen Rechts. Wie jedoch gehen Rechtsordnungen, wie geht die Rechtsordnung der Bundesrepublik und die Rechtswissenschaft der Gegenwart mit ihm um? Ausgehend von der Beobachtung, dass in juristischen Kontexten die Gerechtigkeit heute selten als solche angerufen wird, und dem verbreiteten Befund einer unüberbrückbaren Kluft zwischen Recht und Gerechtigkeit (I.) soll im Folgenden rekapituliert werden, wie das Recht Gerechtigkeit effektuiert, aber auch mediatisiert (II.). Es fragt sich, wo Gerechtigkeit – die nicht unesehen auf materiale Gerechtigkeit reduziert werden darf – Bedeutung in der Rechtsanwendung haben kann; dies soll stichprobenartig anhand der drei Felder Sachverhaltsarbeit, Auslegung und Abwägung geprüft werden (III.). Zu erinnern ist dabei an den Methodenbedarf bei der Berufung auf Gerechtigkeit (IV.). Die Überlegungen kommen zu dem Schluss, dass Gerechtigkeit nicht aus juristischen Diskursen verbannt werden kann und sollte, sondern explizierbar und diskutierbar ist (V.).

I. Gerechtigkeit als verschwiegenes Argument

Gerechtigkeit ist in den juristischen Diskursen der Bundesrepublik ein schamhaft selten gebrauchtes, geradezu verschwiegenes Argument. Die Beobachtung, die Max Ernst Mayer vor knapp 100 Jahren machte, „Nirgends aber wird die Gerechtigkeit öfters und lauter angerufen als in der Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege“¹, trifft heute nicht mehr zu.² Die Vokabel „Gerechtigkeit“ gehört durchaus zur Sprache von Legislative, Exekutive und Judikative, aber als „Sachgerechtigkeit“, „Lastengerechtigkeit“,³ „Generationengerechtigkeit“ oder sonstiges Kompositum,⁴ und sie meint eher „Problemangemessenheit“ als Gerechtigkeit im emphatischen Sinne.

¹ Rechtsphilosophie, 1922, S. 78.

² Ähnlich bereits Anfang der 1970er Jahre *Niklas Luhmann*, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: *Rechtstheorie* 4 (1973), S. 131 (133) mit der Beobachtung, „daß die Idee der Gerechtigkeit im juristischen Denken ihre operative Bedeutung und damit ihre Normativität verloren hat“; heute *Alexander Stöhr*, Gerechtigkeit als Kriterium der Rechtsanwendung, *RTh* 45 (2014), S. 159. Auch in der Juristischen Methodenlehre ist es still geworden um die Gerechtigkeit; *Larenz'* Befund, in der „Methodendiskussion der Gegenwart“ spiele „eine zentrale Rolle die Frage, wie der Richter zu einer ‚gerechten‘ Entscheidung zu gelangen vermöge“ (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 173), trifft nicht mehr zu.

³ BVerwG, Urt. v. 29.3.2019, 9 C 4.18, Rn. 69: Herstellung von (finanzieller) Lastengerechtigkeit als vernünftige Erwägung des Gemeinwohls i. R.v. Art. 12 Abs. 1 GG.

⁴ Bspw. § 10 Abs. 1 Satz 2 TPG: „bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung“; vgl. auch die Gerechtigkeiten des SGB V: „sachgerecht“, „alters-, geschlechter- und zielgruppengerecht“, „bedarfsgerecht“, „therapiegerecht“, „ursachengerecht“ u. a. m. Beispiele für Gerechtigkeitskomposita auch bei *Stöhr* (Fn. 2), *RTh* 45 (2014), S. 159 (162 f.).

