
K

Konkretisierung, Vorgang
Kampf, semantischer
Konkretisierungselemente, gemeinschaftsrechtskonforme
Konkretisierungselemente, genetische
Konkretisierungselemente, grammatische
Konkretisierungselemente, Gruppen
Konkretisierungselemente, historische
Konkretisierungselemente, Konflikte
Konkretisierungselemente, nicht direkt normbezogene
Konkretisierungselemente, Rangordnung
Konkretisierungselemente, richtlinienkonforme
Konkretisierungselemente, rechtspolitische
Konkretisierungselemente, systematische
Klarheitsregel
Kommunikationsmodell
Kompetenzkompetenz
Konformauslegung, Begriff
Konformauslegung, umgekehrte
Konformauslegung, Wortlautgrenze
Konflikt, methodologischer
Konkretisierung, Ablaufmodell
Kontexte, Unendlichkeit
Kontrollierbarkeit der Rechtsarbeit

Konkretisierung, Vorgang

Juristische Methodik ist nicht juristische Formallogik. Auch ist sie nicht Anleitung zur Technik von Falllösung. Sie ist schließlich etwas anderes als schulmäßige Methodenlehre im Sinn der Darstellung methodologischer Positionen in der Rechtswissenschaft.

Eine Methodik hat die Aufgabe, die den verschiedenen Funktionen von Rechtsverwirklichung (Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, Rechtsprechung, Wissenschaft) im Grundsatz gemeinsame Struktur fallbezogener Normkonkretisierung aufzuklären: Sie untersucht die praktische Arbeit der Funktionsträger, schlüsselt sie begrifflich auf, hebt Eigenart, Leistungsfähigkeit und Grenzen der Konkretisierungselemente heraus, bestimmt ihr gegenseitiges Verhältnis und ihre Überlagerung durch Gebote des geltenden Rechts. Damit ergänzt sie die Strukturanalyse des Konkretisierungsvorgangs durch ein Strukturmodell von Konkretisierung.

Sprechen und schreiben Juristen von „der“ Verfassung, so meinen sie den Text der Verfassung; sprechen sie von „dem“ Gesetz, so meinen sie seinen Wortlaut. Von einem neuen Ansatz der Rechtstheorie her⁵ ist dagegen der Grundsachverhalt einer Nichtidentität von Normtext und Norm herausgearbeitet worden. Unter zwei Hauptaspekten ist der Normtext in einer Kodifikation nur die „Spitze des Eisbergs“. Einerseits bereitet der Wortlaut, im Durchgang durch die Elemente sprachlicher Auslegung, die Formulierung des Normprogramms vor, während der Normbereich als die Vorschrift mitkonstituierendes Element normalerweise nur angedeutet wird. Zum anderen geht die der Norm nach herkömmlichem Verständnis zugehörige Normativität aus diesem Text selbst nicht hervor. Der Normtext ist sprachliche Aussage, sprachlicher Text wie Texte nicht-normbezogener Art auch. Seine Qualität als Text in der Perspektive auf eine verbindliche Rechtsvorschrift hin folgt nicht aus Besonderheiten der Sprachgestalt oder aus solchen des sprachlichen Zusammenhangs. Der sprachlichen Formulierung eines Rechtssatzes ist nicht anzusehen, ob sie zu einer hier und jetzt „geltenden“ Vorschrift, zu einer zwar jetzt, aber in einem anderen Staatsverband geltenden, zu einer obsolet gewordenen oder zu einer vollständig fiktiven Rechtsnorm gehört. „Zu einer Norm gehören“, kann dabei nur heißen: Der Normtext verpflichtet den Juristen rechtlich dazu, ihn an den Anfang des Konkretisierungsvorgangs zu setzen, in dessen Verlauf die Rechtsnorm gebildet und an dessen Ende der Fall entschieden wird. Der Normtext kann, über diese Verpflichtungswirkung hinaus, nicht schon selbst normativ sein, nur spätere normative Größen (Rechts- und Entscheidungsnorm) vorbereiten helfen. Als sprachliche Aussage, als

Texte, sind die Sätze: „Der Bundestag wird auf vier Jahre gewählt“ und: „Der Bundestag wird auf fünf Jahre gewählt“ im Hinblick auf ihre mögliche Normativität gleichwertig. Auch die Tatsache, dass sich der erste der beiden Sätze in Art. 39 Abs. 1 Satz 1 des Bonner Grundgesetzes sprachlich wiederfindet, beweist noch nicht, dass er es ist, der die „geltende“ rechtliche Regelung formuliert. Denn auch aus dem Gesamttext dieses Bonner Grundgesetzes, d. h. hier: aus seinen sprachlichen Eigenschaften, geht eine Normativität der fraglichen Formulierung nicht hervor. Die Normativität folgt vielmehr aus außersprachlichen Gegebenheiten staatlich-gesellschaftlicher Art: aus einem tatsächlichen Funktionieren, aus einem tatsächlichen Anerkanntsein, aus einer tatsächlichen Aktualität dieser Verfassungsordnung für empirische Motivationen in ihrem Bereich; also aus Gegebenheiten, die, selbst wenn man es wollte, im Sinn der Garantie ihres Zutreffens im Normtext gar nicht fixierbar wären. Diese Einsicht gilt sowohl für das „Dass“ als auch für das „Wie“ der Normativität. Auch der „Inhalt“ einer Rechtsvorschrift, d. h. die von ihr ausgehenden (weil veröffentlichten, übermittelten, weitergegebenen, akzeptierten und befolgten) Ordnungs-, Regelungs- und Maßstabsimpulse, ist in ihrem Wortlaut nicht substantiell anwesend. Auch er kann vom Wortlaut nur sprachlich formuliert, auf die der Sprache eigentümliche Art (angeblich) „repräsentiert“ werden. Nicht der Wortlaut einer soeben konkretisierten (Verfassungs-)Norm und schon gar nicht der am Anfang der Konkretisierung stehende Normtext ist es, der einen konkreten Rechtsfall regelt; sondern die gesetzgebende Körperschaft (im Fall der Wahlprüfung u.a.), das Regierungsorgan, der Verwaltungsbeamte, der gerichtliche Spruchkörper, die am Leitfaden der sprachlichen Formulierung dieser (Verfassungs-)Norm und mit weiteren methodischen Hilfsmitteln die den Fall regelnde Entscheidung fällen, bekannt geben, begründen und die gegebenenfalls für ihre faktische Durchsetzung sorgen.

norm darstellt; weil der derjenige amtliche Text ist, in den die (im Fall als neuer Text noch zu erarbeitende) Rechtsnorm aus Gründen von Demokratie und Rechtsstaat muss eingeschrieben werden können.

Die in Gesetzblättern und Gesetzessammlungen stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die Normtexte, sind nicht normativ. Sie sind unfähig, den jeweils vorliegenden konkreten Rechtsfall verbindlich zu lösen. Sie sind (noch) nicht-normative Eingangsdaten des Konkretisierungsvorgangs. Der an Gesetz und Verfassung gebundene Jurist ist verpflichtet, sie als Eingangsdatum einzuführen, sofern er sie für im Fall einschlägig hält. Dieser Sachverhalt wird mit dem Begriff der „Geltung“ erfasst.

Normativ sind dagegen die im Verlauf des Konkretisierungsvorgangs erarbeiteten Rechts- und Entscheidungsnormen. Das Besondere, das diesen Regelungskomplexen zugeschrieben wird, die Normativität, ist nicht eine Eigenschaft von Texten. Wie die Analyse der Praxis zeigt, ist sie ein strukturierter Vorgang. Soll Normativität und damit die Eigenart des Rechts untersucht werden, so ist die Struktur der Regelungskomplexe, die im Ausgang von Normtexten und Fall methodisch gebildet werden, zu erforschen. Die Untersuchung des Verhältnisses der Normativität zu Normtext und Rechts- bzw. Entscheidungsnorm führt zum Konzept der Normstruktur. Diese ist keine dingliche Gegebenheit. Ihre Formulierung drückt die Bauweise der Rechtsnorm aus; das heißt die Tatsache, dass beim Herstellen und Funktionieren des Motivationsmusters „Norm“ regelmäßig zu beobachtende Eigenschaften gedanklich unterschieden, typisiert und kontrolliert werden können. Normstruktur ist also nichts, was in der Natur vorkäme, sondern ein wissenschaftliches Interpretationsmodell für die Bedingungen des Zustandekommens und des Funktionierens rechtlicher Vorschriften.

Die in Gesetzblättern und Gesetzessammlungen stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die Normtexte, sind nicht normativ. Sie sind unfähig, den jeweils vorliegenden konkreten Rechtsfall verbindlich zu lösen. Sie sind (noch) nicht-normative Eingangsdaten des Konkretisierungsvorgangs. Der an Gesetz und Verfassung gebundene Jurist ist verpflichtet, sie als Eingangsdatum einzuführen, sofern er sie für im Fall einschlägig hält. Dieser Sachverhalt wird mit dem Begriff der „Geltung“ erfasst.

Normativ sind dagegen die im Verlauf des Konkretisierungsvorgangs erarbeiteten Rechts- und Entscheidungsnormen. Das Besondere, das diesen Regelungskomplexen zugeschrieben wird, die Normativität, ist nicht eine Eigenschaft von Texten. Wie die Analyse der Praxis zeigt, ist sie ein strukturierter Vorgang. Soll Normativität und damit die Eigenart des Rechts untersucht werden, so ist die Struktur der Regelungskomplexe, die im Ausgang von Normtexten und Fall methodisch gebildet werden, zu erforschen. Die Untersuchung des Verhältnisses der Normativität zu Normtext und Rechts- bzw. Entscheidungsnorm führt zum Konzept der Normstruktur. Diese ist keine dingliche Gegebenheit. Ihre Formulierung drückt die Bauweise der Rechtsnorm aus; das heißt die Tatsache, dass beim Herstellen

und Funktionieren des Motivationsmusters „Norm“ regelmäßig zu beobachtende Eigenschaften gedanklich unterschieden, typisiert und kontrolliert werden können. Normstruktur ist also nichts, was in der Natur vorkäme, sondern ein wissenschaftliches Interpretationsmodell für die Bedingungen des Zustandekommens und des Funktionierens rechtlicher Vorschriften.

JM I, Rn. 1, 162, 225, 235, 278

Kampf, semantischer

Aber auch wenn eine wissenschaftliche Argumentationskultur die für die Konkretisierung nötigen Kontexte benennt und hierarchisiert, besteht in jedem praktischen Fall die Möglichkeit, dass diese Kontexte genauer betrachtet werden müssen oder dass neue eingebracht werden. Auch eine Methodik oder Kultur des Lesens kann die Konkretisierung nicht zu einem vollkommen beherrschbaren und voraus-sagbaren Vorgang machen. Dafür sorgt die unumgehbare Unendlichkeit der Kontexte. Die am Rechtsstreit beteiligten Parteien haben auch jedes Interesse daran, diese interne und externe Unendlichkeit zu nützen, um die Lesart des Prozessgegners zu erschüttern. Für diese Konflikte als semantischen Kampf (semantische Kontroverse) muss eine Form bereitgestellt werden, welche die doppelte Aufgabe erfüllt, dem Konflikt Raum zu bieten und ihn gleichzeitig zu verendlichen. Ein rechtsstaatliches Verfahren, das Waffengleichheit und Subjektqualität für alle am Interpretationskonflikt beteiligten Personen garantiert, kann diese Aufgabe erfüllen.

Es ist in der Praxis des Rechtsbetriebs der Streit der Parteien, der das Zeichen Normtext auseinanderlegt in Zeichenkörper und Zeichenverständnis. Damit hört die Bedeutung auf, in der Praxis der Kommunikation blind und „problemlos“ zu funktionieren. Es kommt zur Krise. Diese lässt sich nicht durch reflexive Vergewisserung der „objektiven Bedeutung“ beheben. Genau wie die Liebe und die Freundschaft ist die Bedeutung, wenn man sich erst einmal darüber auseinandersetzen muss, schon im Verschwinden begriffen. Im Moment der Krise kann der Strich, der im Saussureschen Zeichenmodell das Wort „Baum“ von der Zeichnung des Baumes trennt, nicht mehr übersprungen werden. Er ist eine Sperre, die kenntlich macht, dass auch die beste aller möglichen Interpretationen, durchgeführt vom Schutzengel aller heiligen Texte, nicht etwa das reine Signifikat an die Stelle des Signifikanten stellt, sondern nur eine Signifikantenkette durch eine andere ersetzt. Bedeutung von Ausdrücken wohnt nicht als etwas Gegebenes im Reich des Geistes, so dass man widerstreitende Verwendungen dieser Ausdrücke an ihrer

Idee messen und korrigieren könnte. Wir haben keine ideale Substanz zur Verfügung, sondern nur verschiedene Verwendungen, die man nebeneinander stehen lassen kann, solange kein Entscheidungsdruck besteht. Wenn aber eine Entscheidung getroffen werden muss, geht es nicht mehr um Interpretation oder um das Einfügen einer interpretierten Regel in deren ideales System. Das wäre Schönfärberei und führte zurück in das Gespensterreich platonischer Ideen. Es geht vielmehr um einen semantischen Kampf.

Von der Vorgabe der Geltung als Bedeutsamkeit des Zeichens aus gelangt man damit folgerichtig zur Beurteilung bestimmter Verknüpfungen im Rahmen einer rechtlich geordneten semantischen Auseinandersetzung. Die von Wissenschaft und Praxis erarbeiteten Argumentationsstandards und die darauf bezogenen Vorgaben der Verfassung kommen dann nicht als äußere Vorgaben praktischer Rechtsarbeit in den Blick, sondern als innere Momente einer rechtlichen Kultivierung der semantischen Kontroversen.

Der semantische Streit ist eine grundlegende Handlungsform, aber nicht die einzige in einem kontroversen Rechtsverfahren. Als semantischer geht er übrigens oft auch in den Vergleichsverhandlungen weiter. Und der Vergleich kommt in dem Bewusstsein zustande, dass im Hintergrund eben doch die staatlich-autoritative Entscheidung möglich bleibt, falls er scheitern sollte.

Der Streit über „den Sinn des Gesetzes“ ist für die Rechtsordnung funktional. Genauer gesagt: die Auseinandersetzungen um die Bedeutsamkeit (des Normtexts), die materielle Bedeutung für einen Fall wie diesen (die Rechtsnorm) und die verfahrensrechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall (die Entscheidungsnorm) finden ständig statt, machen die für juristische Entscheidungsarbeit kennzeichnenden semantischen Kontroversen aus. Aber es heißt, dass keiner der an ihnen Beteiligten den

Gang, den Ausgang und den Fortgang der Bedeutungszuschreibungen durch die anderen „im Griff haben“ sowie in Zukunft „im Griff behalten“ kann.

Auch die Institutionen des demokratischen Rechtsstaats beruhen auf (zu interpretierenden, änderbaren) Texten. Gewalt wird erst durch Sprache (durch versprachlichtes Recht) zu legitimer Macht: Blätter bedruckten Papiers zwischen dem *bellum omnium contra omnes* und der *res publica*. Zwischen dem Natur- und dem Gesellschaftszustand steht (so und nicht anders - aber das ist nie ein für allemal klar) organisierte Sprache.

Mit einem neueren, aus der Theorie der Neuen Medien stammenden Begriff lässt sich auch sagen, das Recht sei an entscheidenden Punkten im Gegensatz zur herkömmlichen Auffassung nur virtuell:

(1) Gegen die Sicht der Tradition stehen in Verfassungen, in Gesetz- und Verordnungsblättern keine Rechtsnormen, steht nicht schon „das Recht“. Nur virtuelles Recht enthalten sie, nur Normtexte als Ausgangspunkte der praktischen Rechtsarbeit.

(2) Die Rechtsnorm in praxi, das *law in action*, lässt sich sinnvoll als strukturiert denken, als aus Normprogramm und Normbereich zusammengesetzt - traditionell ausgedrückt: aus Sollens- und aus Seinselementen. Sollen als ein angeblich „reines“ bleibt bloß virtuell. Real wirksam wird Sollen nur als ein durch Faktizität mit-konstituiertes, als durch Realität verunreinigtes.

(3) Die einzig richtige Lösung des Rechtsfalls, dieser Fetisch positivistischer Tradition, ist nichts als virtuell. Real - in den meisten typischen Fällen der Praxis - ist die „vertretbare“. Neben ihr gibt es in aller Regel noch andere, die mit akzeptablen Gründen gleichfalls Vertreter; werden können. Die Aussage des geltenden Rechts zu einem einzelnen rechtlichen Problem / Konflikt bringt nichts (eindeutig, wie im mathematischen Algorithmus) „auf den Punkt“. Die legitimierbaren Entscheidungen reduzieren sich nicht auf die „einzig richtige“. Den singulär herausgehobenen Punkt der Fall-Lösung gibt es nicht, weil der Archimedische oberhalb der natürlichen Sprache, deren Teil die Rechtssprache darstellt, nicht auffindbar ist. Das geltende Recht eröffnet, nochmals bildlich gesprochen, einen Raum. Er ist nicht a priori begrenzt, wohl aber durch Rechtsarbeit im einzelnen Fall begrenzt. Das Recht macht eine Arena für Auseinandersetzungen um Bedeutungen auf, für semantische Kämpfe. In diesem Streitraum, Spielraum, sind, in aller Regel, mehrere Lösungen rechtlich vertretbar: sei es verschiedene Entscheidungsnormen, sei es die gleiche, aber mit verschiedenen Begründungen (Entscheidung = Tenor plus Gründe).

Die genannten Fragen sind zentral: Welche Eigenschaften können wir einer Rechtsnorm realistisch zuschreiben? Wo überhaupt finden wir die Rechtsnormen, die unsere Arbeit rechtfertigen sollen? Und: wie kann, realistisch bewertet, die Lösung von Rechtsproblemen konzipiert werden?

In diesen drei Grundfragen weist die Strukturierende Rechtslehre - bestrebt, von den Tatsachen Zeugnis abzulegen - auf Virtualität hin: Virtualität des Rechts, noch bevor sich dieses der technisch, insofern von außen, induzierten Virtualität als einer Erscheinungsweise der Neuen Medien zu stellen hat.

JM I, Rn. 180, 190, 506, 535.

Konkretisierungselemente, gemeinschaftsrechtskonforme

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist einigen Aspekten der verfassungskonformen Auslegung vergleichbar, insgesamt aber vielschichtiger. Vergleichbar ist sie ihr insoweit, als auch sie den Ausgangspunkt in einer Situation hat, worin ein Normtext verschiedene Möglichkeiten der Interpretation eröffnet und im Zweifel dann diejenige auszuwählen ist, die mit dem höherrangigen Recht vereinbar bleibt. Der wichtigste Anwendungsfall, die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, hat jedoch noch einen zweiten Ausgangspunkt, nämlich die Nicht- oder Falschumsetzung der Richtlinie durch die zuständigen innerstaatlichen Stellen.

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist von der richtlinienkonformen zu unterscheiden. Es handelt sich um zwar verwandte, aber voneinander zu trennende Auslegungsweisen, deren wesentlicher Unterschied in dem jeweiligen Maßstab liegt, an dem das nationale Recht gemessen wird.

Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts meint das an Sinn, Zweck und Ziel des gesamten EG-Rechts ausgerichtete Verständnis nationaler Normtexte. Erfasst wird damit die abstrakt-generelle Überprüfung, ob die Konkretisierung einer nationalen Vorschrift mit primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Es geht hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit unmittelbar anwendbarem Recht, insbesondere um die Auslegung in Konformität mit Primärrecht und den Verordnungen.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist von der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung besonders unter zwei Aspekten zu trennen. Sie ist in ihrem Anwendungsbereich enger und umfasst nur die Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf jeweils eine spezielle nach Art. 249 Abs. 3 EG ergangene Richtlinie. Ferner handelt es sich hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit Recht, welches noch in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die richtlinienkonforme Auslegung ist also nur ein besonderer Teilaspekt der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Sie hat die größte Relevanz für die Praxis. Denn die Richtlinie ist das zentrale Instrument der Rechtsetzung durch Gemeinschaftsorgane. Ferner sind Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch die Wahl der Mittel den mitgliedstaatlichen Stellen.

Die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zum Gemeinschaftsrecht und die zwischen den nationalen Rechtsordnungen lassen es einleuchtend erscheinen, dass Konflikte bezüglich der Ordnungsgemäßheit der Umsetzung aufkommen. Um diese zu lösen, ist die konforme Auslegung nationalen Rechts im Anwendungsbereich der Richtlinie ein Mittel von kaum zu überschätzender Wichtigkeit.

Sollen Institute miteinander verglichen werden, müssen sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten vorliegen. Erst wenn man diese festgestellt hat, kann man über das Ausmaß von Nähe und Distanz diskutieren.

