
N / (O)

Natur der Sache
Norm, Faktum
Norm, Fall
Norm, logische Falle
Norm, methodenbezogene
Norm, Normativität
Norm, Normtext
Norm, sprachliche Gestalt
Norm, Struktur
Norm, wertausfüllungsbedürftige
Normativität, Begriff
Normativität, Bindung an Gesetz
Normativität, Gegenstand der Methodik
Normativität von Sprachregeln
Normativität, strukturierter Vorgang
Normativität, verfassungsgebende Gewalt
Normbereich, Analyse
Normbereich, Begriff
Normbereich, BverfG
Normbereich, Konkretisierungselement
Normbereich, Normprogramm
Normbereich
Normprogramm, Begriff
Normprogramm, Normbereich
Normprogrammgrenze
Normstruktur, Analyse
Normstruktur, Konzept
Normstruktur, Typologie
Normstruktur
Normtext
Normtext, Adressat
Normtext, Ausgangspunkt
Normtext, Bindung an
Normtext, Eingangsdatum
Normwandel

Natur der Sache

Der Gesichtspunkt der „Natur der Sache“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zu unergiebig, um einen selbständigen Komplex methodischer Möglichkeiten umschreiben zu können. In entgegengesetzte Richtung geht die vor allem in der Literatur begegnende Neigung, die „Natur der Sache“ in naturrechtlicher Region anzusiedeln und sie gegen Vorschriften des positiven Rechts von Fall zu Fall auszuspielen. Eine so verstandene „Natur der Sache“ hat als außergesetzliche Rechtsquelle, als gegenüber der positiven Rechtsordnung höherwertig postulierte und in ihrer Seins-, Sinn-, Wert- und Sollensstruktur hermeneutisch und methodisch rational kaum auflösbare Figur in einer Methodik des Verfassungsrechts keinen Ort. Es zeigt sich beispielsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wie leicht methodische Aufgaben der Normkonkretisierung durch Berufung auf naturrechtliche Evidenz, auf Vorgegebenheit oder Aufgegebenheit umgehbar sind. Die Misslichkeit solcher Abstützung mindert sich nicht durch Vermischen naturrechtlicher Gehalte mit positivrechtlichen Regelungen. Savigny hat sich entschieden gegen die Einschaltung einer naturrechtlich konzipierten „Natur der Sache“ in die Rechtsauslegung und vor allem gegen ihre Vermengung mit positivrechtlichen Argumenten gewandt

Der Tendenz nach besteht das Anliegen des Denkens aus der „Natur der Sache“ zu Recht darin, das in Normtexten enthaltene Wirklichkeitsmodell als sachlich konstitutiv und methodisch konstruktiv in den Vorgang der Konkretisierung einzuführen. Da es aber hermeneutisch und methodisch darauf ankommt, die „Sache“ nicht zu substantialisieren, um sie sodann in Beziehung zu einer substanzhaft

oder logisch autonomen „Norm“ zu setzen, sondern sie von vornherein als Element rechtlicher Normativität herauszuarbeiten, begegnen die bisherigen Untersuchungen zur „Natur der Sache“ in der Rechtswissenschaft erheblichen Schwierigkeiten, über spekulative Abstraktion hinauszukommen. Das Ergebnis dieser Reflexionen, die Natur der Sache begründe als ein objektiv feststellbarer Ordnungsfaktor das Recht maßgeblich mit, zeigt noch nicht, wie sich die Konkretisierung von Normen aufgrund dieser allgemeinen Einsicht praktisch zu verändern hat und wo die methodischen und rechtsstaatlichen Grenzen für eine Hereinnahme der „Sache“ zu suchen sind. Das Bundesverfassungsgericht entgeht dieser Gefahr, indem es die „Natur der Sache“ in untergeordneter Funktion als Hilfsmittel der Konkretisierung des Willkürverbots und als Kriterium für die Systemkonsequenz gesetzlicher Gesamtregelungen verwendet.