Die Anrufung von Gerechtigkeit in einem emphatischen, nämlich ethischen Sinne lassen wir im rechtspolitischen Kontext noch gelten („soziale Gerechtigkeit“⁵, „Verteilungsgerechtigkeit“, „Mobilitätsgerechtigkeit“, „Umweltgerechtigkeit“), aber mit einem Verdacht: Wer Gerechtigkeit sagt, will durchsetzen;⁶ oder wenigstens: Wer Gerechtigkeit sagt, will helfen. Zwischen Machtkalkül und Naivität scheint wenig Raum zu bleiben für die Berufung auf Gerechtigkeit, sei es als Argument, sei es als retardierendes oder stimulierendes Moment. Dafür gibt es mindestens drei Gründe:

Erstens ist uns in theoretischer Hinsicht die „Dissonanz zwischen Recht und Gerechtigkeit“⁷ die „unüberwindbare Kluft“⁸ zwischen ihnen in Fleisch und Blut übergegangen. In den Worten Mayers: „Wer aber Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten.“⁹

Zweitens scheint uns in der Praxis des demokratischen Rechtsstaats, insbesondere, wenn er föderal und sozial ist, die Berufung auf Gerechtigkeit entbehrlich. Wir

⁵ So aber explizit § 1 Abs. 1 Satz 1 SGB I: „Das Recht des Sozialgesetzbuchs soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten.“

⁶ Nach *Carl Schmitts* Diktum (Der Begriff des Politischen, 6. Aufl., 4. Ndr. d. Ausgabe v. 1932, S. 55): „Wer Menschheit sagt, will betrügen.“

⁷ Mayer (Fn. 1), S. 82.

⁸ Statt aller: *Andreas Fischer-Lescano*, Wozu Rechtsphilosophie?, JZ 2018, S. 161 (162): „Dass zwischen Recht und Gerechtigkeit eine unüberwindbare Kluft liegt, ... hat gerade auch die deutschsprachige Rechtsphilosophie in der Tradition Immanuel Kants betont.“

⁹ Mayer (Fn. 1), S. 82. Hierzu der Hinweis *Karl Engischs* (Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 182), dass Mayer hier die individualisierende Gerechtigkeit, die Billigkeit, vor Augen habe.

leben in einer dicht gewobenen, konstitutionalisierten, insbesondere grundrechtsgesättigten, durch Individualrechtsschutz geprägten Rechtsordnung. Gerechtigkeit ist längst zu Grundrechten, Grundrechte sind zur Verhältnismäßigkeit, Verhältnismäßigkeit ist zur Angemessenheit kleingearbeitet.¹⁰ Die Rematerialisierungstendenzen im Recht,¹¹ insbesondere die Materialisierung des Zivilrechts¹² könnten eine weitere Hintertür – oder ein Scheunentor – für den Einzug materialer Gerechtigkeit ins geltende Recht sein, ohne dass es der Berufung auf sie bedürfte. Wir sprechen von Schutzwürdigkeit, Vertrauen, Treu und Glauben und immer wieder von den Grundrechten, so dass wir von Gerechtigkeit nicht zu sprechen brauchen.

Drittens scheint uns Gerechtigkeit als Argument nicht nur entbehrlich, sondern auch gefährlich: da unterkomplex oder rein formal¹³ ein beliebig auffüllbares und damit letztlich unkontrollierbares Rahmenkonzept:¹⁴ „Der pro-

¹⁰ Auf europäischer und internationaler Ebene wirken Konzepte wie „gute Verwaltung“ (Art. 41 GRCh) oder „good governance“.

¹¹ Überblickartig: *Franz Reimer*, Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, 2010, S. 294 ff.

¹² Vgl. bspw. *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, in: *AcP* 200 (2000), S. 273 ff.; *Marietta Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, insbes. S. 22 ff.

¹³ Statt aller: *Hans Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 357 ff.; behutsamer *Engisch* (Fn. 9), S. 178 ff., 246 ff.