Unbestritten ist, dass als Maßstab der Auslegungskontrolle einmal das Gemeinschaftsrecht und zum anderen die Verfassung herangezogen wird. Ein erster Unterschied liegt aber schon im Aspekt der Normenkontrolle. Vom Gemeinschaftsrecht her ergibt sich nur die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, aber nicht die Möglichkeit, nationales Recht aufzuheben. Selbst bei direkter Anwendung einer Richtlinie führt diese nur zu einem Anwendungsvorrang, der die nationalstaatliche Vorschrift in ihrer Umsetzung verdrängt, ohne sie unwirksam zu machen. Vielmehr bleibt der nationale Gesetzgeber zur Änderung verpflichtet. Bei verfassungskonformer Auslegung ist dagegen der Aspekt der Normenkontrolle stärker ausgeprägt. Die deutschen Gerichte können untergesetzliche Regelungen bei Verstoß gegen die Verfassung und nach Scheitern der verfassungskonformen Auslegung selbst verwerfen. Formelle Gesetze können dagegen in einem solchen Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden. Während also die verfassungskonforme Auslegung einen normenkontrollierenden Aspekt aufweist, beschränkt sich die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung auf eine Anwendungs- oder Auslegungskontrolle.

Auch die Begründung beider Institute ist verschieden. Bei der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich die Rechtfertigung aus dem Vorrang unmittelbar geltenden Verfassungsrechts. Parallel dazu wird zum Teil in der gemeinschaftsrechtlichen Literatur angenommen, dass Richtlinien, auch wenn sie keine unmittelbare Wirkung haben, trotzdem eine unmittelbare Geltung hätten. Darin soll dann die Rechtfertigung der richtlinienkonformen Auslegung liegen. Um dieser Konstruktion zu folgen, müsste man allerdings weitgehende Annahmen über die Einheit einer Gesamtrechtsordnung aus Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht akzeptieren. Deswegen werden andere Wege vorgeschlagen. So soll sich der Vorrang höherstufigen Rechts aus dem Grundsatz bundesrechtskonformer Auslegung ergeben. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass die Gemeinschaft nicht ohne weiteres einem Bundesstaat gleichgesetzt werden kann. Dies zeigt schon die Existenz von Transmissionsnormen wie Art. 23 GG, die man in einem Bundesstaat nicht brauchte. Auch die Auffassung, dass die richtlinienkonforme Auslegung auf einer richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH beruhe, ist nicht haltbar. Dem widerspricht schon das Selbstverständnis des EuGH, der gerade bei dieser Form der Auslegung von den nationalen Gerichten eine strenge Einhaltung der Grenzen des Methodencanons fordert. Außerdem fehlt es an einer entsprechenden Kompetenz, da der EuGH kein Gesetzgebungsorgan ist. Richtiger erscheint es demgegenüber, den Ansatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu präzisieren: Die richtlinienkonforme Auslegung beruht nicht auf der unmittelbaren Geltung der Richtlinie, son-

dem auf dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Gebot, den Maßnahmen der Gemeinschaft zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen.

Schließlich könnte ein weiterer Unterschied in der Struktur von verfassungskonformer und richtlinienkonformer Auslegung liegen. Während die zuerst genannte nur eine Auswahlentscheidung zwischen Ergebnissen trifft, die mit Hilfe der anerkannten Canones der Auslegung begründet wurden, soll die richtlinienkonforme Auslegung auf die einzelnen Instrumente der Konkretisierung einwirken. Allerdings leidet diese Diskussion an verschiedenen Unklarheiten. So wird öfters die Frage aufgeworfen, ob die Canones nicht doch abschließend seien. Geht man realistisch davon aus, dass die Rolle der Canones darin besteht, den auszulegenden Normtext mit anderen Kontexten zu vernetzen, kann ihre Anzahl nicht abschließend sein. Wenn nämlich eine neue Klasse von Argumenten auftritt, wie etwa typisierende Annahmen über die Wirklichkeit, entstehen im Hypertext des Rechts sogleich Links zu einer neuen Klasse von Kontexten. Ein Beispiel dafür sind Normbereichsargumente, die empirische Kontexte der Nachbarwissenschaften für die Jurisprudenz erschließen.

Weiter wird die Frage aufgeworfen, ob es unter den Canones überhaupt eine Hierarchie geben könne. Rein methodisch gesehen, gibt es eine Rangfolge von Kontexten tatsächlich nicht. Sehr wohl aber lässt sich eine solche normativ begründen. Sie kann sich aus den methodenbezogenen Normen einer Verfassung ergeben oder, wie hier bei der richtlinienkonformen Auslegung, aus der Hierarchie der Rechtsquellen.

Sehr streitig ist, ob eine Grenze der richtlinienkonformen Auslegung anzuerkennen sei oder nicht. Die Kritiker einer solchen Grenze⁴⁴³ bringen zwei Gruppen von Argumenten vor. Zum Teil handelt es sich um normative, zum Teil um sprachtheoretische Überlegungen. Die normativen setzen an dem Fall an⁴⁴⁴, dass das nationale Recht hinter den Geboten der Richtlinie zurückbleibt und dass auch eine unmittelbare Anwendung, etwa mangels Bestimmtheit, nicht in Betracht kommt: „An dieser Stelle steht der nationale Richter zwischen der Skylla, seiner Treue zum geschriebenen nationalen Recht, und der Charybdis, an einer Vertragsverletzung seines Landes i.S.v. Art. 10, 249 EG mitzuwirken. (...) Hier ist (wäre) Rechtsfortbildung contra legem erforderlich, um der Richtliniennorm gegen die nationale Norm zur Durchsetzung zu verhelfen. Der nationale Richter wird dabei zu bedenken haben, dass er an der Vermeidung eines Rechtskonflikts zwischen seinem Staat und der Gemeinschaft mitwirken, dass er gar zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen gegen seinen Staat beitragen kann, wenn er der Verpflichtung seines Staates zur korrekten Umsetzung der Richtlinie und der Beibehaltung dieser Umsetzung im Wege der Rechtsfortbildung nachkommt. Schreckt er gleichwohl immer noch vor dem offenen Konflikt mit seinem nationalen Recht und vor einer Entscheidung zugunsten der Richtliniennorm zurück, so mag er daran denken, dass er zur direkten Anwendung der Richtliniennorm entgegen seinem nationalen Recht verpflichtet wäre, wenn diese ‚klar und bestimmt‘ wäre“.

Diese Auffassung steht nicht nur in klarem Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der die Grenzen der nationalen Auslegungskultur immer wieder hervorhebt⁴⁴⁶. Sie übersieht vor allem, dass die Verträge der Gemeinschaft keine Ermächtigung zur Modifikation der innerstaatlichen Kompetenzordnung vorsehen.

Der sprachtheoretische Einwand bestreitet die Eignung des Wortlauts als Grenzziehungskriterium. Wörter finden danach ihre Bedeutung nur in einem bestimmten Kontext und können außerhalb dieses Kontextes nicht als Grenze wirken. Der Einwand greift aber nur, wenn man die Wortlautgrenze mit der Konkretisierungsleistung allein der grammatischen Auslegung gleichsetzt. Diese Gleichsetzung wird in der traditionellen Methodenlehre immer noch vorgenommen und hat ihren Weg auch in die Literatur zum Gemeinschaftsrecht gefunden. In der Praxis macht diese positivistische Verkürzung die Annahme einer Wortlautgrenze jedoch unmöglich, denn zur grammatischen Auslegung findet man in Wörterbüchern stets nur Verwendungsbeispiele eines Wortes, nie jedoch eine Angabe von Grenzen. Eine derartige Reduktion der Auslegungsgrenze auf die grammatische Konkretisierungsleistung hat der EuGH denn auch niemals vorgenommen. Das Gericht sieht diese Grenze erst dann als verletzt an, wenn der Spielraum der nationalen Auslegungskultur überschritten ist. Eine solche Grenze der Auslegung ist in der Tat möglich. Denn man kann einem Normtext nicht jede beliebige Lesart zuordnen. Manche Lesarten verletzen die in der Zukunft anerkannten Regeln der Kunst. Erst die umfassend konkretisierte Rechtsnorm bildet also eine Grenze der Auslegung.

Ein weiteres Problem liegt in der Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle der nationalen Auslegung darstellt, oder ob sie in die nationalen Canones nur einfließt'. So wirke etwa auf die grammatische Auslegung die richtlinienkonforme Auslegung dadurch ein, dass sie einen gemeinschaftsbezogenen Sprachgebrauch ins Spiel bringe. Die unklare Vorstellung eines ‚Einfließens‘ ist allerdings zu vermeiden. Gerade wenn die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle für die nationale Auslegung darstellen soll, kann sie in die nationalen Auslegungsvorgänge nicht schon ‚einfließen‘.

Insgesamt wird man die verfassungskonforme und die richtlinienkonforme Auslegung zwar nicht als Zwillinge begreifen können. Aber sie haben jedenfalls eine strukturelle Verwandtschaft: Es gibt zu einem Normtext mindestens zwei Lesarten, wovon eine mit der höherrangigen Rechtsquelle im Einklang steht und die andere(n) nicht. Der Auslegungsgrundsatz fordert, dann die konforme Lesart auszuwählen, solange die voll konkretisierte Rechtsnorm dies zulässt.

JM I, Rn. 1, 428b

Konkretisierungselemente, genetische

In Lehre und Rechtsprechung werden diese beiden Elemente nicht selten miteinander vermengt. So bezeichnet etwa das Bundesverfassungsgericht die Auslegung aus „Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte“ als „historische“. Korrekt heißt diese Auslegung, von der das Gericht spricht, die genetische. Die historische ist dagegen die rechtsgeschichtliche (gesetzgebungsgeschichtliche) anhand der Texte von Normvorläufern, Normvorbildern als Antwort auf die Frage: Wie war das denn früher geregelt?

Die historische Auslegung arbeitet also mit

(a) Normtexten, und zwar

(b) mit anderen Normtexten als den im vorliegenden Fall zu bearbeitenden, nämlich mit früheren, nicht mehr geltenden Wortlauten. Von der systematischen Auslegung, bei der ebenfalls andere Vorschriften vergleichend herangezogen werden, unterscheidet sich die historische dadurch, dass außer Kraft gesetzte Normtexte sowie mit ihrer Hilfe entwickelte Rechtsnormen mit gleichem, ähnlichem oder zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm, und zwar aus älteren Zeitabschnitten, in die Überlegung eingeführt werden.

Die genetische Auslegung arbeitet mit

(a) Nicht-Normtexten (Diskussionen, Überlegungen, Entwürfe, Parlamentsreden, Ausschussberichte, amtliche Begründungen) aus der rechtspolitischen Debatte, vor allem aber aus den Verhandlungen der legislativen Gremien; und zwar betreffen diese Texte

(b) die Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien derselben Normtexte, nämlich der im Fall zu bearbeitenden.

Als Beispiel soll die Konkretisierung der Art. 73 ff. GG dienen. Bei genetischer Auslegung wird die Frage gestellt: Was wurde zum fraglichen Problem im Parlamentarischen Rat (und in den Verhandlungen von Herrenchiemsee) gesagt? Die historische Auslegung argumentiert aus Inhalt und Typik der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern nach der Weimarer Reichsverfassung (oder ggf. auch nach der Reichsverfassung von 1871).

Gegen die dargestellte Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement wendet sich in der neueren Diskussion Schroth mit dem Einwand, das Verstehensobjekt, die Handlung des Gesetzgebers, sei bei beiden Elementen dasselbe. Betrachtet man dieses „Verstehensobjekt“ aber näher, wird der Einwand fragwürdig. Dass es einen einheitlichen und homogenen Willen des Gesetzgebers als Gegenstand des Verstehens nicht gibt, muss auch Schroth einräumen. Wenn er an die Stelle des gesetzgeberischen Willens dann aber die Handlung der Legislative setzen will, hat er das Problem fehlender Homogenität der Bezugsgröße aber noch nicht überwunden. Vielmehr setzt er nur einen moderner klingenden Namen an die Stelle des alten. In der Sache ist demgegenüber ein Fortschritt erst dann möglich, wenn die Illusion einer einheitlichen Bezugsgröße der historischen be-

ziehungsweise genetischen Auslegung aufgegeben ist und die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als diskursive Strategie in den Zusammenhang einer Semantik kompetitiven Handelns eingeordnet werden. Die im Umkreis der „Paktentheorie“ unternommenen Versuche, Einzeläußerungen von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten, weist schon innerhalb der bisherigen Debatte in diese Richtung. Diese Ansätze gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten. Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens damit auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kontexte erschlossen, die es voneinander abzuschichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt. In diesem Rahmen von Relationen ist auch die Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselemente berechtigt.

Historische, genetische, systematische und Ideologische Elemente der Konkretisierung können so wenig voneinander und vom Verfahren grammatischer Auslegung isoliert werden wie dieses von ihnen. Die genetische, die historische und die Systematische Auslegung sind eng mit der grammatischen verwandt: Auch sie sind Mittel der Textinterpretation (und zwar anderer - teils legislativer, teils nicht-legislativer - Texte neben dem Wortlaut der umzusetzenden Vorschrift). Es lässt sich sogar sagen, die beiden auf nicht (heute) gültige Texte gestützten Verfahrensarten, die genetische und die historische, seien der Sache nach Hilfsgesichtspunkte innerhalb des grammatischen Aspekts: Wie kam es zu der vorliegenden Formulierung? Welche Sinnvorstellungen und Regelungsabsichten führten - zum einen historisch und ohne Verbindung zum geltenden Recht, zum ändern gleichfalls historisch, aber mit genetischer Verbindung zu ihm - zur vorliegenden Formulierung des Rechtssatzes? Es wurde hier dargestellt, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen dem grundsätzlichen Bekenntnis zur „objektiven Theorie“ verschiedentlich allein der aus Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien gezogene Schluss zum sachlichen Angelpunkt der Entscheidung gemacht worden ist. Im jetzigen Zusammenhang geht es weniger um die innere Widersprüchlichkeit dieser judiziellen Position als darum, welches Gewicht die auf grammatische Auslegung bezogenen Argumente im Konfliktfall haben sollen. Die genetischen und historischen Aspekte können helfen, mögliche Sinnvarianten in dem vom Wortlaut abgesteckten Spielraum inhaltlich zu präzisieren. Folgen aus dem zu entscheidenden Rechtsfall (statt aus der insoweit abstrakten Fragestellung nach historischen und genetischen Verständnismöglichkeiten) abweichende Teilergebnisse, so ist das weitere Vorgehen von der Frage nach dem Rangverhältnis aller Konkretisierungselemente bestimmt. Diese Frage ist in der üblicherweise verengten Perspektive des Streits zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Theorie nicht zu lösen. Die herkömmliche Behandlungsart solcher methodischen Konflikte übersieht auch, dass die historischen und genetischen Gesichtspunkte innerhalb der grammatischen Auslegung angesiedelt sind; dass sie daher sowohl die Entscheidung inhaltlich herausarbeiten als auch die rechtsstaatlichen Grenzen der Konkretisierung finden helfen.

Im Zweifel gehen somit die Teilergebnisse der grammatischen und systematischen Interpretation denen der ändern Konkretisierungselemente vor. Abweichende Aussagen zwischen historischen und genetischen Aspekten sind im Sinn einer Vorzugsregel nicht entscheidend, da sich beide auf die Interpretation von Nicht-Normtexten beziehen. Die Entscheidung kann dann nicht partiell durch Auseinandersetzung zwischen historischer und genetischer Auslegung, sondern im Zusammenhang der gesamten Konkretisierung, d. h. zusätzlich am Leitfaden der ändern Elemente und besonders der grammatischen und der systematischen Auslegung gefunden werden. Das Spannungsverhältnis zwischen historischen und genetischen Argumenten ist, für sich allein genommen, nicht tragfähig genug.

Soweit mit den Mitteln historischer und genetischer Auslegung auf Sachbestandteile des Normbereichs hingewiesen wird, die auf diesem Weg ins Spiel kommen, sachlich aber selbständige Bedeutung entfalten, sind sie wie die erörterten Normbereichselemente im allgemeinen zu behandeln.

Stünde in den Gesetzgebungsmaterialien nichts als derselbe Normtext, der im Gesetzblatt veröffentlicht worden ist, so gäbe der genetische Aspekt sachlich nichts her. Dasselbe gilt in den häufigen Fällen, in denen sich die Materialien zu der fraglichen Vorschrift nicht äußern. Wenn und sofern also die Materialien überhaupt Gesichtspunkte liefern, tun sie das mit Hilfe sprachlicher Formulierungen, die von der des Normtextes abweichen. Zöge man im Einzelfall das Gesetzgebungsmaterial dem Normtext vor, so würde damit mit einer bei den ändern Elementen nicht so leicht erreichbaren Deutlichkeit aus einem Nicht-Normtext gegen den Normtext entschieden. Die Deutlichkeit wäre hier deshalb be-

sonders groß, weil dann sprachliche Formulierungen aus zwei verschiedenen Stadien der Wirkungsgeschichte derselben Vorschrift herangezogen würden: aus dem noch nicht verbindlichen Stadium ihrer Entstehungsgeschichte und aus dem nunmehr verbindlichen Stadium ihres Geltens in Gestalt eines amtlichen Normtextes. Das Entscheiden gegen die Grenzfunktion des Wortlauts unter Berufung auf Nicht-Normtexte (historische Auslegung, dogmatische, lösungstechnische, verfassungspolitische und Theorie-Elemente) ist, wie dargelegt, auch sonst unzulässig.

JM I, Rn. 1, 360 ff., 440 f.

Konkretisierungselemente, grammatische

Die grammatische Interpretation geschriebenen (Verfassungs-)Rechts bestimmt sich nach den verschiedenen Normtypen. Die grammatische Auslegung von Art. 22 oder 27 GG bietet relativ wenige, die der Rechtssätze des organisatorischen Teils meist geringere Schwierigkeiten als das grammatische Konkretisierungselement bei Grundrechten, bei verfassungsrechtlichen Fundamentalnormen wie Art. 20 oder selbst als bei den Kompetenzvorschriften der Art. 73 ff. GG. Die grammatische Auslegung wird übrigens für Art. 27 GG und Art. 22 GG oft weitgehend ausreichen. Das liegt nicht daran, wie herkömmlich vorausgesetzt wird, dass die Art. 22 und 27 GG „besonders klar formuliert“ wären. Sie sind, sprachlich und „grammatisch“ gesehen, nicht klarer gefasst als etwa die Normtexte von Grundrechts- oder Kompetenzvorschriften. Die Unterschiede hinsichtlich ihrer Konkretisierbarkeit (schon ein beträchtliches Stück) mit den Mitteln grammatischer Interpretation liegen anderswo, in der strukturellen Verschiedenheit der Rechtsnormen. Weder für die Rechtsordnung insgesamt noch für die Verfassung kann undifferenziert von „der“ Rechtsnorm ausgegangen werden. Art. 22 und 27 GG sind nicht in dogmatischer, wohl aber in normtheoretischer Sicht sozusagen Einzelfallgesetze. Ihre Normbereiche sind von solcher Art, dass sie mit den Normtexten weitgehend individualisiert werden können. Durch Veränderungen im Normbereich von Art. 27 GG könnten unter Umständen Schwierigkeiten der Interpretation auftauchen, wenn etwa der Begriff des „Kaufahrtenschiffs“ durch technische Entwicklungen zweifelhaft würde. In einem solchen Fall wäre nicht der grammatisch auszulegende Wortlaut von Art. 27 GG „unklar geworden“. Vielmehr hätte aufgrund faktischer Vorgänge das Normbereichselement abweichende Konturen angenommen und damit die Umsetzung von Art. 27 GG kompliziert.

Dass der Normtext des Art. 4 Abs. I GG („Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich“) dem Juristen „unklar“, „weiter“ oder „unbestimmter“ erscheinen will als der des Art. 52 Abs. I GG („Der Bundesrat wählt seinen Präsidenten auf ein Jahr“), beweist nicht eine sprachliche („grammatische“) Differenz der Normtexte, sondern unter anderem die Wirksamkeit des (juristischen) Vorverständnisses. Einem Nichtjuristen erscheinen vor dem Hintergrund seines unspezifischen Vorverständnisses beide Sätze inhaltlich vielleicht gleich „klar“ oder „unklar“. Der Jurist vergleicht schon im Rahmen seines sachlich informierten und orientierten Vorwissens der Rechtsprobleme und der Normtexte die ihm in Umrissen oder in Einzelheiten bekannten Normbereiche der fraglichen Vorschriften mit deren Texten. Er stellt bereits bei dieser vorgeschalteten und vielfach unausdrücklichen Denkopoperation erhebliche Unterschiede der Normstrukturen fest. Die jeweilige Eigenart der Normstruktur ist aber mit der des Normtextes so wenig gleichzusetzen wie allgemein die Norm mit ihrem Wortlaut.