Damit ist der „Natur der Sache“ im Verfassungsrecht eine hinreichend erfassbare methodische Struktur noch nicht gegeben. Doch ist dieses Ergebnis auch auf die Zurückhaltung des Gerichts gegenüber Sachunterstellungen in der Verfassungskonkretisierung zurückzuführen. Mit Recht hält es das Bundesverfassungsgericht für entscheidend, ob eine Verhaltensnorm nach soziologischem Befund, der von subjektiver Wertung des Interpreten frei zu halten ist, im Geltungsbereich der zu konkretisierenden Rechtsordnung als geltendes Sittengesetz allgemein anerkannt und als verbindlich betrachtet wird. Damit ist zu Recht der unmittelbare Rückgriff auf das, was die entscheidende Stelle inhaltlich als „Sittengesetz“ verstehen will, entgegen bestimmten Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abgeschnitten. „Natur der Sache“ darf nicht eine undifferenzierte Totalaussage sein. Sie ist das Ergebnis umgrenzbarer, in darstellbare Einzelschritte zerlegbarer Strukturanalysen. Umgrenzung wie Analyse muss sich an die zu konkretisierende Rechtsnorm und an den von dieser markierten normativen Spielraum halten. Eine so erarbeitete „Sache“ verzichtet auf den Anspruch einer von den Rechtsunterworfenen hinzunehmenden Verbindlichkeit. Sie stellt sich dem Urteil der Betroffenen wie dem der autoritativen und der wissenschaftlichen Rechtskonkretisierung, indem sie der Normkonkretisierung möglichst weitgehend kontrollierbare Sachkriterien anbietet. Andernfalls würde richterliche Spruchpraxis zum vielleicht ungewollten Instrument ideologischer Fixierung.

An die Stelle der ideellen „Struktur“ in der Rechtsphilosophie sollte für eine strukturierende Rechts(norm)theorie und Methodik die normativ erfragte Sachstruktur des Normbereichs treten. Damit sind die Bemühungen um die „Natur der Sache“ im geläufigen Sinn verlassen. Diese Bemühungen klären nicht, inwieweit und auf welchen Wegen im einzelnen die von ihnen angezielte „Sache“ in eine strukturierende Rechts(norm)theorie und Methodik eingefügt werden kann. Es ist kennzeichnend, dass die meisten Vorschläge nicht auf theoretische und methodische Anregungen für das Geschäft der Normkonkretisierung hinauslaufen, sondern auf rechtspolitische Anregungen für den Gesetzgeber beschränkt sind. Die gewohnte Feststellung, die „Natur der Sache“ konstituiere das Recht maßgebend mit, sagt nicht, auf welche Weise sich dieses Mitkonstituieren abspielen soll. Die Denkform der Natur der Sache kommt zu kurz, wenn sie allein als Auslegungsbehelf verwendet wird. Sie ist vielmehr als eine Strukturkategorie des Sachgehalts rechtlicher Vorschriften und damit als eine der Grundbedingungen, unter denen sich die Konkretisierung dieser Vorschriften praktisch vollzieht, zu fassen. Diese Sicht tritt an die Stelle der rechtsphilosophischen Fragestellungen nach der „Natur der Sache“, der „Sachlogik“ oder den „sachlogischen Strukturen“. Zu untersuchen sind die Normbereiche: Strukturen der Wirklichkeit, die in ihrem gegenständlichen Umfang und in ihrer Relevanz von Normprogrammen her umschrieben und an sie gebunden sind. Das Wirkliche erscheint nicht länger als undifferenziert umgreifende Gegebenheit. Es kommt überhaupt nur im Rahmen des Geltungsanspruchs einer bestimmten Norm in den Blick. Die Frage nach „Recht und Wirklichkeit“ wird damit von der praktischen Aufgabe der Jurisprudenz her und auf sie hin formuliert. Neben oder „zwischen“ dem nur als abstraktbegriffliche Sprachgestalt verstandenen „Gesetz“ des herkömmlichen Verständnisses und der in die Unmittelbarkeit geschichtlichen Lebens eingetauchten „Natur der Sache“ macht sich die auf strukturierende Weise differenzierte Norm als sachbestimmter Typus rechtlicher Normativität geltend, als Komplex normativer und realemöglicher Sachgehalte. Die „Sache“ wird ersetzt vom Normbereich; die „Natur“ meint dessen unter den Aspekten des Normprogramms selektiv erfragte Grundstruktur.