¹⁴ *Carsten Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, 2015, S. 316: „Als rechtliches Argument ist die Gerechtigkeit insoweit entbehrlich, wie sie in positives Recht transformiert ist – und insoweit gefährlich, wie sie nicht in positives Recht transformiert ist.“

fessionelle Jurist [...] zögert, auch nur das Wort Gerechtigkeit zu verwenden, weil es ihm unsicher, unklar, vieldeutig erscheint und er sich vor den Implikationen des Begriffs fürchtet, die er nicht übersieht.“¹⁵ Gerechtigkeit ist also auch insoweit ein verschwiegenes Argument, als sie verschweigt, worauf es ankäme: auf welchen und auf wessen Gerechtigkeitsbegriff, auf welche Perspektive, auf welches Kriterium. Viel spricht für einen Rückzug auf das geltende Recht. Folgerichtig geloben in Österreich, der Heimstatt des Rechtspurismus, die Richteramtswärter:

„[...] daß ich die in der Republik Österreich geltende Rechtsordnung unverbrüchlich beachten und meine ganze Kraft in den Dienst der Republik stellen werde.“¹⁶

Dennoch macht der Befund stutzig. Muss Gerechtigkeit dem Recht als jener „Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen“ (um Gustav Radbruch zu

¹⁵ *Josef Isensee*, Gerechtigkeit – die vorrechtliche Idee des richtigen Rechts. Streiflichter auf ein ewiges Thema, in: F. Kirchhof/H.-J. Papier/H. Schäffer (Hrsg.), Rechtsstaat und Grundrechte, FS Merten, 2007, S. 3 (5).

¹⁶ So die Formel der Pflichtenangelobung der Richteramtswärter gem. § 5 Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtswärterinnen und Richteramtswärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG). In der Schweiz sind diese Fragen kantonale geregelt, oft ohne gesetzliche Festlegung des Gelübdetextes (vgl. bspw. für Basel-Stadt § 58 Sätze 2 und 3 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG] v. 3.6.2015: „Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Gerichte haben vor dem Stellenantritt ihrer vorgesetzten Person ein Handgelübde abzulegen. Den Inhalt des Handgelübdes sowie die Einzelheiten der Ablegung bestimmt der Gerichtsrat“).

zitieren¹⁷⁾ nicht ein immer relevantes Anliegen und ein stetes Kontrollkriterium sein, „die Regel der Regeln des Rechts“^{18)? Deutsche Richter schwören nach § 38 Abs. 1 DRiG,}

„das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, so wahr mir Gott helfe.“¹⁹⁾

Dieser Eid spiegelt eine gesellschaftliche Erwartung an das Recht und die Rechtsverwirklichung²⁰⁾ wider, die man nicht einfach übergehen sollte.²¹⁾ Aber vielleicht

¹⁷⁾ *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, Studienausgabe 1999, S. 37. Ähnlich *Matthias Mahlmann*, Konkrete Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 32: „Denn wer an Recht denkt, wird regelmäßig nicht nur an eine irgendwie geartete Ordnung menschlicher Verhaltensweisen denken, sondern an eine Ordnung, in der Gerechtigkeit eine konstitutive Rolle spielt.“ – Aber Recht ist keineswegs nur auf materiale Gerechtigkeit ausgerichtet, s. u. III.

¹⁸⁾ *Isensee* (Fn. 15), S. 7

¹⁹⁾ Bundespräsident, Bundeskanzler und Bundesminister schwören nach Art. 56 Satz 1 (i. V. m. Art. 64 Abs. 2) GG, „Gerechtigkeit gegen jedermann“ zu üben.

²⁰⁾ Parallel für die zweite Gewalt: Beamtinnen und Beamten haben ihre Aufgaben nach § 33 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG (sowie § 60 Abs. 1 Satz 2 BBG) „unparteiisch und gerecht zu erfüllen“, instruktiv hierzu *Josef Franz Lindner*, Der Gerechtigkeitsauftrag des Beamten, ZBR 2016, S. 1 ff.