Die verhältnismäßig geringe methodische Ergiebigkeit vieler Normtexte - etwa auch der Kompetenzvorschriften in Art. 73 ff. GG (z. B. „die Kriegsschäden und die Wiedergutmachung“, „die Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen“, „die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“, „die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse und des Films“) - liegt gleichfalls nicht an einer weniger „klaren“ oder „bestimmten“ Formulierung dieser Artikel. Sie liegt daran, dass bei den von „Materien“ ausgehenden Zuständigkeitsvorschriften, ähnlich wie bei Grundrechten, der Schwerpunkt praktischer Konkretisierungsfragen in den Normbereichselementen liegt. Auch Kompetenzvorschriften sind besonders stark sachgebundene Rechtsregeln. Das zeigt sich in gleicher Weise bei der Untersuchung ungeschriebener Kompetenznormen. So nimmt das Bundesverfassungsgericht eine

ungeschriebene Bundeszuständigkeit kraft Sachzusammenhangs dann an, „wenn eine dem Bund zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materie unerlässliche Voraussetzung ist für die Regelung einer der Bundesge-

setzung zugewiesenen Materie". Diese (im Sinn der Rechtsquellenlehre nicht authentische) Formulierung sieht sich gezwungen, ausschließlich auf Sachgesichtspunkte der fraglichen Materien zu verweisen. Es erstaunt nicht, dass die Vergleichbarkeit der Normstruktur, hier von Kompetenzvorschriften, nicht wesentlich davon abhängt, ob die Normen geschrieben sind oder nicht. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines authentischen Normtextes bringt nur die oben für den Unterschied von geschriebenem und ungeschriebenem (Verfassungs-) Recht entwickelten Unterschiede mit sich. Das zeigt sich auch an den sogenannten Standards im Verfassungsrecht. Die strukturellen Probleme ihrer Konkretisierung werden davon, ob sie geschrieben (z. B. Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG) oder ungeschrieben (Gebot bundesfreundlichen Verhaltens, Verhältnis-mäßigkeits-, Erforderlichkeits-, Bestimmtheits- und Geeignetheitsgrundsatz) sind, nicht entscheidend beeinflusst.

Auch die verfassungsrechtlichen Spezialnormen bilden für grammatische Konkretisierung strukturell kein einheitliches Bild. So sind Grundrechtsvorschriften, etwa die Freiheit der Wohnung und die der Wissenschaft, die Freizügigkeit oder die Freiheit von Glauben, Gewissen und Bekenntnis sprachlich recht verschieden stark abstrahiert. Das ist nicht darauf zurückzuführen, dass sie mehr oder weniger bestimmt formuliert wären. Es liegt daran, dass die garantierten Materien, ihre tatsächlichen Strukturen, ihre Objektivierbarkeit, der Grad ihrer Rechtserzeugtheit und rechtlichen Gestaltbarkeit, kurz, dass die jeweiligen Normbereiche verschieden sind.

Bei all dem erweist sich die Ergiebigkeit grammatischer Auslegung als von der Struktur der Norm abhängig. Das rührt nicht daher, dass die (strukturierte) Norm im Normtext substantiell vorhanden wäre. Die rechtlichen Wirkungspotentiale sind in den sprachlichen Elementen der Rechtssätze nicht enthalten. Juristische Begriffe verdinglichen nicht ihre Aussagen. Sie eignen sich, wie sprachliche Begriffe überhaupt, nur dazu, auf ihre Gebrauchsweisen und auf deren funktionale Abgrenzung untersucht zu werden. Der dogmatische Rechtsbegriff hat nur Zeichenwert. In den damit abgesteckten Grenzen ist häufig zu beobachten, dass der (nur scheinbar eindeutige) grammatische Aspekt dazu zwingt, zwischen mehreren Gebrauchsweisen der verwendeten Begriffe, zwischen alltäglichen und juristischen und zum Teil auch zwischen verschiedenen juristischen Bedeutungen zu entscheiden. Das ist unter anderem deshalb legitim, weil auch die grammatische „Methode“ im Ergebnis nicht den Normtext, sondern die zu erzeugende Rechtsnorm anzielt. Schon hier muss über philologische Sinnerfassung des Normtextes hinaus das mögliche Normprogramm vorwegnehmend gedeutet und dabei unausgesprochen auf andere Elemente als das grammatische ausgegriffen werden.

JM I, Rn. 1, 354 ff.

Konkretisierungselemente, Gruppen

Juristische Methodik muss durch eine Rechtstheorie fundiert werden: eine Theorie nicht über das Recht (sei sie theologischer, ethischer, philosophischer, soziologischer, politisch-ideologischer Art), sondern durch eine Theorie des Rechts, das heißt durch eine Rechtsnormtheorie. Diese umschreibt die grundlegende Eigenart normativer Struktur, vor deren Hintergrund die praktische Arbeit juristischer Methodik zu sehen ist. Auch diese Aufgabe ist, sowenig wie Rechtstheorie insgesamt, nicht nur rechtstechnischer Natur. Jeder Typus von Politischem System hat seinen Typus von Rechtstheorie und Methodenpraxis. Es sind aber nicht nur Methoden, sondern auch Methodiken gegenstandsabhängig; und das heißt angesichts des recht besonderen Gegenstands: auch Methodiken haben unmittelbar politische Bedeutung. Das ist wissenschaftsgeschichtlich wie aktuell offenkundig. Über die Abhängigkeit von politischen Optionen hinaus können auch die objektiven Mechanismen der Sozialsteuerung durch Recht jeweils nur in bezug auf das Gesamtsystem gesehen werden. Was eine Rechtsnorm „ist“, hängt entscheidend von der Struktur des Sozialverbands (der „Gesamtgesellschaft“) und der Rolle der Institutionen der Normtexterzeugung, Normsetzung und -Umsetzung, Normenkontrolle und Normtextrevision ab. Eine Norm „ist“ weder im Sinn der Allgemeingültigkeit noch in dem einer verdinglichten Vorgegebenheit etwas Bestimmtes. Dagegen dürften die Strukturbestimmungen (z. B. Normtext, Sachbereich, Normprogramm, Normbereich, Gruppen von Konkretisierungselementen) in entwickelten Gesellschaften mit geschriebenem Rechtssystem relativ konstant sinnvoll verwendbar sein.

JM I, Rn. 1, 157

Konkretisierungselemente, historische

In Lehre und Rechtsprechung werden diese beiden Elemente nicht selten miteinander vermengt. So bezeichnet etwa das Bundesverfassungsgericht die Auslegung aus „Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte“ als „historische“. Korrekt heißt diese Auslegung, von der das Gericht spricht, die genetische. Die historische ist dagegen die rechtsgeschichtliche (gesetzgebungsgeschichtliche) anhand der Texte von Normvorläufern, Normvorbildern als Antwort auf die Frage: Wie war das denn früher geregelt?

Die historische Auslegung arbeitet also mit

(a) Normtexten, und zwar

(b) mit anderen Normtexten als den im vorliegenden Fall zu bearbeitenden, nämlich mit früheren, nicht mehr geltenden Wortlauten. Von der systematischen Auslegung, bei der ebenfalls andere Vorschriften vergleichend herangezogen werden, unterscheidet sich die historische dadurch, dass außer Kraft gesetzte Normtexte sowie mit ihrer Hilfe entwickelte Rechtsnormen mit gleichem, ähnlichem oder zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm, und zwar aus älteren Zeitabschnitten, in die Überlegung eingeführt werden.

Die genetische Auslegung arbeitet mit

(a) Nicht-Normtexten (Diskussionen, Überlegungen, Entwürfe, Parlamentsreden, Ausschussberichte, amtliche Begründungen) aus der rechtspolitischen Debatte, vor allem aber aus den Verhandlungen der legislativen Gremien; und zwar betreffen diese Texte

(b) die Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien derselben Normtexte, nämlich der im Fall zu bearbeitenden.

Als Beispiel soll die Konkretisierung der Art. 73 ff. GG dienen. Bei genetischer Auslegung wird die Frage gestellt: Was wurde zum fraglichen Problem im Parlamentarischen Rat (und in den Verhandlungen von Herrenchiemsee) gesagt? Die historische Auslegung argumentiert aus Inhalt und Typik der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern nach der Weimarer Reichsverfassung (oder ggf. auch nach der Reichsverfassung von 1871).

Gegen die dargestellte Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement wendet sich in der neueren Diskussion Schroth mit dem Einwand, das Verstehensobjekt, die Handlung des Gesetzgebers, sei bei beiden Elementen dasselbe. Betrachtet man dieses „Verstehensobjekt“ aber näher, wird der Einwand fragwürdig. Dass es einen einheitlichen und homogenen Willen des Gesetzgebers als Gegenstand des Verstehens nicht gibt, muss auch Schroth einräumen. Wenn er an die Stelle des gesetzgeberischen Willens dann aber die Handlung der Legislative setzen will, hat er das Problem fehlender Homogenität der Bezugsgröße aber noch nicht überwunden. Vielmehr setzt er nur einen moderner klingenden Namen an die Stelle des alten. In der Sache ist demgegenüber ein Fortschritt erst dann möglich, wenn die Illusion einer einheitlichen Bezugsgröße der historischen beziehungsweise genetischen Auslegung aufgegeben ist und die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als diskursive Strategie in den Zusammenhang einer Semantik kompetitiven Handelns eingeordnet werden. Die im Umkreis der „Paktentheorie“ unternommenen Versuche, Einzeläußerungen von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten, weist schon innerhalb der bisherigen Debatte in diese Richtung. Diese Ansätze gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten. Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens damit auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kontexte erschlossen, die es voneinander abzuschichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt. In diesem Rahmen von Relationen ist auch die Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement berechtigt.

Historische, genetische, systematische und Ideologische Elemente der Konkretisierung können so wenig voneinander und vom Verfahren grammatischer Auslegung isoliert werden wie dieses von ihnen. Die genetische, die historische und die Systematische Auslegung sind eng mit der grammatischen verwandt: Auch sie sind Mittel der Textinterpretation (und zwar anderer - teils legislativer, teils nicht-legislativer - Texte neben dem Wortlaut der umzusetzenden Vorschrift). Es lässt sich sogar sagen, die

beiden auf nicht (heute) gültige Texte gestützten Verfahrensarten, die genetische und die historische, seien der Sache nach Hilfsgesichtspunkte innerhalb des grammatischen Aspekts: Wie kam es zu der vorliegenden Formulierung? Welche Sinnvorstellungen und Regelungsabsichten führten - zum einen historisch und ohne Verbindung zum geltenden Recht, zum ändern gleichfalls historisch, aber mit genetischer Verbindung zu ihm - zur vorliegenden Formulierung des Rechtssatzes? Es wurde hier dargestellt, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen dem grundsätzlichen Bekenntnis zur „objektiven Theorie“ verschiedentlich allein der aus Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien gezogene Schluss zum sachlichen Angelpunkt der Entscheidung gemacht worden ist. Im jetzigen Zusammenhang geht es weniger um die innere Widersprüchlichkeit dieser judiziellen Position als darum, welches Gewicht die auf grammatische Auslegung bezogenen Argumente im Konfliktfall haben sollen. Die genetischen und historischen Aspekte können helfen, mögliche Sinnvarianten in dem vom Wortlaut abgesteckten Spielraum inhaltlich zu präzisieren. Folgen aus dem zu entscheidenden Rechtsfall (statt aus der insoweit abstrakten Fragestellung nach historischen und genetischen Verständnismöglichkeiten) abweichende Teilergebnisse, so ist das weitere Vorgehen von der Frage nach dem Rangverhältnis aller Konkretisierungselemente bestimmt. Diese Frage ist in der üblicherweise verengten Perspektive des Streits zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Theorie nicht zu lösen. Die herkömmliche Behandlungsart solcher methodischen Konflikte übersieht auch, dass die historischen und genetischen Gesichtspunkte innerhalb der grammatischen Auslegung angesiedelt sind; dass sie daher sowohl die Entscheidung inhaltlich herausarbeiten als auch die rechtsstaatlichen Grenzen der Konkretisierung finden helfen.

JM I, Rn. 360 ff.

Konkretisierungselemente, Konflikte

Gegen die Möglichkeit einer Rangfolge von Konkretisierungselementen wendet sich, in Übereinstimmung mit der traditionell verbreiteten Meinung, neuerdings Schroth⁶⁰⁰: Die Rangfolge lasse sich „abstrakt und generell“ nicht bestimmen, vielmehr im Hinblick darauf, dass die Konkretisierungselemente für Interessen stünden, nur durch eine Gewichtung im Einzelfall. An dieser Argumentation ist aber schon das unterstellte Repräsentationsmodell fragwürdig. Dass z. B. der Wortlaut einer Vorschrift ein Vertrauensinteresse der Rechtsunterworfenen schützen wolle, lässt sich nur begründen, wenn man eine homogene und für jedermann gleichermaßen verständliche Umgangssprache voraussetzt. Dass die historische Auslegung „Authentizitätsinteressen“ des Gesetzgebers schütze, setzt wiederum einen einheitlichen Willen beziehungsweise eine einheitliche Handlung des Gesetzgebers als Bezugspunkt der Auslegung voraus. Die Behauptung einer die Konkretisierungselemente tragenden Hinterwelt von Interessen führt damit zu Behauptungs- und Nachweislasten, welche die juristische Methodik kaum erfüllen können. Eine nüchterne Betrachtung der Rechtsarbeit führt statt dessen zu dem Ergebnis, dass die Konkretisierungselemente Kontexte des fraglichen Normtextes erschließen und dass sie dabei auch nach formalen Gesichtspunkten gewichtet werden können. Im übrigen geht es aber auch der Strukturierenden Rechtslehre nicht um eine abstrakte Rangfolge unabhängig vom Gewicht der Argumente im Einzelfall. Das wird deutlich, wenn man sich aus der Spekulation über Interessen in die Wirklichkeit praktischer Rechtsentscheidungen begibt. Die Konkretisierungselemente sind nur jeweils im Einzelfall als Argumente für und gegen im Streit befindliche Verständnismöglichkeiten des Normtextes erheblich oder nicht. Gerade diese Auseinandersetzung um Deutungshypothesen, die sich jeweils auf unterschiedliche Zusammenhänge berufen, prägt die Realität von Rechtsentscheidungen. Erst dieser

Streit macht Kontexte wichtig und führt zu methodologischen Konflikten im Einzelfall, die generelle Vorzugsregeln verlangen. Diese Vorzugsregeln sind insoweit nicht vom Fall abstrakt, sondern einzelfallbezogen. Aber sie sind rechtsstaatlich generalisierbar im Gegensatz zur Willkür einer Kadi-Justiz.

Von Konflikten zwischen einzelnen Konkretisierungselementen ist nur dort zu sprechen, wo ein frontaler Gegensatz auftaucht; also nicht dort, wo z. B. das historische Element zwei oder mehrere Möglichkeiten offen lässt, von denen nur eine mit der grammatischen Auslegung vereinbar ist. Dann besteht nur in dieser einen partiellen Hinsicht ein Widerspruch, nicht zwischen „dem“ grammatischen und „dem“ historischen Auslegungsaspekt.

Ein Konflikt besteht ferner nur zwischen solchen Elementen, die im vorliegenden Fall und im gegenwärtigen Stadium des Konkretisierungsvorgangs tatsächlich ergiebig, aussagekräftig sind. Andernfalls ist das als nichtssagend erwiesene Element in der Folgezeit auszusparen. Keineswegs müssen - und das zeigt alle praktische Erfahrung - etwa sämtliche Konkretisierungsaspekte in jedem Fall herangezogen und aktualisiert werden können.

Kein methodologischer Konflikt ist gegeben, wo die Divergenz aufgrund einer Hierarchie der Rechtsquellen aufzulösen ist: Verfassungs- und Unterverfassungsrecht, Europarecht und nationales Recht. Die Fälle der verfassungs- und der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation gehören also nicht hierher.

Bei Konflikten zwischen verfassungspolitischen, lösungstechnischen Theorie-Elementen und zwischen dem nicht unmittelbar normtextbezogenen Teil der dogmatischen Argumente gibt es weder Vorrangstellungen noch Präferenzregeln. Diese Aspekte sind eben nur methodische Hilfsmittel ohne direkte Normtextorientierung. Innerhalb ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit sind fixierbare Stufen größerer oder geringerer Verpflichtungswirkung für die konkretisierende Stelle nicht unterscheidbar. Auch für sie gilt jedoch in gleicher Weise das rechtsstaatliche Gebot der Begründung und Darstellung auf erstens vollständige und zweitens rational kontrollierbare Art.

Die genannten Elemente können im Einzelfall danach abstufbar sein, welche Lösung sich „besser“, „richtiger“, „einleuchtender“, „eindeutiger“ oder „zweckmäßiger“ mit den Teilergebnissen der direkt normtextbezogenen Faktoren oder mit der Grenzfunktion der Normtexte vereinbaren lässt. Bei diesen Auswahlvorgängen handelt es sich um Wertungen, deren normgelöster Charakter weder vermeidbar ist noch verschleiert werden darf. In der Begründung muss hervorgehoben und bezeichnet werden, welche Denk- und Auswahloperationen jeweils durch solche und vergleichbare Wertungen bestimmt sind.

Eine pragmatische Abstufung kann sich im Einzelfall zum Beispiel auch dadurch ergeben, dass alle Argumente außer einem einzigen sachlich in dieselbe Richtung weisen. Doch können auch solche unverbindlichen Auswahl- und Abstufungsgesichtspunkte weder methodisch fixiert noch quasi-normativ verallgemeinert werden.

Die unmittelbar normtextbezogenen Konkretisierungselemente (methodologische i. e. S., Normbereichs- und einzelne dogmatische Elemente) gehen den nicht direkt normtextbezogenen (ein Teil der dogmatischen, ferner lösungstechnische, verfassungspolitische und Theorie-Elemente) im Fall des Widerspruchs vor. Diese Vorzugsregel ist normativ. Sie folgt aus der durch die geltende (Verfassungs-) Rechtsordnung statuierten Verfassungs- und Rechtsgebundenheit staatlicher Funktionsausübung. In einem weiteren, weil nach geltendem Recht nicht praktisch sanktionierbaren Sinn gilt das auch für die Rechtswissenschaft, soweit sie norm-textorientiert arbeitet.

Im Fall des Konflikts gehen die methodologischen und die Normbereichselemente vor, insoweit durch sie belegt werden kann, dass die früher von Praxis und Wissenschaft gebildeten und durch die herangezogenen dogmatischen Aussagen tradierten Rechtsnormen die für den anstehenden Fall mit Hilfe desselben Normtextes zu konkretisierende Rechtsnorm nicht betreffen. Die Mühe der Konkretisierung muss dann ohne Hilfe früherer Normbildung neu ansetzen.

Die erste Stufe der Disziplinierung von Sachgehalten normativer Regelungsfelder bestand in der Auswahl der empirischen Gegebenheiten aus Sachbereich und Fallbereich, die ihrerseits orientiert am Sachverhalt und am herangezogenen Normtext gewonnen worden waren, zum Normbereich; das Normprogramm diente dabei als verbindlicher Maßstab.

Das vorausgesetzt, sind die Normbereichselemente für die positive Inhaltsbestimmung der zu entwickelnden Rechts- und Entscheidungsnorm den Elementen der Textinterpretation gleichrangig. Negativ, d. h. für die Bestimmung der Grenze zulässiger Ergebnisse, haben aus rechtsstaatlichen Gründen die am unmittelbarsten und ausschließlichen auf Normtexte bezogenen Interpretationselemente, also die grammatische und systematische Auslegung, Vorrang vor allen anderen, auch vor den Elementen des Normbereichs. Im Sinn der Abgrenzung und Begrenzung steuert das anknüpfend an den amtlichen Wortlaut gewonnene Normprogramm nicht nur den Vorgang der Auswahl von Sachgesichtspunkten aus dem allgemeinen Regelungsbereich der Vorschrift (Sachbereich) und aus dem Fallbereich zum Normbereich, sondern den gesamten Vorgang der Konkretisierung. Aus demselben

Grund wird eine Kollision von Normbereichselementen mit den im Einzelfall das Normprogramm ergebenden Sprachdaten nicht aktuell. Es ist nicht etwa so, dass in Konflikten zwischen Konkretisierungsfaktoren jeweils die Realdaten „ihren“ Sprachdaten, das heißt jenen folgen würden, mit deren Hilfe sie aus dem Sachbereich ausgewählt und im Rahmen des Normbereichs zur Erstellung der Rechtsnorm herangezogen worden sind. Das Normprogramm in seiner verbindlichen Formulierung ist vielmehr bereits ein Gesamtergebnis aus den einschlägigen sprachlichen Konkretisierungselementen - sei es im Sinn der Konvergenz, sei es im Fall methodologischer Konflikte aufgrund von Präferenz. Diesem Gesamtergebnis als dem Maßstab für die Qualifizierung der Realdaten folgt dann inhaltlich der Normbereich. Die Auswahl der Realdaten zum Normbereich fügt sich der vorherigen Formulierung der Sprachdaten insgesamt, dem Normprogramm.