JM I, Rn. 123 ff.

Norm, Faktum

Eine Rechtsprechungsanalyse ergibt, dass Sachbestandteile der zu konkretisierenden Verfassungsnormen den Vorgang der Konkretisierung vielfach inhaltlich mitbestimmen, dass sie somit in diesem Vorgang neben ändern Elementen als normativ behandelt werden. Dieser Grundsachverhalt juristischer Methodik ist in der Judikatur bisher unreflektiert geblieben. Das entspricht der Fragestellung herkömmlicher Rechtsphilosophie. Sie erörtert die Bauweise von Rechtsnormen im Spannungsverhältnis von „Recht“ und „Wirklichkeit“, in einem Feld „normativer“ und „realer“ oder „empirischer“ Elemente nicht als Problem praktischer Rechtserzeugung. Weder die an den Savignyschen Regeln festhaltenden Auffassungen noch die neueren Versuche, die überkommene Methodenlehre der Rechtswissenschaft und die traditionelle verfassungsrechtliche Methodik fortzuentwickeln, haben das Verhältnis der normativen Anordnung zu dem von ihr geordneten Wirklichkeitssegment differenziert untersucht. Der von der Analyse der Rechtsprechung ausgehende Ansatz fragt dagegen statt nach „Norm und Faktum“ nach der Struktur rechtlicher Normativität, wie sie sich in praktischer Rechtstätigkeit darstellt. „Sein und Sollen“ ist nicht länger ein generelles Problem der Rechtsphilosophie. Es ist eine Frage nach der Struktur rechtlicher Normen im Vorgang ihrer praktischen Umsetzung und damit zugleich nach der Struktur dieses Umsetzungsvorgangs. Dabei ergibt sich, dass nicht nur der Sollensbefehl, das „Normprogramm“, sondern bei einer Reihe von Normtypen auch die Sachstruktur des Regelungsfelds, soweit sie vom Juristen mittels des Normprogramms als fallrelevanter Ausschnitt sozialer Wirklichkeit ausgewählt und zum „Normbereich“ verengt wird, den Fall mitentscheidet. Die Trennung von „Recht“ und „Wirklichkeit“ weicht einer genaueren Analyse direkter und soziale Realität repräsentierender Elemente der Normativität. Das wurde vor allem an den Grundrechten und an sonstigem Verfassungsrecht herausgearbeitet. Es stellt jedoch allen Rechtsdisziplinen die Aufgabe sozialwissenschaftlicher Synthese des „law in action“ und der Jurisprudenz insgesamt die einer neuen Reflexion ihres Wissenschaftstypus. Das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit wird weder in rechtsphilosophischer Allgemeinheit noch nur in Einzelheiten von Fallbearbeitung und Lösungstechnik erfasst. Beide Sichtweisen sind im Sinn einer strukturierenden Rechts(norm)theorie zu verbinden. Dabei gilt es, die Struktur rechtlicher Normativität und der grundsätzlichen Bedingungen juristischer Konkretisierung zu analysieren. Es sind ferner die Voraussetzungen juristischer Methodik, Dogmatik und Falllösung im Blick auf die Rolle der normierten Wirklichkeit für inhaltliche Ausrichtung und Entscheidungsfunktion der Rechtsnorm zu untersuchen. Rationalität wird dabei im Sinn von Transparenz und Kontrollierbarkeit angestrebt: indem die Frage nach „Norm und Faktum“ geändert wird zu der nach Normativität und Normstruktur. Um der Normativität der Norm und um der Rechtswissenschaft als einer praktischen Normwissenschaft willen müssen die Sachgehalte von Rechtsregeln als Bestandteil der Auslegung, Interpretation und Konkretisierung dieser Regeln positiven Rechts erfasst und aufgeschlüsselt werden. Nicht zufällig ist dieser Grundsachverhalt zuerst im Verfassungsrecht entwickelt und an verfassungsgerichtlicher Judikatur belegt worden. „Normbereich“, „Normprogramm“ und „Sach“- bzw. „Fallbereich“ sind Bestandteil oder Vorstufen der zu erstellenden Norm. Sie meinen nicht die Erforschung von „Rechtstatsachen“, die dem Gesetzgeber historisch vorlagen und nach denen er die Interessenkonstellation ordnen wollte. Sie stehen im Dienst objektiv orientierter Normkonkretisierung, nicht traditioneller „Motiv- und Willensaufhellung“. „Normbereich“, „Normprogramm“, „Sach“- und „Fallbereich“ stellen als theoretisch fundierte methodologische Strukturbegriffe weitere Hilfsgesichtspunkte, zusätzliche Elemente der Rationalisierung, der detaillierten Begründungs- und Darstellungsmöglichkeit zur Verfügung.