²¹⁾ Nachdrücklich (für Gerichtsverfahren) *Rolf Gröschner*, Das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis in einer dialogisch rekonstruierten Techne der Jurisprudenz, RTh 32 (2001), S. 213 (221): „Richterliche Verantwortung wird daher im ursprünglichen Sinne des Verantwortungsbegriffs durch Antwort erfüllt: durch Antwort auf den lebensweltlichen Gerechtigkeitsanspruch der Prozeßbeteiligten in einem – um es möglichst bündig zu sagen – Gerechtigkeitsdialog.“

dienen auch in Deutschland Richter „der Wahrheit und Gerechtigkeit“ gerade dadurch, dass sie Grundgesetz und einfaches Recht anwenden? Mediatisieren die Normen mit anderen Worten die Gerechtigkeit, so dass Gerechtigkeit allenfalls ein richterethisches Gebot wäre? Brisant wird die Frage und brisant wird umgekehrt die Berufung auf Gerechtigkeit im emphatischen Sinne, nämlich auf materiale Gerechtigkeit (und nur dieser Faden soll nun weiterverfolgt werden), durch drei mögliche Frontstellungen:

1. Die Berufung auf Gerechtigkeit kann *ungeschriebene* Gesichtspunkte gegen *geschriebene* in Stellung bringen, was gerade in einer hyperpositivierten Rechtsordnung interessiert.

2. Sie kann vermeintlich *ethische* Gesichtspunkte gegen vermeintlich *technische* in Stellung bringen, was im Zeitalter der (vermeintlichen oder wirklichen) Alternativlosigkeiten und Sachzwänge reizvoll sein mag.

3. Sie kann *individuelle* Forderungen gegen *kollektive* in Stellung bringen, was in einer sich weiter pluralisierenden Gesellschaft die Frage aufwirft: *Quot homines, tot iustitiae?*

Daher ist Gerechtigkeit in mehrfachem Sinne eine Methodenfrage und sind Methoden Gerechtigkeitsfragen. Gerechtigkeit wird im Folgenden als materiale Gerechtigkeit²² und Methoden als bewusste Vorgehensweisen, als

²² D.h. Richtigkeit in Verteilung und Ausgleich, so zutreffend Robert Alexy, *Giustizia come correttezza*, *Ragion Pratica* 9 (1997), S. 105*; *ders.*, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, *ARSP* 95 (2009), S. 151 (153 Fn. 11). Dass daneben Gerechtigkeit eine Tugend, d.h. eine personale Qualität ist, hat Bedeutung für die rechtsanwendenden Personen (→ III.1).

reflektierte Zielverfolgung²³ verstanden. Gegenständlich soll eine Beschränkung auf Rechtsanwendung, Rechtsfortbildung und Rechtswissenschaft greifen, also die besonders interessante, akademisch aber immer noch vernachlässigte *Rechtsetzung* ausgeschlossen werden.²⁴ Im Bewusstsein, dass ein selektiver Zugriff unvermeidlich ist, soll das Hauptaugenmerk drei Punkten gelten: dem Verhältnis von Gerechtigkeit und Recht (II.), der Relevanz von Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung (III.) und dem Methodenbedarf der Gerechtigkeit (IV.).

II. Die Dialektik von Gerechtigkeit und Recht

1. Effektivierung von Gerechtigkeit durch das Recht

Recht ist die „Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen“.²⁵ Diese Beschreibung formuliert zutreffend eine beherrschende und berechtigte gesellschaftliche Erwartung an das Recht. Gerechtigkeit wird damit nicht zum erschöpfenden, wohl aber zum spezifischen Rechtsprinzip erklärt.²⁶ Recht ist ein Instru-

²³ Näher *Franz Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2020, Rn. 14.

²⁴ Hier scheinen die gängigen deutschen Werke einen Schwerpunkt auf Gesetzgebungstechnik zu legen, vgl. stellvertretend *Winfried Kluth* und *Ulrich Smeddinck*, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 1 und 3. Für die Schweiz vgl. *Georg Müller/Felix Uhlmann*, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl. 2013, Rn. 72 zu Sachgerechtigkeit und Fairness.

²⁵ *Radbruch* (Fn. 17). Ähnlich *Josef F. Lindner*, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, RW 2011, S. 1 (6): „Die Verwirklichung von Gerechtigkeit ist der Auftrag des Rechts“.