Wegen seiner demokratischen Erzeugung sowie der rechtsstaatlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebote ist der Normtext der im Konfliktsfall als Grenzbestimmung zulässiger Entscheidungsmöglichkeiten vorrangige Bezugspunkt der Konkretisierung. Der Wortlaut ist nicht das Gesetz, sondern als Eingangsdatum des Entscheidungsvorgangs eine Vorform des Gesetzes. Es ist jedoch der Wortlaut, im Ausgang von welchem - bei aller Unabgeschlossenheit sprachlicher Umsetzung das als sachliche Direktive wie als normative Grenze verbindliche Normprogramm vom Juristen erarbeitet wird. Damit liegt im Zweifel das Schwergewicht bei den Interpretationselementen, die Normtexte (den Wortlaut der zu konkretisierenden Vorschrift wie auch die Wortlaute systematisch herangezogener Vorschriften) bearbeiten. Zurückzutreten haben die Faktoren der Auslegung, die sich auf Nicht-Normtexte beziehen (genetische und historische Auslegung; ferner die lösungs- technischen, dogmatischen, verfassungspolitischen und die Theorie-Elemente). Dieser Vorgang entstammt nicht rechtstheoretischen oder methodologischen Überlegungen, nicht philosophischen „Höherwertigkeiten“ oder geisteswissenschaftlichen Präferenzen. Weder gibt es solche Präferenzen mit dem für praktische Konkretisierung erforderlichen Grad von Bestimmtheit, noch wären sie auf Rechtswissenschaft und Rechtspraxis übertragbar. Der Vorrang folgt vielmehr aus den rechtsstaatlichen Geboten der Unverbrüchlichkeit der Verfassung, der Bindung an Gesetz und Recht, der Rigidität des Verfassungsrechts im Sinn seiner Normtext-Klarheit, ferner aus den Geboten der Normklarheit und Tatbestandsbestimmtheit, der Methodenklarheit, der Rechtssicherheit und der verfassungsrechtlich normierten Funktionsabgrenzungen. Diese Gebote gehören zum anerkannten ungeschriebenen Verfassungsrecht im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips; zum Teil sind sie auch in einzelnen Vorschriften des Grundgesetzes spezialgesetzlich normiert (z. B. Art. 19 Abs. 1 Satz 2, Art. 79 Abs. 1 Satz 1, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Gleichwertig daneben steht die Tatsache der Produktion der Normtexte im demokratisch geformten politischen Prozess. Schließlich gehören auch die verfahrensrelevanten Verfassungsvorschriften, welche die Subjektqualität der Beteiligten, Waffengleichheit und Fairness anordnen, mit zu denen, die eine fühlbare Gesetzesbindung begründen.

JM I, Rn. 433 ff.

Konkretisierungselemente, nicht direkt normbezogene

Dogmatische Sätze aus Praxis und Wissenschaft drücken meist die Meinung ihrer Verfasser zu bestimmten Normtexten bzw. Rechtsnormen aus. Theoretische, lösungstechnische und rechtspolitische Aussagen sind weniger stark an der Konkretisierung geltenden Rechts orientiert. Die dogmatischen Elemente stehen dagegen den methodologischen Elementen im engeren Sinn und denen des Normbereichs näher. Juristische Dogmatik ist ein Untersystem von Kommunikationstechniken der Rechtswelt. Überlieferung, Mitteilung, Schulung, Kritik und Kontrolle, Versuche verbindlicher „Konstruktion“, ausgreifender „Systematisierung“, ferner auch die lösungstechnische Aufbereitung, theoretische Reflexion und rechtspolitische Fortentwicklung sind Arten dogmatischer Erörterung von Rechtsfragen. Zu einem Dogma im Sinn des Wortes fehlt die Verbindlichkeit. Dogmatische, theoretische und rechtspolitische Inhalte beeinflussen ebenso wie technische Verfahrensweisen die Lösung von Rechtsfällen erheblich und vielfach entscheidend. Das erzeugt aber noch nicht Verbindlichkeit im entwickelten Sinn der Verpflichtung der Juristen auf die Normtexte, deren Gesamtmenge das „geltende Recht“ bildet. Das vom Fall geforderte und mit den dargelegten Mitteln juristischer Methodik durch Konkretisierung der Rechtsnorm und ihre Individualisierung zur Entscheidungsnorm erarbeitete Ergebnis ist nicht irgendwie subjektiv, vernunftrechtlich, politisch oder rechtspolitisch zu rechtfertigen, sondern durch den nachvollziehbaren und damit kritisierbaren Nachweis der Normtextorientiertheit. Der Nachweis einer

Konvergenz mit bestimmten dogmatischen Positionen begründet dagegen Verbindlichkeit ebenso wenig wie das Eingehen auf theoretische und verfassungspolitische Elemente und auf lösungstechnische Muster pragmatischen Vorgehens.

Über ihre Legitimität als Bearbeitungsweise juristischer Ausdrucks-, Mitteilungs- und Darstellungsfragen hinaus formen sich, was nicht zu vergessen ist, dogmatische Aussagen weitgehend aus den Gehalten von Rechts- und Entscheidungsnormen. Diese werden zustimmend oder abweichend aus der Rechtsprechung, also aus der früheren Entscheidung tatsächlicher Fälle, oder (gutachtlich oder „rein dogmatisch“) in bezug auf anstehende oder angeregt durch erdachte Rechtsfälle in das Material der Dogmatik übernommen. Soweit also durch dogmatische Aussagen von Praxis und Wissenschaft immer schon fallbezogen konkretisierte Rechts- und Entscheidungsnormen festgehalten und tradiert werden, hat Dogmatik ihren Ort auch unter den im strikten Sinn normorientierten Elementen.

Abschließend sei nochmals auf den hier verwendeten undogmatischen Begriff von Dogmatik aufmerksam gemacht³⁸⁰. Dogmatik erscheint hier als eine unverzichtbare (unter anderen, ebenso unverzichtbaren) Art der Stilisierung juristischer Gesichtspunkte: nicht als eine blockhaft gefügte Instanz, der sich andere Rechtswissenschaftler und praktische Juristen tunlichst anzuschließen haben, sondern als der Diskussion geöffnetes, selbst in Diskussion begriffenes Arsenal für eine bestimmte Klasse juristischer Argumente. Die sonstigen Gruppen von Gesichtspunkten (Mittel der Textauslegung im engeren Sinn und der Einbeziehung von Realdaten, Theorie-Elemente, rechts- und verfassungspolitische Faktoren) stehen neben den dogmatischen; bei methodologischen Konflikten stehen sie über oder unter ihnen. Dogmatische Konkretisierungselemente sind in ihrem Verhältnis zu den anderen zu kennzeichnen, zu umgrenzen, für den Konfliktfall vor- beziehungsweise nachzuordnen. Das gehört zu den Aufgaben juristischer Methodik.

Die Argumente der Strukturierenden Dogmatik finden also, wie der Sache nach auch die eines jeden anderen Dogmatikkonzepts, ihren Platz im Rahmen der Strukturierenden Methodik. Die Strukturierende Dogmatik hatte ihrerseits von dem hier entwickelten Ansatz der Rechts(norm)theorie Wichtiges gelernt. Das bleibt nicht die einzige Verbindung zwischen strukturierender Rechts(norm)theorie, Dogmatik und Methodik. Vielmehr hilft dieser normtheoretische Ansatz im ganzen, die Rechtsarbeit aufzuschlüsseln, sie arbeitsfähiger und besser kontrollierbar zu machen, kurz: sie zu strukturieren.

JM I, Rn. 408 ff.

Konkretisierungselemente, Rangordnung

Gegen die Möglichkeit einer Rangfolge von Konkretisierungselementen wendet sich, in Übereinstimmung mit der traditionell verbreiteten Meinung, Schroth: Die Rangfolge lasse sich „abstrakt und generell“ nicht bestimmen, vielmehr im Hinblick darauf, dass die Konkretisierungselemente für Interessen stünden, nur durch eine Gewichtung im Einzelfall. An dieser Argumentation ist aber schon das unterstellte Repräsentationsmodell fragwürdig. Dass z. B. der Wortlaut einer Vorschrift ein Vertrauensinteresse der Rechtsunterworfenen schützen wolle, lässt sich nur begründen, wenn man eine homogene und für jedermann gleichermaßen verständliche Umgangssprache voraussetzt. Dass die historische Auslegung „Authentizitätsinteressen“ des Gesetzgebers schütze, setzt wiederum einen einheitlichen Willen beziehungsweise eine einheitliche Handlung des Gesetzgebers als Bezugspunkt der Auslegung voraus. Die Behauptung einer die Konkretisierungselemente tragenden Hinterwelt von Interessen führt damit zu Behauptungs- und Nachweislasten, welche die juristische Methodik kaum wird erfüllen können. Eine nüchterne Betrachtung der Rechtsarbeit führt statt dessen zu dem Ergebnis, dass die Konkretisierungselemente Kontexte des fraglichen Normtextes erschließen und dass sie dabei auch nach formalen Gesichtspunkten gewichtet werden können. Im übrigen geht es aber auch der Strukturierenden Rechtslehre nicht um eine abstrakte Rangfolge unabhängig vom Gewicht der Argumente im Einzelfall. Das wird deutlich, wenn man sich aus der Spekulation über Interessen in die Wirklichkeit praktischer Rechtsentscheidungen begibt. Die Konkretisierungselemente sind nur jeweils im Einzelfall als Argumente für und gegen im Streit befindliche Verständnismöglichkeiten des Normtextes erheblich oder nicht. Gerade diese Auseinandersetzung um Deutungshypothesen, die sich jeweils auf unterschiedliche Zusammenhänge berufen, prägt die Realität von Rechtsentscheidungen. Erst dieser Streit macht Kontexte wichtig und führt zu methodologischen Konflikten im Einzelfall, die generelle Vorzugsregeln verlangen. Diese Vorzugsregeln sind insoweit nicht vom Fall abstrakt, son-

dern einzelfallbezogen. Aber sie sind rechtsstaatlich generalisierbar im Gegensatz zur Willkür einer Kadi-Justiz.

JM I, Rn. 433

Konkretisierungselemente, richtlinienkonforme

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist einigen Aspekten der verfassungskonformen Auslegung vergleichbar, insgesamt aber vielschichtiger. Vergleichbar ist sie ihr insoweit, als auch sie den Ausgangspunkt in einer Situation hat, worin ein Normtext verschiedene Möglichkeiten der Interpretation eröffnet und im Zweifel dann diejenige auszuwählen ist, die mit dem höherrangigen Recht vereinbar bleibt. Der wichtigste Anwendungsfall, die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, hat jedoch noch einen zweiten Ausgangspunkt, nämlich die Nicht- oder Falschumsetzung der Richtlinie durch die zuständigen innerstaatlichen Stellen.

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist von der richtlinienkonformen zu unterscheiden. Es handelt sich um zwar verwandte, aber voneinander zu trennende Auslegungsweisen, deren wesentlicher Unterschied in dem jeweiligen Maßstab liegt, an dem das nationale Recht gemessen wird.

Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts meint das an Sinn, Zweck und Ziel des gesamten EG-Rechts ausgerichtete Verständnis nationaler Normtexte. Erfasst wird damit die abstrakt-generelle Überprüfung, ob die Konkretisierung einer nationalen Vorschrift mit primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Es geht hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit unmittelbar anwendbarem Recht, insbesondere um die Auslegung in Konformität mit Primärrecht und den Verordnungen.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist von der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung besonders unter zwei Aspekten zu trennen. Sie ist in ihrem Anwendungsbereich enger und umfasst nur die Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf jeweils eine spezielle nach Art. 249 Abs. 3 EG ergangene Richtlinie. Ferner handelt es sich hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit Recht, welches noch in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die richtlinienkonforme Auslegung ist also nur ein besonderer Teilaspekt der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Sie hat die größte Relevanz für die Praxis. Denn die Richtlinie ist das zentrale Instrument der Rechtsetzung durch Gemeinschaftsorgane. Ferner sind Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch die Wahl der Mittel den mitgliedstaatlichen Stellen.

Die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zum Gemeinschaftsrecht und die zwischen den nationalen Rechtsordnungen lassen es einleuchtend erscheinen, dass Konflikte bezüglich der Ordnungsgemäßheit der Umsetzung aufkommen. Um diese zu lösen, ist die konforme Auslegung nationalen Rechts im Anwendungsbereich der Richtlinie ein Mittel von kaum zu überschätzender Wichtigkeit.

Sollen Institute miteinander verglichen werden, müssen sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten vorliegen. Erst wenn man diese festgestellt hat, kann man über das Ausmaß von Nähe und Distanz diskutieren.

Unbestritten ist, dass als Maßstab der Auslegungskontrolle einmal das Gemeinschaftsrecht und zum anderen die Verfassung herangezogen wird. Ein erster Unterschied liegt aber schon im Aspekt der Normenkontrolle. Vom Gemeinschaftsrecht her ergibt sich nur die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, aber nicht die Möglichkeit, nationales Recht aufzuheben. Selbst bei direkter Anwendung einer Richtlinie führt diese nur zu einem Anwendungsvorrang, der die nationalstaatliche Vorschrift in ihrer Umsetzung verdrängt, ohne sie unwirksam zu machen. Vielmehr bleibt der nationale Gesetzgeber zur Änderung verpflichtet. Bei verfassungskonformer Auslegung ist dagegen der Aspekt der Normenkontrolle stärker ausgeprägt. Die deutschen Gerichte können untergesetzliche Regelungen bei Verstoß gegen die Verfassung und nach Scheitern der verfassungskonformen Auslegung selbst verwerfen. Formelle Gesetze können dagegen in einem solchen Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden. Während also die verfassungskonforme Auslegung einen normenkontrollierenden Aspekt aufweist, beschränkt sich die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung auf eine Anwendungs- oder Auslegungskontrolle.

Auch die Begründung beider Institute ist verschieden. Bei der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich die Rechtfertigung aus dem Vorrang unmittelbar geltenden Verfassungsrechts. Parallel dazu wird zum Teil in der gemeinschaftsrechtlichen Literatur angenommen, dass Richtlinien, auch wenn sie keine unmittelbare Wirkung haben, trotzdem eine unmittelbare Geltung hätten. Darin soll dann die Rechtfertigung der richtlinienkonformen Auslegung liegen. Um dieser Konstruktion zu folgen, müsste man allerdings weitgehende Annahmen über die Einheit einer Gesamtrechtsordnung aus Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht akzeptieren. Deswegen werden andere Wege vorgeschlagen. So soll sich der Vorrang höherstufigen Rechts aus dem Grundsatz bundesrechtskonformer Auslegung ergeben. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass die Gemeinschaft nicht ohne weiteres einem Bundesstaat gleichgesetzt werden kann. Dies zeigt schon die Existenz von Transmissionsnormen wie Art. 23 GG, die man in einem Bundesstaat nicht brauchte. Auch die Auffassung, dass die richtlinienkonforme Auslegung auf einer richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH beruhe, ist nicht haltbar. Dem widerspricht schon das Selbstverständnis des EuGH, der gerade bei dieser Form der Auslegung von den nationalen Gerichten eine strenge Einhaltung der Grenzen des Methodencanons fordert. Außerdem fehlt es an einer entsprechenden Kompetenz, da der EuGH kein Gesetzgebungsorgan ist. Richtiger erscheint es demgegenüber, den Ansatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu präzisieren: Die richtlinienkonforme Auslegung beruht nicht auf der unmittelbaren Geltung der Richtlinie, sondern auf dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Gebot, den Maßnahmen der Gemeinschaft zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen.

Schließlich könnte ein weiterer Unterschied in der Struktur von verfassungskonformer und richtlinienkonformer Auslegung liegen. Während die zuerst genannte nur eine Auswahlentscheidung zwischen Ergebnissen trifft, die mit Hilfe der anerkannten Canones der Auslegung begründet wurden, soll die richtlinienkonforme Auslegung auf die einzelnen Instrumente der Konkretisierung einwirken. Allerdings leidet diese Diskussion an verschiedenen Unklarheiten. So wird öfters die Frage aufgeworfen, ob die Canones nicht doch abschließend seien. Geht man realistisch davon aus, dass die Rolle der Canones darin besteht, den auszulegenden Normtext mit anderen Kontexten zu vernetzen, kann ihre Anzahl nicht abschließend sein. Wenn nämlich eine neue Klasse von Argumenten auftritt, wie etwa typisierende Annahmen über die Wirklichkeit, entstehen im Hypertext des Rechts sogleich Links zu einer neuen Klasse von Kontexten. Ein Beispiel dafür sind Normbereichsargumente, die empirische Kontexte der Nachbarwissenschaften für die Jurisprudenz erschließen.

Weiter wird die Frage aufgeworfen, ob es unter den Canones überhaupt eine Hierarchie geben könne. Rein methodisch gesehen, gibt es eine Rangfolge von Kontexten tatsächlich nicht. Sehr wohl aber lässt sich eine solche normativ begründen. Sie kann sich aus den methodenbezogenen Normen einer Verfassung ergeben oder, wie hier bei der richtlinienkonformen Auslegung, aus der Hierarchie der Rechtsquellen.

Sehr streitig ist, ob eine Grenze der richtlinienkonformen Auslegung anzuerkennen sei oder nicht. Die Kritiker einer solchen Grenze⁴⁴³ bringen zwei Gruppen von Argumenten vor. Zum Teil handelt es sich um normative, zum Teil um sprachtheoretische Überlegungen. Die normativen setzen an dem Fall an⁴⁴⁴, dass das nationale Recht hinter den Geboten der Richtlinie zurückbleibt und dass auch eine unmittelbare Anwendung, etwa mangels Bestimmtheit, nicht in Betracht kommt: „An dieser Stelle steht der nationale Richter zwischen der Skylla, seiner Treue zum geschriebenen nationalen Recht, und der Charybdis, an einer Vertragsverletzung seines Landes i.S.v. Art. 10, 249 EG mitzuwirken. (...) Hier ist (wäre) Rechtsfortbildung contra legem erforderlich, um der Richtliniennorm gegen die nationale Norm zur Durchsetzung zu verhelfen. Der nationale Richter wird dabei zu bedenken haben, dass er an der Vermeidung eines Rechtskonflikts zwischen seinem Staat und der Gemeinschaft mitwirken, dass er gar zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen gegen seinen Staat beitragen kann, wenn er der Verpflichtung seines Staates zur korrekten Umsetzung der Richtlinie und der Beibehaltung dieser Umsetzung im Wege der Rechtsfortbildung nachkommt. Schreckt er gleichwohl immer noch vor dem offenen Konflikt mit seinem nationalen Recht und vor einer Entscheidung zugunsten der Richtliniennorm zurück, so mag er daran denken, dass er zur direkten Anwendung der Richtliniennorm entgegen seinem nationalen Recht verpflichtet wäre, wenn diese ‚klar und bestimmt‘ wäre“.

Diese Auffassung steht nicht nur in klarem Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der die Grenzen der nationalen Auslegungskultur immer wieder hervorhebt⁴⁴⁶. Sie übersieht vor allem, dass die

Verträge der Gemeinschaft keine Ermächtigung zur Modifikation der innerstaatlichen Kompetenzordnung vorsehen.

Der sprachtheoretische Einwand bestreitet die Eignung des Wortlauts als Grenzziehungskriterium. Wörter finden danach ihre Bedeutung nur in einem bestimmten Kontext und können außerhalb dieses Kontextes nicht als Grenze wirken. Der Einwand greift aber nur, wenn man die Wortlautgrenze mit der Konkretisierungsleistung allein der grammatischen Auslegung gleichsetzt. Diese Gleichsetzung wird in der traditionellen Methodenlehre immer noch vorgenommen und hat ihren Weg auch in die Literatur zum Gemeinschaftsrecht gefunden. In der Praxis macht diese positivistische Verkürzung die Annahme einer Wortlautgrenze jedoch unmöglich, denn zur grammatischen Auslegung findet man in Wörterbüchern stets nur Verwendungsbeispiele eines Wortes, nie jedoch eine Angabe von Grenzen. Eine derartige Reduktion der Auslegungsgrenze auf die grammatische Konkretisierungsleistung hat der EuGH denn auch niemals vorgenommen. Das Gericht sieht diese Grenze erst dann als verletzt an, wenn der Spielraum der nationalen Auslegungskultur überschritten ist. Eine solche Grenze der Auslegung ist in der Tat möglich. Denn man kann einem Normtext nicht jede beliebige Lesart zuordnen. Manche Lesarten verletzen die in der Zunft anerkannten Regeln der Kunst. Erst die umfassend konkretisierte Rechtsnorm bildet also eine Grenze der Auslegung.

Ein weiteres Problem liegt in der Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle der nationalen Auslegung darstellt, oder ob sie in die nationalen Canones nur einfließt'. So wirke etwa auf die grammatische Auslegung die richtlinienkonforme Auslegung dadurch ein, dass sie einen gemeinschaftsbezogenen Sprachgebrauch ins Spiel bringe. Die unklare Vorstellung eines ‚Einfließens‘ ist allerdings zu vermeiden. Gerade wenn die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle für die nationale Auslegung darstellen soll, kann sie in die nationalen Auslegungsvorgänge nicht schon ‚einfließen‘.