JM I, Rn. 131

Norm, Fall

Schon frühere Untersuchungen zur juristischen Sprache und Begriffsbildung haben gezeigt, dass das Ideal der Eindeutigkeit juristischer Begriffe und Bezeichnungen, dass die Vorstellung, auf dem Weg sprachtechnischer Präzision eine hinreichende Sicherheit der Normkonkretisierung erreichen zu können, die Eigenart der Normativität wie der gerichtlichen (und sonst juristischen) Entscheidung verkennt. Normativität erweist sich nur im Regeln konkreter Rechtsfragen. Sie wird nur im Vorgang solchen Regeins gefordert und damit wirksam. Ein Normtext ist nicht (nur) deshalb interpretationsbedürftig, weil und insofern er nicht „eindeutig“, nicht „evident“, weil und insofern er „unklar“ ist, sondern vor allem deshalb, weil er auf einen (wirklichen oder erdachten) Fall angewandt werden muss. Ein Norm-

text mag auf dem Papier „klar“ oder gar „eindeutig“ aussehen. Schon der nächste praktische Fall, auf den er angewandt werden soll, kann ihn seiner Evidenz berauben, kann ihn höchst unklar erscheinen lassen. Ohne ihnen zugeordnete (tatsächliche oder erfundene) Fälle können Normtexte überhaupt nicht zureichend beurteilt werden; auch nicht daraufhin, ob sie klar oder unklar sind. Das erweist sich immer erst beim Versuch der Konkretisierung. Bei dieser wird nicht etwas Fertiges auf einen gleichfalls als abgeschlossen verstehbaren Sachverhalt angewandt. Der Gesetzespositivismus gab und gibt das vor. Die Rechtsnorm ist aber nicht substantiell im Normtext vorgegeben. Durch wechselseitige Präzisierung und Überprüfung des Normtextes am Sachverhalt und des (weder isolierbaren noch in diesem Sinn „abgeschlossenen“) Sachverhalts am Normtext wird in einem durchgehend normtextorientierten Verfahren mit Hilfe aller hier erörterten Konkretisierungselemente herausgearbeitet, was im Einzelfall Rechtens sein soll. Ein Rechtssatz funktioniert nicht mechanisch. Die „sens-clair- Doktrin“ fremder Rechtsordnungen, die scheinbar eindeutige Rechtsbegriffe als nicht auslegungsfähig behauptet, kommt zu dieser Behauptung selbst nur durch deutende Vorwegnahme des möglichen Normsinns.

„Subsumtion“ ist nur scheinbar ein formallogisches, in Wahrheit ein durch das jeweilige rechtsdogmatische Vorverständnis inhaltlich bestimmtes Verfahren.