²⁶ *Radbruch* (Fn. 17), S. 37.

ment der Gerechtigkeit: Recht soll Gerechtigkeit ins Werk setzen. Und da Methodik helfen soll, Recht ins Werk zu setzen, hat auch Methodik teil am Gerechtigkeitsauftrag des Rechts.²⁷ Juristische Methodenlehre zielt auf „Gerechtigkeit durch Verfahren“.²⁸ Methodenlehre sorgt für Gerechtigkeit, indem sie versucht, zu methodischem, d.h. sachangemessenem, gleichen, nicht willkürlichem Vorgehen beizutragen.²⁹ Gleiches gilt für die – von der Methodik anderslautenden Gerüchten³⁰ zum Trotz gut unterscheidbare³¹ – Dogmatik: Als Grammatik des Rechts dient auch sie der Gerechtigkeit.³²

²⁷ So auch *Thomas M.J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 97: „Methodik soll letztlich zu einer gerechten Entscheidung führen“. Diff. *Rolf Wank*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, § 1 Rn. 3 ff., § 11 Rn. 68 f., 116.

²⁸ *Möllers* (Fn. 27), § 1 Rn. 111.

²⁹ Näher und diff. zu den Aufgaben juristischer Methodenlehre *Franz Reimer*, *Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?*, in: ders. (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?*, 2016, S. 11 (14 ff.).

³⁰ *Jannis Lennartz*, *Dogmatik als Methode*, 2017.

³¹ Vgl. einerseits *Christian Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 116: „Die juristische Methode existiert nur in Form impliziten normativen Wissens. Sie zu explizieren ist eine der Aufgaben einer Theorie der Rechtsdogmatik.“; andererseits *Rüdiger Rubel*, *Richterliche Entscheidungsroutinen als Gegenstand und Leitfaden Juristischer Methodenlehre: verwaltungsrichterliche Perspektiven*, in: *Reimer* (Hrsg.), *Geist* (Fn. 29), S. 91 (93): „Dogmatik ist geronnene Juristische Methodik, angewandt auf konkrete Gesetzeslagen.“; *Reimer* (Fn. 23), Rn. 14 m. w. N.

³² *Möllers* (Fn. 27), § 9 Rn. 8a.

a) *Inkorporation oder Exklusion von Gerechtigkeit?*

Das Recht könnte aber nicht nur eine immanente Teleologie auf Gerechtigkeit hin haben, sondern die (oder besser: eine) Gerechtigkeit inkorporieren, sie explizit oder implizit, durch statische oder dynamische Verweisung zu einem Bestandteil der Rechtsordnung erklären. Im Verfassungsrecht der Bundesrepublik könnte die Gerechtigkeit konkret als Subprinzip des Rechtsstaatsprinzips Eingang in das Grundgesetz gefunden haben. In diese Richtung hat sich das Bundesverfassungsgericht wiederholt geäußert,³³ und die Bindung an „die verfassungsmäßige Ordnung“;³⁴ besonders aber an „Gesetz und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG bietet einen Ansatzpunkt hierzu.³⁵ Fraglich ist, ob man dem Verfassungsgeber eine solche Inkorporation unterstellen kann. Denn sie wäre eine weitreichende dyna-

³³ Bspw. BVerfGE 7, 89 (92): „Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die Voraussehbarkeit, sondern auch die Rechtssicherheit und die materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit.“; ferner BVerfGE 7, 294 (196); 22, 322 (329); 35, 41 (47); 74, 129 (152); 133, 168 (198); aus jüngster Zeit BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 5.7.2019, 2 BvR 167/18, Rn. 38; zum Ganzen *Gerhard Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, S. 23 ff., und *Bäcker* (Fn. 14), insbes. S. 193 ff.; verfassungstheoretisch *Uwe Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre, S. 41 ff. (S. 41: „Wird in der Verfassung, wie es dem heute vorherrschenden Begriff entspricht, eine gute und gerechte Ordnung des Staates oder des Gemeinwesens gesehen, ist der erste und allgemeinste Anspruch, den sie erhebt, ein prinzipieller Gerechtigkeitsanspruch.“).

³⁴ Hierzu mit Blick auf überpositive Maßstäbe *Gerhard Robbers*, in: BK, Art. 20 Rn. 3256 ff.

³⁵ Konziser Überblick über die verschiedenen Positionen bei *Bäcker* (Fn. 14), S. 122 ff.