Insgesamt wird man die verfassungskonforme und die richtlinienkonforme Auslegung zwar nicht als Zwillinge begreifen können. Aber sie haben jedenfalls eine strukturelle Verwandtschaft: Es gibt zu einem Normtext mindestens zwei Lesarten, wovon eine mit der höherrangigen Rechtsquelle im Einklang steht und die andere(n) nicht. Der Auslegungsgrundsatz fordert, dann die konforme Lesart auszuwählen, solange die voll konkretisierte Rechtsnorm dies zulässt.

JM I, Rn. 1, 428b

Konkretisierungselemente, rechtspolitische

Den Juristen ist es geläufig, neben dem Wortlaut der anzuwendenden Vorschrift (und - meist unreflektiert - dem Sachgehalt ihres Normbereichs), neben anderen Normtexten, die systematisierend mit ihm verglichen und verarbeitet werden, außer Texten von Materialien und rechtsgeschichtlich feststellbaren Normvorbildern bei der Lösung jedes Falls von einiger Schwierigkeit auch die Aussagen einschlägiger Rechtsprechung, der Lehrbuch-, Kommentar- und monographischen Literatur als praktisch unentbehrliche „Quellen“ heranzuziehen. Dass und inwiefern dieses Vorgehen sachlich in der Struktur von Normativität und Konkretisierung begründet ist, wurde hier schon erörtert. Die dogmatischen (und ferner die rechts- und verfassungstheoretischen) Texte sind in der üblichen Terminologie nicht Rechtsquellen, sondern Rechtserkenntnisquellen. Auch sie sind sprachlich formuliert. Daher sind auch sie - nach Maßgabe von Fall und Normtext - ihrerseits der Interpretation, allen Möglichkeiten sprachlicher Auslegung bedürftig und zugänglich. Auch Sätze der Theorie und Dogmatik, mögen sie in rechtswissenschaftlichen Schriften oder in Rechtsprechung enthalten sein, sind wie zumeist die Sprachfassungen von Gesetzen „generell“ und „abstrakt“. Das insofern, als sie die sachliche Eigenart des Rechtsfalls, der ihr Herbeiziehen zur Konkretisierungsarbeit veranlassen wird, und die der angesichts dieses Falls zu erarbeitenden Rechts- und Entscheidungsnorm nach aller Erfahrung nicht vorwegnehmen können. Aussagen von Dogmatik und Theorie wie übrigens auch die lösungstechnischer und rechts- bzw. verfassungspolitischer Art (die ebenfalls sprachlich ausgedrückt werden müssen) teilen damit das Schicksal von Normprogramm, Normbereich und Normtext, von Gesetzesmaterialien, historischen Normvorbildern und das des zu lösenden Falls: nicht ohne weitere Bearbeitung fertig und anwendbar zur Verfügung zu stehen. Es ist das Schicksal sämtlicher Elemente juristischer Konkretisierung. Warum das sachnotwendig so ist - die „Sache“ von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft ist die ständige Arbeit an der Gewährleistung, Verwirklichung und Fortentwicklung rechtlicher Ordnung

des menschlichen Zusammenlebens -, hat sich als durch die hier durchgeführte Strukturanalyse von Normativität begründbar herausgestellt.

Die Strukturierende Rechtslehre versteht „Dogmatik“ im technischen Sinn der Rechtswissenschaft; dabei aber nicht mit jenem Unterton von „doktrinär“, der sich dem Begriff juristischer Dogmatik nicht selten zugesellt. So gesehen, also gemessen an der Subjektivität von Meinungen, die aus (rechts-)politischen Gründen durchgesetzt werden sollen, ist strukturierende Dogmatik eher undogmatisch. Noch vor dem Inhalt einzelner Standpunkte geht es ihr um die Wissenschaftlichkeit der Aussagen; darum, dass Begriffe und Argumentationen überprüfbar sind, verallgemeinert werden können, dass sie rechtsstaatliche Praxis stabilisieren helfen. Gewiss führt auch ein in diesem Sinn juristisch-dogmatisches Vorgehen zu bestimmten Positionen. Das folgt schon aus der Inhaltlichkeit des positiven Rechts, um dessentwillen Dogmatik erarbeitet wird. Doch bildet die Art des Entwickelns dogmatischer Sätze eine rechtsstaatlich eigens geforderte und auch demokratisch unverzichtbare Schicht rationaler Rechtsarbeit.

Die Ergebnisse der Dogmatik versuchen somit, neben anderen Konkretisierungsfaktoren die Vorgänge des Verwirklichens von Recht zu steuern. Gegenüber den Rechtsvorschriften, deren Normativität sie thematisch darzustellen versuchen, haben sie eine dienende Funktion. Dogmatiker neigen aber dazu, die Aussagen des positiven Rechts mit energischem Zugriff festzuschreiben, um welcher Ziele und Strategien willen auch immer. Um so klarer soll hier auf die strukturierende, sich dabei den anderen Konkretisierungselementen einfügende Rolle dogmatischer Sätze hingewiesen werden.

Strukturierende Dogmatik gliedert inhaltliche Aussagen über das positive Recht und die Ergebnisse seiner Konkretisierung nicht auf beliebige Art. In der allgemeinen Tendenz, durch reflektiertere Dogmatik Praxis und Rechtslehre wissenschaftlicher zu machen, stimmt sie mit dem klassischen Gesetzespositivismus überein. Für diesen kam es aber auf „die Aufstellung eines wissenschaftlichen Systems“ an, „in welchem sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwicklung eines einheitlichen Grundgedankens darstellen“; die „wissenschaftliche Selbständigkeit“ der Jurisprudenz sollte sich in deren Eigenschaft erweisen, „die Grundlage sicherer juristischer Deduktion“ abzugeben. Den Meistern des Rechtspositivismus ging es darum, „den Dilettantismus zu bekämpfen“, der „mit einer gedankenlosen Zusammenstellung von Gesetzen und Gesetzgebungsmaterialien sich begnügte“ und auf der anderen Seite „banale Erörterungen der Tagespolitik, oberflächliche Zweckmäßigkeitserwägungen und aus dem Zusammenhang gerissene historische Notizen“ als rechtswissenschaftliche Untersuchungen ausgegeben habe. Positivistische Dogmatik sollte in rationale Begriffe fassen, einheitlich systematisieren, die Antworten auf Fragen des geltenden Rechts verallgemeinerungsfähig konstruieren. Sie blieb dabei aber im Rahmen des positivistischen Normmodells, erfasste also nur Sprachdaten. Realdaten blieben programmatisch ausgespart. Sie waren ihr nur in der unwissenschaftlichen Gestalt von „historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen“ vorstellbar und in dieser Form verständlicherweise „für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang“. Die Konstruktion von Rechtsinstituten, das Verallgemeinern von Rechtsnormen auf arbeitsfähige generelle, eben auf dogmatische Terme erschienen „als die gewissenhafte und vollständige Feststellung des positiven Rechtsstoffes und die logische Beherrschung desselben durch Begriffe“. Abgesehen von erheblichen historischen Enttäuschungen in bezug auf Vollständigkeit und Logik, ist das ein nach wie vor überzeugendes Dogmatikprogramm. Das dort übersehene Problem liegt allerdings bereits darin, was denn unter dem „positiven Rechtsstoff“ verstanden werden soll. Der Positivismus fasst darunter nur Sprachdaten, weil er Rechtsnormen mit ihren Normtexten zu verwechseln pflegt. Geschieht das nicht, dann bilden Sprachdaten und Realdaten den Rechtsstoff, den es zu strukturieren gilt. Auch wo innerhalb des Positivismus die Notwendigkeit eines Einbezugs von Realdaten erkannt wurde, erfolgte dies - wie bis heute üblich - allein durch unklare rechtspolitische Appelle.

„Strukturierend“ heißt hier dagegen die Dogmatik, welche das Modell der Normstruktur in das Formulieren dogmatischer Aussagen einblendet; die nicht pauschal „die“ Wirklichkeit berücksichtigt, sondern den Normbereich der behandelten Vorschriften (im Unterschied zu deren Sach- beziehungsweise Fallbereich) kontrolliert verarbeitet.

Verfassungspolitische Elemente der Konkretisierung wurden schon genannt. Die Frage nach den Konsequenzen bestimmter Lösungsvarianten, nach den praktischen Auswirkungen etwa auch auf die Normbereiche anderer, am Fall nicht unmittelbar beteiligter Vorschriften und Felder der Verfassung, der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und die Teile des juristischen Vorverständnisses, die den Interpre-

ten regelmäßig davon ausgehen lassen, der (Verfassungs-)Gesetzgeber habe mit seinen Vorschriften prinzipiell zweckmäßige oder zumindest vertretbare Entscheidungen gesetzt - in all diesen Richtungen macht sich die Eigenart rechts- und verfassungspolitischen Argumentierens geltend. Verfassungspolitischer Denkstil meint das Abwägen von erwarteten Folgen, das wertende Bedenken von Wirkungen. Dagegen vermag solches Raisonement Einzelheiten methodischer Verfahrensweisen nicht anzugeben. Das hat hier dazu veranlasst, den „Maßstab integrierender Wirkung“ und den Maßstab der „normativen Kraft der Verfassung“ als eher verfassungspolitisch zu bezeichnen. Noch stärker von verfassungspolitisch, und das heißt auch: über die Normen geltenden Rechts hinweggehender Art sind die Vorstellungen aus dem Umkreis von „Weiteordnung“, „Wertsystem“, „Güterabwägung“ oder „Wertabwägung“. Mit ihrer Ablehnung wird nicht schlechthin gegen die Berechtigung verfassungspolitischer Elemente und ihres Einführens in den Vorgang der Konkretisierung Stellung genommen; sondern dagegen, sie - wie vor allem bei der Güter- und Wertabwägung - als methodische Verfahren der Normkonkretisierung auszugeben und sie an die Stelle einer nach optimaler Rationalität strebenden Tatbestandsabgrenzung, Interpretation und einer sich methodisch ausweisenden Rechtsarbeit zu setzen. Damit ist die Grenze ihrer legitimen Verwendbarkeit bei der Bildung und Umsetzung positiven Verfassungsrechts bezeichnet, nicht aber ihre Wirksamkeit verneint. Verfassungspolitische Gedanken liefern wertvolle inhaltliche Gesichtspunkte zum fallbezogenen Produzieren und zur praktischen Umsetzung von Verfassungsnormen. Die von ihnen beigebrachten Aspekte dürfen aber nur zu Vergleichs-, Abgrenzungs- und Klarstellungszwecken eingeführt, nicht dagegen als quasi-normativ unter-schoben werden. Sonst wären die sichernden Differenzierungen rationaler Methodik letztlich doch vom subjektiven verfassungspolitischen Abwägen unterlaufen; sonst wäre die Richtung weg von der normtextorientierten und hin auf eine politische, „zukunftsorientierte“ Arbeitsweise im Sinn einer „geschichtsteleologischen Methode“ eingeschlagen. Werden die verfassungspolitischen Elemente dagegen ehrlich als solche bezeichnet und damit in ihrer eingeschränkten Rolle fixiert, so können sie gerade in solcher Abgrenzung zur Diskussion des Konkretisierungsvorgangs in einem bestimmten Fall und der in seinem Rahmen ins Spiel gebrachten inhaltlichen Gesichtspunkte beitragen.

Die Bearbeitung von Verfassungsrecht bietet in einem gewissen Sinn immer nur Momentaufnahmen. Der Verfassungszustand ist weder politisch und sozial noch rechtlich je voll gesichert. Zudem sind die Vorschriften des geltenden Verfassungsrechts selbst durch Machtwort und Mehrheitsentscheidung, Kompromissbildung und Modifizierung aus miteinander konkurrierenden politischen Wertungen entstanden. Gleichwohl hat der Akt ihres amtlichen Vertextens im Umfang der Abfassung des Normtextes und mit dem Vorbehalt einer Verfassungsänderung weiteres verfassungspolitisches Rasonieren insoweit abgeschnitten. Verfassungsrechtliche Arbeit ist von verfassungspolitischen Gesichtspunkten durchtränkt. Dadurch dürfen aber weder die Verbindlichkeit von Verfassungsrecht dort, wo mit dem Mittel von Normtexten vorentschieden wurde, noch die rechtsstaatlich geforderte Rationalität und Objektivität, soweit sie der Rechtswissenschaft überhaupt möglich sind, in Frage gestellt werden. Nach dem Gesagten ist deutlich, dass zur Rationalisierung verfassungspolitischer Inhalte und Tendenzen im (normativ stets eingeschränkten und gebundenen) Rahmen der Verfassungskonkretisierung und vor allem de constitutione ferenda auch die empirische Untersuchung verfassungsrechtlicher Normbereiche erheblich beitragen kann.

Wo dagegen die Möglichkeiten (verfassungs-)juristischer Methodik und damit die der von ihr erfassbaren Normativität in die Rolle sekundärer Rechtfertigung solcher Ergebnisse gedrängt werden, die der verfassungspolitischen Abwägung und „Interessenberechnung“ entstammen sollen, wird den im Ausgang von Normtexten entwickelten Normen konkret bestimmende, ordnende und regelnde Kraft nicht zugetraut. Neben dem dort nicht klar genug zurückgewiesenen Verfahren augenzwinkernder Routine und Verschleierungstechnik ist das methodisch rationalisierte, normtextorientiert ehrliche Arbeiten in allen Bereichen der alltäglichen Rechtsarbeit doch auch als wirkliche Praxis anzutreffen. Oft trifft es zu, dass die „offenen“ Urteilsgründe nur sekundäre, von der entscheidenden Stelle nachträglich gewählte dogmatische Konstruktionen zur Rechtfertigung eines auf andre Art erreichten Ergebnisses darstellen, während die „verdeckten“ Entscheidungsgründe die Gesamtrichtung des intuitiv angeblich richtig erfassten Ergebnisses, also die rechtspolitische Entscheidung enthalten. Doch funktionell und strukturell (statistisch sind Fragen solcher Art kaum zu beantworten) ist es umgekehrt bei komplizierter Rechtslage, bei mangelnder Evidenz der Interessenbewertung häufig und in der komplexen Materie des Verfassungsrechts in der Mehrzahl der Fälle nicht möglich, „intuitiv“ und „spontan“ das in diesem Sinn rechtspolitisch richtige, das „gerechte“ Ergebnis zu ahnen, zu erraten oder zu entwerfen. In die-

sen der verfassungsrechtlichen Praxis geläufigen Fällen wird die Lösung nicht selten auch anhand tastender juristischer Überlegungen mit Normtexten, Textinterpretationen, dogmatischen Figuren, theoretischen Inhalten, empirischen Elementen der betroffenen Normbereiche, mit lösungstechnischen Hilfsgesichtspunkten, allgemeinen Rechtsgedanken des fraglichen Normenkomplexes und nicht zuletzt auch mit Folgeberechnungen und Zweckmäßigkeitserwägungen verfassungspolitischer Art Schritt für Schritt in Ansatz, Korrektur, Modifizierung und Neuansatz der methodischen Bemühung redlich gesucht. Hier sind die normtextorientierten Erwägungen eben nicht nur nachträglich legitimierende, sekundäre Vehikel einer die angeblich vernunftrechtlich gefundenen Gründe bloß verschleiern- den Dezisionstechnik. Die von jener Sicht unternommene Beschreibung der Allgegenwart und vor allem der durchweg primären Rolle verfassungspolitischer Abwägung geht in diesem Umfang bereits an der wirklichen Lage praktischer Verfassungskonkretisierung vorbei.

Aus demokratischen und aus rechtsstaatlichen Gründen darf juristische Methodik bei rechts- bzw. verfassungspolitischen Rechtfertigungspraktiken nicht stehen bleiben. Sie umfasst die Strukturuntersuchung täglicher Konkretisierungsvorgänge und tatsächlicher Konkretisierungsaufgaben. Methodik ist nicht normativ, hat aber geltende Verfassungsvorschriften vor allem rechtsstaatlicher Art (Tatbestandsbestimmtheit, Norm- und Textklarheit der Verfassung, Rationalität und Kontrollierbarkeit juristischen Arbeitens, und andere) zu beachten. Methodik im hier vorgeschlagenen Sinn will ferner die übliche Beschränkung des Untersuchungsfelds auf die (Verfassungs-)Rechtsprechung nicht mitvollziehen. Sie analysiert und entwirft die für alle Funktionen rechtswissenschaftlicher Arbeit im Grundsatz gemeinsame Struktur des Konkretisierungsvorgangs (einschließlich der auslegend, dogmatisch und theoretisch fragenden Wissenschaft), soweit Rechtsarbeit normtextorientiert vorgeht. Weder die Lehre noch die Praxis können sich von den Aufgaben her, die ihnen eine demokratisch-rechtsstaatliche Verfassung verbindlich vorgibt, auf ein „primär“ (verfassungs-)politisches Selbstverständnis einlassen. Das heißt nicht, der naiven Vorstellung von allerorten ausbrechender methodischer Reflexion und vollständiger Methodenredlichkeit anzuhängen. Es heißt auch nicht, die demokratischen und rechtsstaatlichen Elemente der Verfassung und der Rechtsordnung für das Ganze zu nehmen. Dieses Ganze geht über Rechtsstaat und Demokratie materiell hinaus. Es kennt auch wichtige Diskussions-, Rationalisierungs- und Kontrollmöglichkeiten nicht-normativer, nicht-judizieller, rein pragmatischer und politischer Art. Doch ändern all diese Einsichten nichts an dem Zweck einer juristischen Methodik: das der Jurisprudenz überhaupt erreichbare Maß an redlicher Methodenklarheit und Kommunikation fördernder Rationalität als Strukturmodell wie auch als praktisches Ablaufmodell auszuarbeiten.

JM I, Rn. 400 ff., 425 ff.

Konkretisierungselemente, systematische

Systematische Konkretisierung umfasst in aller Regel neben dem argumentatorisch dargestellten Kontext der Wortlaute zugleich den Zusammenhang der sachlichen Strukturen der normativ relevanten Ausschnitte der Regelungsbereiche. Dieser ist durch Analyse der Normbereiche der systematisch miteinander verbundenen Vorschriften zu erhellen. Das kompliziert das systematische Verfahren. Es zwingt aber auch dazu, in seinem Rahmen stärker als bei vorgeblich bloßer Textentfaltung von postulierenden zu faktisch belegbaren Schlüssen überzugehen. Für systematische Grundrechtsauslegung im besonderen stellt sich die Aufgabe, das grundrechtliche Normprogramm nicht etwa aus den Normbereichen und Normprogrammen unterverfassungsrechtlicher Vorschriften unmittelbar aufzufüllen. Diese sind vielmehr ihrerseits an Normprogramm und Normbereich der Grundrechte zu messen und im Konfliktfall zu korrigieren. Die Grundrechte sind in besonders hohem Grad in ihren Normbereichen abgestützt. Sie bedürfen wegen ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit (Art. 1 Abs. 3 GG) sachlicher Maßstäbe, die aus ihrer eigenen Bereichsdogmatik einsichtig gemacht werden können, ohne von Gnaden der einfachen Gesetze zu leben. Das Einbeziehen grundrechtlicher und sonstiger verfassungsrechtlicher Normbereichselemente kann insoweit eine Entwicklung hindern helfen, die als „gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung“ bezeichnet wird.

Vom methodischen Verfahren her gesehen, enthält systematische Interpretation zwei bisher nicht unterschiedene Möglichkeiten. In der ersten Gruppe von Fällen wird ein Normtext B herangezogen, um Gesichtspunkte für eine Konkretisierung der Norm A beizutragen. Dabei ist auch der Normtext von B zu interpretieren und B insgesamt zu konkretisieren. Es ergibt sich schließlich, dass A in der Tat den

Fall regiert, nicht aber B. Das Heranziehen von B hat geholfen, A für den vorliegenden Rechtsfall zu formulieren und damit dem Normtext von A eine neu gebildete Rechtsnorm zurechenbar zu machen.

Auch bei der zweiten Fallgruppe wird B zunächst zu dem Zweck herangezogen, die Konkretisierung von A zu fördern. Dabei zeigt sich jedoch, dass nicht nur A, sondern auch B den Rechtsfall regiert. Hier umschließt die regelnde Funktion von B für die Entscheidung des Falls die der ersten Fallgruppe und geht gleichzeitig über sie hinaus. Auch diese Variante wird herkömmlich zu systematischer Interpretation gerechnet. Dagegen ist nichts einzuwenden, soweit die verschiedenartigen Funktionen der systematisch herbeigezogenen Vorschrift(en) und ferner die beim systematischen Heranziehen entstehende Notwendigkeit reflektiert werden, die ins Spiel zu bringende(n) Norm(en) ihrerseits nicht nur unter systematischen, sondern unter allen geläufigen methodischen Aspekten zu konkretisieren. Selbst dort, wo bei Konkretisierung der Norm A das Verfahren systematischer Auslegung von A „rein“ durchführbar sein sollte - was meist nicht der Fall sein wird -, wären die übrigen Konkretisierungsmomente zumindest in bezug auf die zur Klärung der Wirkung von A herangezogenen Normtexte B, C usw. aktuell, da B, C usw. damit gleichfalls für den anstehenden Rechtsfall konkretisierungsbedürftig und insofern (zumindest indirekt) „einschlägig“ werden.

Das Gesagte umfasst die üblichen Fälle der normtextexternen (im Sinn von: tatbestandsexternen) Systematik; also dann, wenn zu dem / den einschlägigen Normtext(en) noch andere vergleichend herangezogen werden. Nach der Reichweite der einbezogenen Texte lässt sich von dieser aber noch die tatbestandsinterne unterscheiden. Diese Art der systematischen Argumentation bleibt im Rahmen der einschlägigen Vorschrift selbst, also des unmittelbar zu konkretisierenden Tatbestands. Hier werden von diesem umfasste Ausnahmen, Modifikationen, Varianten miteinander verglichen, um für den vorliegenden Fall genauer folgern zu können. Ein Beispiel dafür ist der systematisch einfach gelagerte Text von § 240 Abs. 1 StGB mit seinen ausdrücklichen Spielarten „Gewalt“ und „Drohung mit einem empfindlichen Übel“; und zwar als Beispiel für die Bestimmung dessen, wie mit „Gewalt“ umzugehen ist.

Häufig laufen sowohl systematische als auch teleologische Interpretation auf die Verbindung mehrerer, wenn nicht aller Konkretisierungselemente unter der Bezeichnung „systematisch“ bzw. „teleologisch“ hinaus.. Wegen ihrer Gebundenheit an nicht heute gültige Texte (frühere vergleichbare Regelungen bzw. alle gesetzgeberischen Materialien) sind somit nur der historische und der genetische Aspekt von den übrigen deutlich unterscheidbar; auch sie sind der Sache nach mit ihnen durchgängig verflochten. Ferner ist nicht zu vergessen, dass auch die Texte nicht mehr geltender vergleichbarer Vorschriften wie auch die der legislatorischen Materialien interpretiert werden müssen; und zwar trotz ihres nicht-legislativen Charakters grundsätzlich mit denselben Mitteln wie Normtexte. Noch genauer genommen, sind die historische und die genetische Auslegung Unterfälle der systematischen. Nur entstammen die von ihnen beigetragenen Gesichtspunkte nicht anderen Vorschriften des geltenden Rechts (wie sonst bei systematischer Interpretation), sondern - ermittelt mit Hilfe von Rechtsgeschichte und historischer Rechtsvergleichung - früheren einheimischen oder ausländischen Normtexten, Nicht-Normtexten in Gestalt von Entscheidungen, Definitionen und Lehrsätzen über jene früheren Rechtssätze und schließlich Nicht-Normtexten in Gestalt von Gesetzesmaterialien.

Herkömmliche „systematische“ Regeln wie die, Ausnahmenvorschriften seien „eng auszulegen“, wie Analogie oder *argumentum e contrario* gehören sachlich in den Umkreis der auf die dargelegte Art miteinander verflochtenen grammatischen, historischen, genetischen und systematischen Interpretationsweisen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Voraussetzungen solcher Regeln, z. B. das Zwischenergebnis, es liege eine „Ausnahmenvorschrift“ vor, ihrerseits stets das Ergebnis von Interpretation und Konkretisierung sein werden und ohne die differenzierende Beachtung der Normstruktur nicht auskommen³¹⁰. Die Argumentation mit Regel und Ausnahme kann nicht als „Auslegungsgrundsatz“ isoliert werden. Sonst bliebe die entscheidende materielle Frage offen, welche Normbestandteile im Einzelfall „eng“ auszulegen und welche andren auf welche andre Art und Weise zu konkretisieren seien. Die Frage, ob es sich überhaupt um eine Ausnahmenvorschrift handle, setzt bereits eine mit allen verfügbaren Konkretisierungselementen erarbeitete Vorklärung darüber voraus, welche normative Wirkung die Rechtsnorm als „Ausnahmenvorschrift“ kennzeichnen solle. Zu eigenen begrenzten „Methoden“ stilisiert, verführen Gesichtspunkte dieses Typs zu formalistischen Zirkelschlüssen, von denen die Sachaspekte der Rechtsentscheidung verdeckt werden. In den ihnen zukommenden Rahmen der systematischen Interpretation gestellt (so wie die „teleologischen“ Aspekte in den Rahmen

aller andren Konkretisierungselemente zu stellen sind), können solche Gesichtspunkte für den Einzelfall zusätzliche, methodisch dann nicht mehr verschleierte Lösungsbeiträge erbringen.

Die Analogie hält sich, falls sie sich nicht durch begründbaren Umkehrschluss als unzulässig erweist, im Rahmen der erlaubten normalen Konkretisierungsarbeit. Ihre starke Betonung als eigenständige Figur besonders im Zivilrecht hat wissenschaftsgeschichtliche Ursachen. Bei der sogenannten Gesetzesanalogie sind die analog erzeugten Rechts- und Entscheidungsnormen auf je einen Normtext methodisch rückführbar, bei der „Rechtsanalogie“ auf jeweils mehrere. Die analoges Vorgehen tragenden Argumente sind neben dem grammatischen vor allem die systematischen, daneben in der Regel normtextbezogen-dogmatische und rechtspolitische, in anderen Fällen auch historische oder genetische Aspekte.

Die Berechtigung der Kritik an Zirkelschlüssen liegt grundsätzlich darin, dass mit ihnen ein postulatorischer Aspekt in die Überlegung eingeführt wird; nicht etwa in ihrer (metaphorisch umschriebenen) Argumentationsform. Mit dem „Zirkel“ (oder der „Ellipse“) muss im Geschäft der Normkonkretisierung wie allgemein in dem der Interpretation bekanntlich immer gearbeitet werden. Bei den sogenannten Zirkelschlüssen liegt ein inhaltlicher Mangel vor. Ist er behoben, so zeigt sich, dass die Formalfigur des Zirkels selbst keinen Anlass für weitere Einwände bildet.

Ein Beispiel für einen Zirkelschluss bietet etwa folgende Annahme: „Die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung BVerfGE 6, 32 ff. ist unrichtig. Wäre sie zutreffend, so stünde der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG. Da dieser Vorbehalt jedoch dort nicht steht, kann die Auffassung des Elfes-Urteils zu Art. 2 Abs. 1 nicht richtig sein“. Sobald in diesem Beispiel inhaltlich begründet wäre, der Vorbehalt des Gesetzes könne in Art. 2 Abs. 1 GG nicht normiert sein, wäre der „Schluss“ zum Argument geworden und der Zirkel nicht mehr anstößig.

Die pseudo-normative Regel „Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen“ arbeitet demgegenüber mit zwei Unterstellungen: Die eine betrifft (wie die Unterstellung beim Zirkelschluss) den konkreten Fall und behauptet, es liege tatsächlich eine Ausnahme vor. Die andre liegt in der generellen Formulierung des Satzes selbst, die auf die normativen Vorgaben keine Rücksicht nehmen zu müssen meint. Entsprechendes gilt für den Satz „in dubio pro libertate“.

JM I, Rn. 365 ff.

Klarheitsregel

Häufig wird auch erwogen, vom Vorrang der klarsten Fassung auszugehen. Meist wird dabei der Grundsatz „in claris non fit interpretatio“ herangezogen. In der Literatur wird teilweise angenommen, dass der EuGH in seinen Entscheidungen der Klarheitsregel folgt. Tatsächlich gibt es vor allem in früheren Urteilen des EuGH immer wieder Wendungen, die diese Verständnisweise stützen könnten: „Aus dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich wegen der zwischen den verschiedenen sprachlichen Fassungen bestehenden Abweichungen keine klare und einheitliche Auslegung in der streitigen Frage gewinnen. Daher ist bei der Auslegung von der Zielsetzung und vom Gesamtsystem der Durchführungsbestimmung (...) auszugehen.“ Selbst noch in jüngerer Zeit finden sich beim EuGH Formulierungen wonach er feststellt, dass die grammatische Konkretisierung zu keinem „eindeutigen Hinweis“ führt, um anschließend zu argumentieren: „Ist eine Bestimmung mehrdeutig, so muss sie nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.“ Diese Formulierung legt den Umkehrschluss nahe, dass bei Klarheit der Regelung eine solche Auslegung ausgeschlossen wäre.

Tatsächlich ist die Unterstellung von Teilen der Literatur, dass der EuGH einer semantischen Klarheitsregel folge, auch nicht haltbar. Es gibt viele gegenteilige Äußerungen des Gerichtshofs, wo er sich schon früh gegen eine rein grammatische Auslegung wendet: „Es bleibt zu prüfen, ob dieses aus dem Wortlaut des Gesetzes sowie aus der Ratio legis gewonnene Ergebnis nicht zu anderen Zielen des Vertrages im Widerspruch steht, oder ob es nicht durch andere Erwägungen entkräftet werden kann.“ Auch sonst hält es der Gerichtshof für angebracht, vor „einer ins Einzelne gehenden Auslegung von Art. 60 Nr. 2 des Vertrages die Ziele zu prüfen, von denen sich die Hohe Behörde leiten lassen muss.“ Der EuGH hat immer wieder formuliert, dass man sich „nicht mit einer wörtlichen Auslegung

begnügen“ könne. In seiner jüngeren Judikatur macht das Gericht deutlich, dass immer dann vom „eindeutigen Wortlaut“ abgewichen werden könne, wenn „andere zwingende Gesichtspunkte für eine weite, über den Wortlaut der Bestimmung hinausgehende Auslegung“ vorliegen. In einer weiteren Entscheidung von 1988 kehrt der EuGH die Regel „in claris non fit interpretatio“ geradezu um, wenn er formuliert, es könne der Begriff Rindfleisch in einer Verordnung ausschließlich „unter Berücksichtigung seines gewöhnlichen Sinns“ interpretiert werden, weil aus dem entsprechenden Normtext „keine gegenteilige Absicht klar erkennbar wird.“ Insgesamt ist die grammatische Auslegung für den EuGH ein wichtiges Instrument, aber kein Universalschlüssel für alle Auslegungsprobleme: „Wie der Gerichtshof jedoch in seiner Rechtsprechung betont hat, ist bei der Auslegung einer Rechtsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden.“

Der EuGH hat im Ergebnis zu Recht den Satz "in claris non fit interpretatio" als semantische Regel nicht anerkannt. Ebenso hat er der vermeintlich "klareren" Fassung bei Auslegungsdivergenzen keinen Vorrang eingeräumt. Dies wurde beim Begriff der "öffentlichen Ordnung und Sicherheit" deutlich, der sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht vorkommt. Dabei lässt der EuGH die engere oder genauere Fassung bei Bedeutungsdivergenzen trotzdem zurücktreten, wenn sie der teleologischen Auslegung widerspricht. Es wird aus diesen Entscheidungen ersichtlich, dass der EuGH einen Vorrang der engeren oder präziseren Bedeutungsvariante nicht anerkennt. Dieses Vorgehen ist angemessen. Nicht nur aus den schon im Völkerrecht anerkannten Gründen, dass mit der Vorrang-Regel für vermeintliche Präzision eine eventuell beabsichtigte Mehrdeutigkeit unterlaufen würde; sondern vor allem deswegen, weil mit dieser Regel die Entscheidung des Art. 314 EG für die Gleichwertigkeit der Sprachen verletzt wäre.

Bedeutet nun die Ablehnung der Klarheitsregel, dass der EuGH über die Semantik des Textes hinausgehen will? Tatsächlich wird dies in der methodischen Literatur zum Teil so interpretiert: „Eine vom semantischen Sinngehalt abweichende Auslegung rechtlicher Anordnungen ist dennoch geboten, wenn andere Auslegungsmethoden einen damit nicht in Einklang zu bringenden Willen eines Rechtsetzers überzeugender dokumentieren.“ Diese Einschätzung beruht aber auf der verkürzten Sprachtheorie der Juristen. Die grammatische Auslegung kann nicht mit der Bedeutung eines Normtextes gleich gesetzt werden. Die Bedeutung eines Normtextes ergibt sich erst nach umfassender Heranziehung aller Konkretisierungselemente und nicht schon bei der isolierten Anwendung des grammatischen. Deswegen geht es hier nicht darum, die Semantik des Textes zu überschreiten, sondern darum, die Semantik des Textes überhaupt erst sinnvoll zu diskutieren. Die Ablehnung der Klarheitsregel zeigt aber, dass der EuGH zu Recht Bedeutungsfragen pragmatisch angehen will.

JM II, S. 26, 28 f

Kommunikationsmodell

Der in den ursprünglichen Ansätzen der Topik angelegte Versuch, sich vom dinglich-ontologischen Verständnis der Sprache innerhalb der Jurisprudenz zu lösen, wird inzwischen in der neueren Rezeption der Kommunikationstheorie wieder in sein Gegenteil verkehrt. So soll ein Kommunikationsmodell dazu dienen, die von der Strukturierenden Rechtslehre ausgearbeitete Unterscheidung von Normtext und Rechtsnorm zurückzunehmen und die alte Vorstellung der Anwendung eines in den Texten schon vorgegebenen Rechts wiederzubeleben und zu rechtfertigen. Auf der Grundlage einer mehr unbefragt vorausgesetzten als theoretisch begründeten Bedeutungstheorie wird die Befürchtung geäußert, dass die Analyse der Argumentationsvorgänge in der Rechtsprechungspraxis die Bindungen richterlichen Handelns einer bloßen Bestätigung der tatsächlich schon geübten Verfahren opfere. Mit Hilfe der Kommunikationstheorie soll demgegenüber die Kompetenz des Gesetzgebers zur „Sinnggebung“ des Normtextes verteidigt werden.

In der neueren Debatte treten damit die schon oben angesprochenen sachlichen Grenzen des Kommunikationsmodells bei seiner Anwendung in der Rechtswissenschaft noch deutlicher hervor. Die Praxis des juristischen Sprachspiels ist wesentlich komplexer als das einfache Modell: Sender - Kommunikationsmedium - Empfänger. Vor allem ist die Sprache kein bloßes Medium, das die Gedanken des Senders passiv aufnimmt und dem Empfänger eine problemlose Decodierung ermöglicht. Wegen der nicht vertretbaren Unterschätzung des Eigengewichts der semantischen Praxis und wegen der

Reduktion von Sprache und Verstehen auf ein Repräsentationsmodell taugt die Kommunikationstheorie nicht als tragfähige Grundlage für die Strukturierung juristischer Textarbeit. Die Kommunikationstheorie erlaubt zwar eine prinzipielle Kritik des für die Jurisprudenz seit jeher kennzeichnenden dinglich-ontologischen Sprachverständnisses, indem sie Sprache immerhin in Funktion sieht und sie in ihrer Bedeutung von der Rolle her bestimmt, die sie in der Verständigung spielt. Aber das Verhältnis der Sprache zu ihrer Verwendung bleibt für die Kommunikationstheorie aufgrund jener Reduktionen ein nur äußerliches, die mit der sie anleitenden und sie tragenden Transportmetaphorik einhergehen. Sprachliche Ausdrücke und deren Bedeutungen bleiben für sie bloße Objekte, die in der Kommunikation lediglich technisch verwendet werden. Die Zwecke, zu denen diese Ausdrücke und Bedeutungen als Mittel eingesetzt werden, bleiben außerhalb der Sprache. Damit führt das Kommunikationsmodell aller pragmatisierenden Ausdrucksweise zum Trotz nicht wesentlich über die Einbeziehung funktionaler Gesichtspunkte hinaus, die auch schon ein aufgeklärter Strukturalismus zur differentiellen Bestimmung sprachlicher Bedeutung kennt. Die Kommunikationstheorie bleibt dem „Mythos des Objektivismus“ verhaftet, der weithin den Hauptstrom „westlicher“ Sprachphilosophie und Linguistik geprägt hat. Das anhaltende Interesse am Kommunikationsmodell mag sich aus seiner Nähe zu einer entsprechenden Alltagsmetaphorik des Sprechens über Sprache erklären. Die rührt aber eher von den Seditimentierungen und Traditionen jenes Mythos des Objektiven her, als dass sie für eine „Einsicht in das Arbeiten unserer Sprache“ etwas hergäbe. Vor allem aber teilt die Kommunikationstheorie mit ihrem technizistischen Instrumentalismus die Prämissen jenes schon von Wittgenstein nachhaltig als aporetisch kritisierten ‚Maschinenmodells‘ von Sprache; des Modells der sprachlich codierten Rechtsmaschine, das auch der positivistischen Verkürzung von Rechtsarbeit auf Rechtsanwendung und auf die entsprechend mechanische Erkenntnis eines vom Normtext als fixe Inhaltsgröße übermittelten Rechts zugrunde liegt. Der kritische Anstoß der Kommunikationstheorie gelangt also nicht über eine Reformulierung des herkömmlichen positivistischen Modells hinaus. Für eine neuartige Strukturierung praktischer Rechtsarbeit kommt die Kommunikationstheorie jedenfalls nicht in Frage. Für diese Neustrukturierung ist an erster Stelle realistisch die Möglichkeit zu verneinen, mittels sprachlicher Regeln die Referenz des Normtextes in der Weise festzulegen, dass vorentschieden ist, auf welche Fälle er „angewendet“ werden muss. Die in Normtexten verwendete Sprache kann keine dinglich-ontologische Beschreibung sozialer Beziehungen in der Weise geben, dass sie einer Klasse von Gegenständen Namen zuordnet. Im Anschluss an die Wendung Wittgensteins zum Sprachspiel wurde die Namens- theorie der Bedeutung von der Strukturierenden Rechtslehre verabschiedet und damit die Aufgabe gestellt, stattdessen die Art des Sprachspiels zu durchschauen, das in der fraglichen Situation gespielt wird: Es geht nun nicht länger um das Wort als Namen, den der Gesetzgeber den Dingen gegeben hat, sondern um das Wort als Moment einer konkreten Gebrauchsweise. Der Bezug von Sprache und Welt, also die Referenz der Zeichen, ist keine Frage, die mittels einer Namensgebung durch ein privilegiertes Subjekt entschieden werden könnte. Es handelt sich vielmehr bei der Namensgebung um ein praktisches Verhältnis, das nicht nur die Kommunikationsgeschichte, sondern auch das Ganze des betreffenden Sprachspiels in den Blick bringt.

Bei dieser Sachlage wird es einsichtig, dass über den Positivismus hinausgehende Ansätze einer neuen (verfassungs-)juristischen Methodik aus dem Anschauungsmaterial von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zu gewinnen sind.

JM I, Rn. 205, 208

Kompetenzkompetenz

Die Rechtsordnung ist ein Sprachspiel unter anderen, aber eben das einzige mit angehäufter allgemeiner Gewalt versehene, das Sprachspiel des Staates. Alles, was an dessen Institutionen nicht verdinglichte oder direkte Gewalt ist, ist Sprache, mündlicher oder schriftlicher Text; und nicht zuletzt seine als „Recht“ bezeichneten Handlungsformen. Anders gesagt: die einzige Möglichkeit, die im Staat angehäufter Gewalt zu disziplinieren, einzugrenzen, zu teilen und zu kultivieren, besteht in Sprache. Sie liegt in der Textualität des gewaltgestützten Rechts und in den in dieser anfallenden Komplikationen, Brechungen, Faltungen und sprachvermittelten Selbstbindungen. Gewaltenteilung ist vor allem eine Text-Teilung (für die Institutionen nebeneinander und die Instanzen übereinander), eine Text-Verteilung (für die Auffächerung der Kompetenzen) und eine Text-Kontrolle (das System der checks and balances). Die Gewaltenteilung als Textteilung, auf symbolischer Ebene verankert, ist eine Auftei-

lung der Gewaltbefugnis, unter den und den Voraussetzungen Texte der und der Art mit den und den Wirkungen bzw. Relationen zu anderen Texten zu produzieren. Gewaltenteilung als Teilung, Verteilung und Kontrolle der Textkompetenzen ist eine der wesentlichsten Eigenschaften rechtsstaatlicher Textstruktur.

Der Richter hat im Rechtsstaat keine Kompetenzkompetenz, sondern eine umgrenzte Ermächtigung. Der Begriff „Kompetenzkompetenz“ kommt aus der obrigkeitsstaatlichen Tradition. Er bedeutet, dass der Staat die unbeschränkte Kompetenz hat, sich selber Kompetenzen zu verschaffen. Auf den Richter unter dem Grundgesetz passt diese überlieferte Vorstellung nicht. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der in Artikel 97 GG angeordneten Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, dass seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muss der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muss er sich mit den Interpretationen der Prozessbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden. Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert dieses aus Artikel 103 GG abzuleitende Recht folgendermaßen: „Art. 103 Abs. 1 GG gibt den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem für die jeweilige gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern, und verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei kann es in besonderen Fällen geboten sein, die Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vertrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Allerdings ist zu beachten, dass das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung verpflichtet ist. Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, müssen daher die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und ihren Vortrag darauf einstellen“.

Eine Entscheidung, solange sie eine Rechtsentscheidung und keine bloße Gewalt sein will, muss dem Betroffenen Einfluss auf die Sprache geben, die in der Entscheidung an die Stelle seiner eigenen tritt. Wenn dagegen diese Sprache schon vorher feststeht, haben wir kein Recht vor uns, sondern nur sprachlich verbrämte Gewaltausübung. Darin liegt die wichtige Rolle des Rechts auf Gehör.

JM I, Rn. 222

Konformauslegung, Begriff

Eine wichtige vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Methode ist die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung. Es handelt sich um eine strukturell der verfassungskonformen Auslegung vergleichbare Argumentform: der Normtext eröffnet verschiedene Interpretationsmöglichkeiten, von denen eine mit dem höherrangigen Gemeinschaftsrecht im Einklang steht, während eine oder mehrere andere dazu in Widerspruch stehen. Teilweise wird der Begriff der gemeinschafts- oder „vertragskonformen“ Auslegung aber noch weiter gefasst. Er enthalte im Hinblick auf die Kohärenz der Verträge das Gebot, Bestimmungen so auszulegen, dass unter ihnen keine Widersprüche entstehen. Dies wird vorliegend als Aufgabe der systematischen Argumentation gesehen. Von Konformauslegung wird hier nur dann gesprochen, wenn ein normkontrollierender Aspekt betroffen ist.

JM II; S. 118

Konformauslegung, umgekehrte

Die Literatur vertritt, ausgehend von der Behauptung, diese Vorgehensweise werde tatsächlich vom Gerichtshof praktiziert, die Auffassung, die Konformauslegung in beiden Richtungen trage der Wechselbeziehung von höherrangigem und ausgestaltetem Recht sowie der Prärogative des Gesetzgebers bei der konkretisierenden Ausfüllung offener Vertragsnormen Rechnung. Ebenso wenig jedoch, wie der Gerichtshof die sekundärrechtskonforme Interpretation von Vertragsrecht tatsächlich vornimmt, wäre diese Methode legitim.

Gegen eine umgekehrte Konformauslegung sprechen die gleichen Bedenken wie gegen eine gesetzeskonforme Verfassungsauslegung im nationalen Recht. Die Normenhierarchie des Gemeinschaftsrechts würde durch ein derartiges Vorgehen auf den Kopf gestellt. Ferner hat der Gerichtshof nach Art. 220 EG „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages“ zu sichern. Er kontrolliert mithin die Gemeinschaftsorgane bei der Rechtsetzung dahingehend, ob die von ihnen erlassenen Akte die Bestimmungen der „Gemeinschaftsverfassung“ einhalten. Diese ihm zugewiesene Aufgabe kann er jedoch nicht wirksam erfüllen, wenn er Primärrecht so lange interpretiert, bis (zu dessen Ausführung erlassenes) Sekundärrecht nicht gegen die Vertragsbestimmungen verstößt. Das würde im Ergebnis eine neue Kompetenz der Gemeinschaft schaffen. Ein weiteres normatives Argument, welches gegen die „gesetzeskonforme Verfassungsauslegung auf Gemeinschaftsebene“ spricht, ist Art. 234 Abs. 1 lit. a) und b) EG. Nach lit. a) entscheidet der Gerichtshof über die Auslegung des Vertrags, wobei "Vertrag" in diesem Sinn umfassend zu verstehen ist, nämlich als das gesamte Gemeinschaftsrecht. Gültigkeitsfragen können aber nur Sekundärrecht betreffen, für welches das Primärrecht Prüfungsmaßstab ist. Dürfte der Gerichtshof Primärrecht in Übereinstimmung mit Sekundärrecht auslegen, so würde damit eine Nichtigerklärung der abgeleiteten Rechtsvorschrift unterbleiben, welche der EuGH aber nach Art. 234 I lit. b), 230, 231, 233 EG vorzunehmen verpflichtet ist.

Somit ist festzuhalten, dass der EuGH zur Bestätigung einer unabhängig von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht gewonnenen Auslegung des Primärrechts sekundärrechtliche Bestimmungen anführt und anführen darf, dass er aber weder eine sekundärrechtskonforme Interpretation von Vertragsbestimmungen tatsächlich vornimmt noch sie vornehmen dürfte. Auch wenn einige Urteile für sprachliche Irritationen sorgen, verbleibt das Gericht, bei genauer Betrachtung, im Rahmen seiner normativen Vorgaben. Es korrigiert gerade nicht Primärrecht durch Sekundärrecht, sondern zieht dieses nur zur Bestätigung heran. Deutlich sagt der EuGH in der Rechtssache „Antonissen“: "Diese Auslegung des EWG-Vertrags entspricht im übrigen der Auffassung der rechtsetzenden Organe der Gemeinschaft, wie sie sich aus den Bestimmungen zur Durchführung der Freizügigkeit, insbesondere den Art. 1 und 5 der Verordnung (...) ergibt, die das Recht der Gemeinschaftsangehörigen, sich zur Stellensuche in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, und folglich auch das Aufenthaltsrecht dort voraussetzen.“ Es ist in der normalen Konkretisierungspraxis eben durchaus möglich, dass Sekundärrecht und Primärrecht gleich zu interpretieren sind.

JM II, S. 335 ff

Konformauslegung, Wortlautgrenze

In der Literatur wird zum Teil eine Begrenzung der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung durch die Methodik des nationalen Rechts abgelehnt. Wenn nötig, sei die Konformauslegung auch contra legem (des nationalen Gesetzes) durchzuführen. Zu Recht wird aber dagegen eingewandt, dass eine solche Auffassung an der teleologischen Auslegung von Art. 249 Abs. 3 EG scheitert: „Sofern nämlich eine richtlinienkonforme Auslegung auch gegen den Wortlaut und Sinn der nationalen Gesetze verpflichtend ist, besteht keine Veranlassung mehr, zur Erreichung des jeweiligen Richtlinienziels eine Umsetzung in positives nationales Recht vorzunehmen. Gerade diese wird durch Art. 249 Abs. 3 EG bezweckt.“ Auch die Stellungnahme des EuGH zur Frage einer horizontalen Drittwirkung von Richtlinien spricht eindeutig dagegen. Im Urteil in der Rechtssache „Strafverfahren gegen Luciano Arcaro“ lässt sich beobachten, dass der Gerichtshof in einem Fall, in dem das Endergebnis als Form von horizontaler Direktwirkung angesehen werden kann, es nicht einfach dem mitgliedstaatlichen Gericht überlässt, zu entscheiden, wie weit es mit der Auslegung nationalen Rechts im Licht der Richtlinie gehen möchte. Hier zeigt sich eine Auslegungsgrenze. Es handelt sich aber nicht um ein Gleichsetzen

der Wortlautgrenze mit der Konkretisierungsleistung der grammatischen Auslegung. Vielmehr ist dies offenbar eine Grenze, die durch die potenzielle Auswirkung der Interpretation gezogen wird. In seinem Schlussantrag zur Arcaro-Entscheidung führt der Generalanwalt aus, dass die fragliche Auslegungsmethode nicht in einer Art und Weise angewendet werden könne, durch die es zu einer eigentlichen Neuschreibung der nationalen Vorschrift kommen würde. Das wäre nämlich gleichbedeutend mit der Einführung einer Direktwirkung von Richtlinienvorschriften 'durch die Hintertür'.

Eine Grenze findet die Methode der richtlinienkonformen Auslegung, wie die verfassungskonforme Auslegung im deutschen Recht, im umfassend ausgelegten Wortlaut des innerstaatlichen Gesetzes. Hier sind noch einmal das „Von Colson und Kamann“-Urteil und das „Harz“-Urteil zu erwähnen: Der nationale Richter hat vor allem das staatliche Recht, das zur Umsetzung der jeweiligen Richtlinie bestimmt ist, in Übereinstimmung mit den aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Verpflichtungen zu interpretieren und anzuwenden, und zwar unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt.

Die richtlinienkonforme Auslegung wird also durch die nationalen Auslegungsregeln begrenzt. Die Entscheidung darüber, was diese Regeln zulassen, liegt allein in der Kompetenz der nationalen Gerichte bzw. Rechtsanwender. Diese Beschränkung ist deshalb erforderlich, weil andernfalls die der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien gesetzten Grenzen fast beliebig unterlaufen werden könnten, lässt sich doch mit Hilfe der richtlinienkonformen Interpretation eine ähnliche Wirkung wie mit der Figur der unmittelbaren Wirkung erzielen. Es gilt also auch für die richtlinienkonforme Auslegung unter anderem die "Wortlautgrenze". Die richtlinienkonforme Auslegung wirkt folglich nicht unbeschränkt; sondern gerade dann, wenn sie sich zu Lasten eines Einzelnen auswirkt, muss sie rechtstaatlichen Anforderungen genügen. Mit Hilfe der richtlinienkonformen Interpretation können daher im nationalen Recht keine neuen Institute geschaffen werden. Desgleichen ist es ausgeschlossen, dass auf diesem Weg eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet oder auch nur erweitert wird.

JM II, S. 351 ff

Konflikt, methodologischer

Von Konflikten zwischen einzelnen Konkretisierungselementen ist nur dort zu sprechen, wo ein frontaler Gegensatz auftaucht; also nicht dort, wo z. B. das historische Element zwei oder mehrere Möglichkeiten offen lässt, von denen nur eine mit der grammatischen Auslegung vereinbar ist. Dann besteht nur in dieser einen partiellen Hinsicht ein Widerspruch, nicht zwischen „dem“ grammatischen und „dem“ historischen Auslegungsaspekt.

Ein Konflikt besteht ferner nur zwischen solchen Elementen, die im vorliegenden Fall und im gegenwärtigen Stadium des Konkretisierungsvorgangs tatsächlich ergiebig, aussagekräftig sind. Andernfalls ist das als nichtssagend erwiesene Element in der Folgezeit auszusparen. Keineswegs müssen - und das zeigt alle praktische Erfahrung - etwa sämtliche Konkretisierungsaspekte in jedem Fall herangezogen und aktualisiert werden können.

Kein *methodologischer* Konflikt ist gegeben, wo die Divergenz aufgrund einer Hierarchie der *Rechtsquellen* aufzulösen ist: Verfassungs- und Unterverfassungsrecht, Europarecht und nationales Recht. Die Fälle der verfassungs- und der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation gehören also nicht hierher.

Bei Konflikten zwischen verfassungspolitischen, lösungstechnischen Theorie-Elementen und zwischen dem nicht unmittelbar normtextbezogenen Teil der dogmatischen Argumente gibt es weder Vorrangstellungen noch Präferenzregeln. Diese Aspekte sind eben nur methodische Hilfsmittel ohne direkte Normtextorientierung. Innerhalb ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit sind fixierbare Stufen größerer oder geringerer Verpflichtungswirkung für die konkretisierende Stelle nicht unterscheidbar. Auch für sie gilt jedoch in gleicher Weise das rechtsstaatliche Gebot der Begründung und Darstellung auf *erstens* vollständige und *zweitens* rational kontrollierbare Art.

Die genannten Elemente können im Einzelfall danach abstufbar sein, welche Lösung sich „besser“, „richtiger“, „einleuchtender“, „eindeutiger“ oder „zweckmäßiger“ mit den Teilergebnissen der direkt normtextbezogenen Faktoren oder mit der Grenzfunktion der Normtexte vereinbaren lässt. Bei diesen

Auswahlvorgängen handelt es sich um Wertungen, deren normgelöster Charakter weder vermeidbar ist noch verschleiert werden darf. In der Begründung muss hervorgehoben und bezeichnet werden, welche Denk- und Auswahloperationen jeweils durch solche und vergleichbare Wertungen bestimmt sind.

Eine pragmatische Abstufung kann sich im Einzelfall zum Beispiel auch dadurch ergeben, dass alle Argumente außer einem einzigen sachlich in dieselbe Richtung weisen. Doch können auch solche unverbindlichen Auswahl- und Abstufungsgesichtspunkte weder methodisch fixiert noch quasi-normativ verallgemeinert werden.

Die unmittelbar normtextbezogenen Konkretisierungselemente (methodologische i. e. S., Normbereichs- und einzelne dogmatische Elemente) gehen den nicht direkt normtextbezogenen (ein Teil der dogmatischen, ferner lösungstechnische, verfassungspolitische und Theorie-Elemente) im Fall des Widerspruchs vor. Diese Vorzugsregel ist normativ. Sie folgt aus der durch die geltende (Verfassungs-) Rechtsordnung statuierten Verfassungs- und Rechtsgebundenheit staatlicher Funktionsausübung. In einem weiteren, weil nach geltendem Recht nicht praktisch sanktionierbaren Sinn gilt das auch für die Rechtswissenschaft, soweit sie normtextorientiert arbeitet.

Im Fall des Konflikts gehen die methodologischen und die Normbereichs-Elemente vor, insoweit durch sie belegt werden kann, dass die früher von Praxis und Wissenschaft gebildeten und durch die herangezogenen dogmatischen Aussagen tradierten Rechtsnormen die für den anstehenden Fall mit Hilfe desselben Normtextes zu konkretisierende Rechtsnorm nicht betreffen. Die Mühe der Konkretisierung muss dann ohne Hilfe früherer Normbildung neu ansetzen.

Die erste Stufe der Disziplinierung von Sachgehalten normativer Regelungsfelder bestand in der Auswahl der empirischen Gegebenheiten aus *Sachbereich* und *Fallbereich*, die ihrerseits orientiert am Sachverhalt und am herangezogenen Normtext gewonnen worden waren, zum *Normbereich*; das Normprogramm diente dabei als verbindlicher Maßstab.

Das vorausgesetzt, sind die Normbereichselemente für die positive Inhaltsbestimmung der zu entwickelnden Rechts- und Entscheidungsnorm den Elementen der Textinterpretation gleichrangig. Negativ, d. h. für die Bestimmung der Grenze zulässiger Ergebnisse, haben aus rechtsstaatlichen Gründen die am unmittelbarsten und ausschließlichen auf Normtexte bezogenen Interpretationselemente, also die grammatische und systematische Auslegung, Vorrang vor allen anderen, auch vor den Elementen des Normbereichs. Im Sinn der Abgrenzung und Begrenzung steuert das anknüpfend an den amtlichen Wortlaut gewonnene Normprogramm nicht nur den Vorgang der Auswahl von Gesichtspunkten aus dem allgemeinen Regelungsbereich der Vorschrift (Sachbereich) und aus dem Fallbereich zum Normbereich, sondern den gesamten Vorgang der Konkretisierung. Aus demselben Grund wird eine Kollision von Normbereichselementen mit den im Einzelfall das Normprogramm ergebenden Sprachdaten nicht aktuell. Es ist nicht etwa so, dass in Konflikten zwischen Konkretisierungsfaktoren jeweils die Realdaten „ihren“ Sprachdaten, das heißt jenen folgen würden, mit deren Hilfe sie aus dem Sachbereich ausgewählt und im Rahmen des Normbereichs zur Erstellung der Rechtsnorm herangezogen worden sind. Das Normprogramm in seiner verbindlichen Formulierung ist vielmehr bereits ein Gesamtergebnis aus den einschlägigen sprachlichen Konkretisierungselementen - sei es im Sinn der Konvergenz, sei es im Fall methodologischer Konflikte aufgrund von Präferenz. Diesem Gesamtergebnis als dem Maßstab für die Qualifizierung der Realdaten folgt dann inhaltlich der Normbereich. Die Auswahl der Realdaten zum Normbereich fügt sich der vorherigen Formulierung der Sprachdaten *insgesamt*, dem Normprogramm.

Wegen seiner demokratischen Erzeugung sowie der rechtsstaatlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebote ist der Normtext der im Konfliktsfall als Grenzbestimmung zulässiger Entscheidungsmöglichkeiten vorrangige Bezugspunkt der Konkretisierung. Der Wortlaut ist nicht das Gesetz, sondern als Eingangsdatum des Entscheidungsvorgangs eine Vorform des Gesetzes. Es ist jedoch der Wortlaut, im Ausgang von welchem - bei aller Unabgeschlossenheit sprachlicher Umsetzung - das als sachliche Direktive wie als normative Grenze verbindliche Normprogramm vom Juristen erarbeitet wird. Damit liegt im Zweifel das Schwergewicht bei den Interpretationselementen, die Normtexte (den Wortlaut der zu konkretisierenden Vorschrift wie auch die Wortlaute systematisch herangezogener Vorschriften) bearbeiten. Zurückzutreten haben die Faktoren der Auslegung, die sich auf Nicht-Normtexte beziehen (genetische und historische Auslegung; ferner die lösungstechnischen, dogmatischen, verfassungspo-

litischen und die Theorie-Elemente). Dieser Vorgang entstammt nicht rechtstheoretischen oder methodologischen Überlegungen, nicht philosophischen „Höherwertigkeiten“ oder geisteswissenschaftlichen Präferenzen. Weder gibt es solche Präferenzen mit dem für praktische Konkretisierung erforderlichen Grad von Bestimmtheit, noch wären sie auf Rechtswissenschaft und Rechtspraxis übertragbar. Der Vorrang folgt vielmehr aus den rechtsstaatlichen Geboten der Unverbrüchlichkeit der Verfassung, der Bindung an Gesetz und Recht, der Rigidität des Verfassungsrechts im Sinn seiner Normtextklarheit, ferner aus den Geboten der Normklarheit und Tatbestandsbestimmtheit, der Methodenklarheit, der Rechtssicherheit und der verfassungsrechtlich normierten Funktionsabgrenzungen. Diese Gebote gehören zum anerkannten ungeschriebenen Verfassungsrecht im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips; zum Teil sind sie auch in einzelnen Vorschriften des Grundgesetzes spezialgesetzlich normiert (z. B. Art. 19 Abs. 1 Satz 2, Art. 79 Abs. 1 Satz 1, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Gleichwertig daneben steht die Tatsache der Produktion der Normtexte im demokratisch geformten politischen Prozess. Schließlich gehören auch die *verfahrensrelevanten* Verfassungsvorschriften, welche die Subjektqualität der Beteiligten, Waffengleichheit und Fairness anordnen, mit zu denen, die eine fühlbare Gesetzesbindung begründen.

Im Zweifel gehen somit die Teilergebnisse der grammatischen und systematischen Interpretation denen der ändern Konkretisierungselemente vor. Abweichende Aussagen zwischen historischen und genetischen Aspekten sind im Sinn einer Vorzugsregel nicht entscheidend, da sich beide auf die Interpretation von Nicht-Normtexten beziehen. Die Entscheidung kann dann nicht partiell durch Auseinandersetzung zwischen historischer und genetischer Auslegung, sondern im Zusammenhang der gesamten Konkretisierung, d. h. zusätzlich am Leitfaden der ändern Elemente und besonders der grammatischen und der systematischen Auslegung gefunden werden. Das Spannungsverhältnis zwischen historischen und genetischen Argumenten ist, für sich allein genommen, nicht tragfähig genug.

Soweit mit den Mitteln historischer und genetischer Auslegung auf Sachbestandteile des Normbereichs hingewiesen wird, die auf diesem Weg ins Spiel kommen, sachlich aber selbständige Bedeutung entfalten, sind sie wie die erörterten Normbereichselemente im allgemeinen zu behandeln.

JM I, Rnn. 439 f.

Konkretisierung, Ablaufmodell

Der Ausdruck „Konkretisierung“ hat seine Begriffskarriere vor einem Hintergrund gemacht, der nach wie vor in positivistischer Manier die Rechtsnorm nicht vom Normtext unterscheidet. In der strukturierenden Rechtslehre ist dagegen das Konzept von Konkretisierung nicht ein modernisiertes oder angereichertes herkömmliches Schema von Rechtsfindung, sondern ein Modell, das auf einer neuartigen Gesamtvorstellung aufbaut.

Rechtswissenschaft in diesem Sinn ist Rechtserzeugungsreflexion, nicht Rechtfertigungskunde im Sinn des Legitimierens von Text“aus“legung. „Konkretisieren der Rechtsnorm“ heißt hier nicht, die Norm sei schon vor dem Auftauchen des Falls, vor der Falllösung vorhanden. Das meinen der Positivismus, der Neopositivismus und die verschiedenen Antipositivismen. Nach der aus diesen Strömungen zusammengesetzten herrschenden Meinung muss die als solche vorgegebene Rechtsnorm noch auf den Fall hin konkreter, das heißt enger und genauer gemacht, muss sie vom Allgemeinen auf das Besondere, vom Generellen auf das Individuelle hin „konkretisiert“ werden. Der Jurist stutzt nach diesem herrschenden Konzept „die“ Rechtsnorm sozusagen auf ihre passende, den Fall entscheidende Miniaturversion zusammen. Durch ihre Einsicht in die Notwendigkeit aktiven Tuns des Juristen unterscheiden sich die antipositivistischen Schulen vom klassischen Gesetzespositivismus. Der Grundirrtum, die Rechtsnorm als vor dem Rechtsfall vorhanden anzusehen, der Glaube an eine *lex ante casum*, ist dagegen positivistischen und antipositivistischen Ansätzen bis heute gemeinsam.

Nachdem für den Positivismus von Anfang an das Modell von Syllogismus und Subsumtion kennzeichnend war und obwohl der Ausdruck „Konkretisierung“ als unklare Variante dieser Vorstellungen im Umlauf ist, gibt es dennoch Gründe, ihn auf eine neue Basis zu stellen, ihn zum Begriff zu machen. Das sprachlich-emotionale Missverständnis, hier werde verdeckt der Positivismus fortgeführt, wäre dabei unberechtigt.

Juristische Methodik ist Entscheidungstechnik und Zurechnungstechnik unter dem rechtfertigenden

Anspruch der Bindung an das positive Recht. Sie hat die rechtsstaatlich rationale Beherrschbarkeit der Divergenz von Normtext, Rechtsnorm und Entscheidungsnorm zu gewährleisten. Die einzelnen Arbeitsvorgänge auf diesem Feld werden hier zusammenfassend „Konkretisierung“ genannt. Dieser Begriff bezeichnet nicht das Verengen einer gegebenen allgemeinen Rechtsnorm auf den Fall hin, sondern das Erzeugen einer allgemeinen Rechtsnorm im Rahmen der Lösung eines bestimmten Falls. Eine bereits vorhandene Rechtsnorm, die in die Einzelfälle hinein verteilbare Wirkungsfaktoren, Befehlsinhalte, substantielle Aussagen welcher Art auch immer „enthalten“ könnte, ist nicht nachweisbar. Der Ausgangspunkt der Falllösung kann nicht die Rechtsnorm sein, sondern nur der Normtext. Er hat Signalwirkung und Begrenzungsfunktion in Rechtserzeugungs- und Begründungsvorgängen, das heißt in Vorgängen juristischen Entscheidens und Darstellens.

Juristische Begriffe im Normtext können nur in seltenen Grenzfällen (bei rein rechtserzeugtem Normbereich, so bei Fristen, Terminen, numerisch bestimmten Vorschriften sonstiger Art) das Gemeinte zuverlässig dinglich beschreiben. In aller Regel evozieren sie nur als Signal- oder Anknüpfungsbegriffe das, woran als Entsprechung in der sozialen Realität gedacht ist. Der Normtext kann Normativität nicht enthalten. Er steuert und begrenzt legale und insoweit legitime Möglichkeiten rechtsgebundener Falllösung innerhalb seines sprachlichen Rahmens. Juristischen Begriffen in Normtexten eignet nicht „Bedeutung“, sie setzen nicht „Sinn“ nach der Konzeption eines abgeschlossenen Vorgegebenen. Vielmehr steht die aktive Leistung des Empfängers, also des fallentscheidenden Juristen im Vordergrund, der aufgrund normierter Aufgaben- und Rollenverteilung eine bestimmte Zuständigkeit zugewiesen erhält. Er subsumiert nicht nur, wendet nicht einen vorgegebenen Befehl an, interpretiert nicht einfach im Sinn der Textauslegung. Vielmehr erarbeitet er im Ausgang von Normtext und Sachverhalt zunächst eine allgemeine, den Fall typologisch betreffende Rechtsnorm, die er anschließend gezielt auf den zu entscheidenden Fall hin zuspitzt, zur Entscheidungsnorm individualisiert. Juristische Konkretisierung der Rechtsnorm ist also zunächst das Erschaffen einer vorher noch nicht vorhandenen allgemeinen Rechtsnorm; ist nicht bloß „Nachvollzug“ legislatorischer Wertungen oder „objektiv vorgegebener geistiger Gebilde“. Die vom Grundgesetz an Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung verteilten Kompetenzen sind nicht allein solche zur „Auslegung“, zur „Interpretation“, zum „Nachvollzug“ von Normtexten der Verfassung oder des Unterverfassungsrechts. Sie sind solche zu Rechtskonkretisierung und verbindlicher Fallentscheidung, in deren Rahmen Interpretation als Textauslegung ein wichtiges Element, aber nur eines unter anderen darstellt. Nur dort, wo das Verfahren der Konkretisierung manchmal in die Nähe eines wertungsfreien Umsetzungsaktes, eines rechtslogischen Schlussverfahrens gerät, könnte man von Rechtsanwendung, von Nachvollzug sprechen: also bei quantifizierenden, numerisch festgelegten Normtexten etwa von formalen Verfahrens-, Termin-, Fristvorschriften oder von zahlenförmigen Regeln über die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper. Die Praxis weiß jedoch zur Genüge, dass auch in solchen Grenzfällen Schwierigkeiten und Unklarheiten unvermeidbar sind. Auch hier, wie immer, sollten die Nichtidentität von Norm und Normtext sowie die relative Selbständigkeit auch eines rechtserzeugten, sogar eines numerisch eingegrenzten Normbereichs bewusst bleiben. Alles, was nicht diese Sonderfälle betrifft, also die Hauptmasse juristischer Problematik, hat unumgänglich den Charakter normtextorientierter Rechtsnormschöpfung und, im Anschluss daran, rechtsnormgebundener Erzeugung der Entscheidungsnorm. Dasjenige, dem Normativität zugesprochen wird, ist im Vorgang der Falllösung erst zu erarbeiten. In einem weiteren Teilvorgang, dem Schlusstück der Konkretisierung, ist dann durch individualisierenden Zurechnungsakt die Entscheidungsnorm auszusprechen. Abkürzend wird hier Normativität als tatsächlich strukturierter und wissenschaftlich entsprechend strukturierbarer Vorgang begriffen und wird die arbeitstechnische Seite dieses Vorgangs normtextorientierter und rechtsnormgebundener Lösung von Rechtsfällen als Normkonkretisierung bezeichnet.

„Normkonkretisierung“ heißt in bezug auf „konkret“ das folgende: Erstens ist der Normtext mit der Rechtsnorm nicht identisch. Zweitens ist der Normtext von der Seite des geltenden Rechts (6) her das Eingangsdatum des Konkretisierungsvorgangs, provoziert durch den zu lösenden Sachverhalt von der faktischen Seite. Drittens ist der Text der im Lösungsvorgang geschaffenen Rechtsnorm konkreter als der Normtext, weil enger, typologisch stärker auf den vorliegenden Fall bezogen. Viertens ist der Text der Rechtsnorm seinerseits allgemeiner als derjenige der Entscheidungsnorm. Beurteilt nach der sprachlichen Fassung, ist die Entscheidungsnorm konkreter als die Rechtsnorm, diese konkreter als der Normtext. Eben deshalb, nicht dagegen wegen der pseudo-ontologischen Sicht der herkömmlich herrschenden Lehre zur Vorgegebenheit von Rechtsnormen, ist der Ausdruck „Normkonkretisie-

rung“ als Name für den Gesamtvorgang sinnvoll: In der zeitlichempirischen wie auch in der systematisch-begrifflichen Abfolge des Entscheidungsprozesses werden die textlich geformten Arbeitselemente in der Sequenz vom Normtext über die Rechtsnorm zur Entscheidungsnorm, vom Fall her und für den Fall beurteilt, zunehmend konkreter.

In bezug auf „Norm (Rechtsnorm)“ heißt zweitens „Normkonkretisierung“ demnach nicht, diese sei schon vorhanden, sei also (neben dem Sachverhalt) das normative Eingangsdatum des Entscheidungsvorgangs und müsse ‚nur noch konkreter gemacht werden‘. Die Rechtsnorm muss vielmehr überhaupt erst gemacht werden. Ist das geschehen, so wird die Rechtsnorm, die ein Arbeitsergebnis, eine Zwischenphase der Entscheidung darstellt, zu der noch konkreteren, für den vorliegenden Fall erstmals unmittelbar dirigierenden Entscheidungsnorm verengt.

Es ist eine in den herkömmlichen Lehren verbreitete ‚optische, in Wahrheit sachlich-systematische Täuschung, die Fragestellungen „normativ?“ und „konkret?“ nicht auseinander zuhalten. Realistisch gesehen, ist dagegen eine am geltenden Recht legitimierbare Falllösung ein Vorgang fortschreitenden Konkretismachens der Arbeitselemente durch kreatives Tun des entscheidenden Juristen, also Konkretisierung: Die Eingangsdaten sind vom Faktischen her der Sachverhalt, vom ‚geltenden Recht‘ aus die von ihm her hypothetisch ausgewählten Normtexte. Der Jurist beginnt beim Sachverhalt und wählt mit dessen Merkmalen aus der Normtextmenge des sogenannten geltenden Rechts diejenigen Normtextthesen aus, die er für einschlägig hält. Er kommt von diesen her zu den Sachbereichen der durch die Auswahl der Normtextthesen als einschlägig angenommenen Rechtsnormen und verengt die Sachbereiche in der Regel zu Fallbereichen. All diese Elemente sind nicht-normativ. Juristische Konkretisierungsvorgänge müssen ohne normative Eingangsdaten auskommen - entgegen den herrschenden positivistischen oder antipositivistischen Konzepten, die mit „der“ Rechtsnorm sogar die umfassende normative Instanz an den Anfang stellen zu können vorgeben.

Der Vorgang der Normkonkretisierung ist trotzdem nicht ‚frei‘, willkürlich, unrechtlich, denn all seine Eingangsgrößen, abgesehen vom Sachverhalt, sind auf das Erzeugen normativer Daten im Fall und für den Fall ausgerichtet: Der Normtext in bezug auf die Sprachdaten führt zur Erarbeitung des Normprogramms. Der Normtext in bezug auf die Realdaten führt zur Auswahl des Sachbereichs, zu dessen Verengung zum Fallbereich und zu dessen am Normprogramm maßstäblich orientierter Konstituierung als Normbereich. Normprogramm und Normbereich ergeben zusammen die (normative) Rechtsnorm, deren Zuspitzen auf den individuellen Fall hin die (normative) Entscheidungsnorm. Während also der durch die Entscheidung in Rechtsform zu bringende Sachverhalt normativen Instanzen zu unterwerfen ist, sind die genannten nicht-normativen Eingangsfaktoren ausnahmslos auf das methodisch regulierte, rational darstellbare und nachvollziehbare Produzieren dieser normativen Instanzen hin angelegt. Die normativen Elemente der Rechtsarbeit sind also jeweils erst deren Ergebnisse: die Rechtsnorm als Zwischenergebnis, die Entscheidungsnorm als Endresultat.

Der Jurist, der als Eingangsgrößen - neben dem Fall - zum Beispiel statt einschlägiger Normtexte ihm als einschlägig erscheinende (nicht gesetzlich bindende) Gerichtsurteile oder nur ein ihm individuell gefallendes Entscheidungsziel wählt, handelt subjektiv pflichtwidrig und objektiv rechtswidrig; es sei denn, er schiebe die Normtexte des geltenden Rechts später noch nach und arbeite ab dann korrekt. Die Beurteilung „objektiv rechtswidrig“ kann auch dann entfallen, wenn das korrekt erarbeitete Ergebnis sozusagen zufällig ebenso lauten würde; wenn also die Entscheidung zwar nicht ihrem realen Entstehen nach gerechtfertigt, wohl aber im Resultat am geltenden Recht rechtfertigungsfähig ist.

JM I, Rnn. 279 f.

Kontexte, Unendlichkeit

Auch wenn eine wissenschaftliche Argumentationskultur die für die Konkretisierung nötigen Kontexte benennt und hierarchisiert, besteht in jedem praktischen Fall die Möglichkeit, dass diese Kontexte genauer betrachtet werden müssen oder dass neue eingebracht werden. Auch eine Methodik oder Kultur des Lesens kann die Konkretisierung nicht zu einem vollkommen beherrschbaren und voraus-sagbaren Vorgang machen. Dafür sorgt die unumgehbare Unendlichkeit der Kontexte. Die am Rechtsstreit beteiligten Parteien haben auch jedes Interesse daran, diese interne und externe Unendlichkeit zu nützen, um die Lesart des Prozessgegners zu erschüttern. Für diese Konflikte als semanti-

schen Kampf (semantische Kontroverse) muss eine Form bereitgestellt werden, welche die doppelte Aufgabe erfüllt, dem Konflikt Raum zu bieten und ihn gleichzeitig zu verendlichen. Ein rechtsstaatliches Verfahren, das Waffengleichheit und Subjektqualität für alle am Interpretationskonflikt beteiligten Personen garantiert, kann diese Aufgabe erfüllen.

Dass in den Sozialwissenschaften Methodenstreit herrscht, darf nicht hindern, auf dort Anerkanntes und Praktiziertes zurückzugreifen - so wenig, *cum grano salis*, ein unentschiedener Methodenstreit in der Jurisprudenz die am Rechtsleben Beteiligten hindert, beispielsweise zu Gericht zu gehen. Es kann gar nicht anders sein, als dass Rechtslehre und Rechtsmethodik, sobald sie sich der wirklichen Komplexität ihrer Aufgaben ehrlicherweise bewusst geworden sind, stets nur auf den jeweiligen ‚Stand der Technik‘ empirischer Faktenermittlung verweisen. Die Unvollkommenheit und Vorläufigkeit der menschlichen Dinge ist gewiss ein Argument auch gegen diese Konzeption; aber damit befindet sie sich, endlich einmal, in bester Gesellschaft.

Nach noch herrschender Rechts„anwendungs“lehre haben Gesetze einen Inhalt, der vom Willen ihres Autors bestimmt ist. Dieser „objektive Wille des Gesetzgebers“ ist durch den Vorgang schriftlichen Setzens, durch Kodifizierung „objektiviert“ worden. Auf solche Art in die Normtexte hineingelegt, muss und kann der inhaltliche „Wille“ von den Richtern und von anderen Funktionären, die zur Rechtsentscheidung befugt sind, mit Hilfe des überkommenen Kanons herausgeholt, aus-gelegt werden: für „die Auslegung einer Gesetzesvorschrift“ ist demnach „der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierete Wille des Gesetzgebers maßgebend (...), so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt“. Es spricht also der Gesetzgeber (durch den Mund des Richters), nicht etwa der Richter. Ungereimtheiten dieses Modells werden herkömmlich als Randphänomene (z. B. bei Generalklauseln, Ermessenstatbeständen, unbestimmten Rechtsbegriffen) eingeräumt, in solchem Rahmen auch sogenannte volitive Faktoren richterlichen Handelns wahrgenommen. Im Grundzug aber steht das Modell fest wie Erz: Der Rechtsfall kennt eine richtige Entscheidung (nämlich die Anwendung des inhaltlich objektiven, textlich objektivierten Willens „des“ Gesetzgebers auf eben diesen Fall); diese wird durch den Text kognitiv vermittelt, vom Richter kognitiv ermittelt und durch Urteilspruch ausgeführt.

Dieses vertraute Modell macht Voraussetzungen (jeweils einzige richtige Deutung, Sinnzentrum, objektive Sinneinheit des Textes), die vor dem Forum einer inzwischen seit Jahrzehnten entfalteten neueren Sprachphilosophie und heutiger linguistischer Texttheorie illusionär erscheinen. Juristische Erfahrung hatte dort, wo sie hinreichend luzide reflektiert war, schon früher erkannt, dass „jeder Sinn nur Teilsinn in einem unendlichen Sinnzusammenhang ist und in diesem Sinnzusammenhang unübersehbare Wirkungen hervorruft“.

Die Rechtsentscheidung ist schon - und vor allem - deshalb nicht die einzig richtige, weil sie Text ist. Jedenfalls innerhalb der Textstruktur eines demokratischen Rechtsstaats kann sie außerhalb von Sprache nicht existieren. Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und Begründung müssen sprachlich formuliert werden; und als Text sind sie nie in Quarantäne, sind sie vor anderem Text (der ihnen vorhergeht, der sich auf sie ptopft, der sie kritisiert und - alternativ - kommentiert) nie sicher. Und dabei pflegt sich herauszustellen, dass in aller Regel noch zumindest ein anderer Text von Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und „Gründen“ als vertretbar erscheint; dass also die erste Version der Entscheidung ebenfalls nur „vertretbar“ genannt werden kann.

Aussagen wie „Juristisches Entscheiden ist nicht Finden, sondern Produzieren“; „Rechtsarbeit ist Textarbeit“; „die Arena praktischer Rechtswissenschaft ist konstituiert durch Text, Text und Text“ sind offenbar so banal, dass das alte Paradigma all das nicht bemerkt hat; und sind so wenig banal, dass es (bereits) an ihnen scheitert.

Die Unbeherrschbarkeit „meines“ Sinns, die des Sinnzentrums, das ich in den Text legen „will“, ist nicht eine Randerscheinung. Sie ist das - in aller Regel verdrängte - Grundphänomen der Vertextung; ist zudem noch kategorial verschärft im Augenblick des Verschriftens. Dem schriftlichen Text ist eine Sinneinheit, ist ein Sinnzentrum (und noch weniger sein einer Sinn) nicht unterzuschieben. Er wird durch andere (schriftliche) Texte in einen ebenso unvermeidlichen wie unabbrechbaren Semantisierungsvorgang und - nicht zuletzt auch als juristischer Text -in als solche ebenso wenig beendbare semantische Kämpfe, in praktische Sprachkämpfe hineingezogen. Diese Vorgänge und diese Kämpfe sind es, welche die Realität der Rechtsarbeit ausmachen; und nicht das kognitive Auffinden des einen

richtigen „Normsinns“, nicht das getreue Anwenden des „objektiv/objektivierten“ gesetzgeberischen „Willens“.

Das heißt nicht etwa, der Streit über „den Sinn des Gesetzes“ sei sinnlos; er ist vielmehr für die Rechtsordnung funktional. Genauer gesagt: die Auseinandersetzungen um die Bedeutsamkeit (des Normtexts), die materielle Bedeutung für einen Fall wie diesen (die Rechtsnorm) und die verfahrensrechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall (die Entscheidungsnorm) finden ständig statt, machen die für juristische Entscheidungsarbeit kennzeichnenden semantischen Kontroversen aus. Aber es heißt, dass keiner der an ihnen Beteiligten den Gang, den Ausgang und den Fortgang der Bedeutungszuschreibungen durch die anderen „im Griff haben“ sowie in Zukunft „im Griff behalten“ kann.

Auch die Institutionen des demokratischen Rechtsstaats beruhen auf (zu interpretierenden, änderbaren) Texten. Gewalt wird erst durch Sprache (durch versprachlichtes Recht) zu legitimer Macht: Blätter bedruckten Papiers zwischen dem bellum omnium contra omnes und der res publica. Zwischen dem Natur- und dem Gesellschaftszustand steht (so und nicht anders - aber das ist nie ein für allemal klar) organisierte Sprache.

JM I, Rn. 180, 505 f.

Kontrollierbarkeit der Rechtsarbeit

Die vom Demokratieprinzip herkommende Seite richterlicher Gesetzesbindung kann neu formuliert werden. Die ausführenden Gewalten Exekutive und Rechtsprechung sind nicht nur rechtsstaatlich konstituiert, eingerichtet und kontrolliert, sie sind auch demokratisch gebunden. Der einerseits legislative, andererseits judikative und bürokratische Anteil an der Erzeugung von Recht im allgemeinen kann mit den Begriffen von Volksrecht und Amtsrecht gebündelt werden. „Volksrecht“ soll demokratisch erzeugtes Recht heißen. Hierfür gibt es die Möglichkeit des Referendums, des Volksentscheids: je nach verfassungsrechtlicher Konstruktion kann es sich um Streitentscheidung, das heißt um Rechtsnorm- und Entscheidungsnormsetzung handeln, normalerweise aber um einen materiellen Beschluss ohne Orientierung an schon vorhandenen Normtexten. Wo diese Möglichkeit, wie unter dem Grundgesetz, weitestgehend ausgeschaltet ist, wo es auch keine Richter- und Beamtenwahl durch das Volk gibt und wo kein imperatives Mandat vorkommt, dort ist die einzige durch einen realen politischen Vorgang demokratisch verankerte Möglichkeit der Rechtsetzung eben das Bilden von Eingangsdaten für Rechtsentscheidungen, das parlamentarische Formulieren und Setzen von Normtexten.

Konkretes Recht des Einzelfalls in Form von Entscheidungsnormen wird normalerweise nicht direkt demokratisch erzeugt. Das Setzen von Entscheidungsnormen ist politisch geprägten demokratischen Verfahren in aller Regel entzogen. Die den Fall unmittelbar regelnden Akte sind dem Amtsrecht vorbehalten, nämlich den gerichtlich oder bürokratisch erzeugten Fallentscheiden, die nicht nur aus rechtsstaatlichen, sondern nicht weniger auch aus demokratischen Gründen an den Normtexten müssen gerechtfertigt werden können. Eine ehrliche, rationale Arbeitsmethodik der Juristen, die sich rechtsstaatlicher Nachprüfbarkeit bewusst unterwirft und dadurch ihre Verfassungsbindung zu verwirklichen bestrebt ist, kann dazu führen, dass die in Normtexten formalisierten Ergebnisse demokratischer Politik auch tatsächlich den Rechtszustand der Gesellschaft prägen. Das Amtsrecht darf das Volksrecht nicht überspielen, sich nicht von ihm abkoppeln, es nicht auszutricksen versuchen. Vollziehende und rechtsprechende Gewalt dürfen weder an Normtexten vorbeigehen noch diese verbiegen, noch auch - abgesehen von ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ausnahmen - selbständig Normtexte setzen. Sie dürfen nicht Prätor spielen.

JM I, Rn. 110 f.

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004