Der Normtext muss nicht „an sich“ verstanden werden, sondern so, dass er - seine Einschlägigkeit stets vorausgesetzt - die Fragestellung des Rechtsfalls beantworten kann. Seine Aussagekraft für den Rechtsfall wird von eben diesem Fall provoziert. Zu diesem Normtext früher erstellte Rechts- und Entscheidungsnormen für Fälle anderer Art und die Quellen für diese Aussagen (Rechtsprechung und Literatur) interessieren in der Perspektive des anstehenden Fallproblems nur zu Zwecken der Abgrenzung und der vergleichenden Unterscheidung. Normkonkretisierung ist nicht „Anwendung“, das heißt: es wird nicht eine normative Aussage des Rechtssatzes als etwas Vorgegebenes auf den rechtlich ebenfalls in sich verständlichen Fall formallogisch übertragen. „Verstehen“ sowie das „Anwenden“ des Normtextes „auf den Sachverhalt wie auch - im dargestellten Sinn - des Sachverhalts „auf den Normtext sind insgesamt ein einheitlicher Vorgang: der Vorgang der mit „Anwendung“, „Subsumtion“ außer in Grenzfällen nicht erfassbaren und über Auslegung bzw. Interpretation hinausgehenden Konkretisierung. In einem Verfahren, das durch wechselseitige Überprüfung der Normtextthesen an den für diese relevanten Bestandteilen des Sachverhalts und umgekehrt der arbeitshypothetisch als relevant behandelten Sachverhaltsbestandteile an dem ihnen vorläufig zugeordneten Normtext (bzw. an mehreren Rechtssätzen) schrittweise an Genauigkeit gewinnt, werden die „auf Gegenseitigkeit“ ausgewählten Normtexte und

Sachverhaltselemente aneinander (und immer mit der Möglichkeit des Misslingens, d. h. der Notwendigkeit, andere Varianten arbeitshypothetisch einzuführen) gleichfalls auf Gegenseitigkeit weiter konkretisiert. Die Lösung, das heißt: die Konkretisierung der Rechtsnorm im Ausgang von Normtext und Fall sowie ihre Individualisierung zur Entscheidungsformel des rechtlich noch nicht entschiedenen Sachverhalts zum entschiedenen Rechtsfall, hat schließlich die sachliche Konvergenz beider zu erweisen, bekannt zu geben und zu begründen.

Die genannten Elemente des Konkretisierungsvorgangs sind zusammenzusehen, auch können nicht die kognitiven von den nicht-kognitiven getrennt werden. Dagegen will der Soziologismus das Tatsächliche als den faktischen Gehalt des Rechtsfalls für allein verbindlich und die rechtliche Anordnung für einen unverbindlichen Lösungsvorschlag halten, über den die entscheidende Stelle hinweggehen kann. Der Dezisionismus nimmt auf seiner Suche nach dem Rechtscharakter der Entscheidung, bei seiner Erörterung des Problems der juristischen Form als einer normativ nicht ableitbaren und nicht abgeleiteten Dezision, seinen Ausgangspunkt bei den als kognitiv nicht zureichend erfassbaren, also bei den volitiven Elementen der Normumsetzung. Der noch immer vorherrschende Positivismus schließlich möchte die Konkretisierung als rein kognitiven Vorgang begreifen, der sich in der Erkenntnis einer (als „Rechtsnorm“) objektiv vorgegebenen Textbedeutung und in deren technisch-instrumentellen Anwendung auf den Fall erschöpft.

Zugespißt gesagt, verhält sich juristische Konkretisierung (herkömmlich als bloße Interpretation missverstanden) zum Verfahren der „Applikation“ in den sonstigen interpretierenden Geisteswissenschaften im Sinne der 11. Feuerbach-These: Entscheidend ist nicht die Interpretation des Vorliegenden, sondern seine Veränderung. Die Veränderung setzt aber ihrerseits Interpretation voraus und umschließt sie. Zu verändern, nämlich durch die zu treffende Entscheidung rechtlich verbindlich zu ord-

nen, ist der betroffene Komplex von Sachverhalten, menschlichen Handlungen und Motivationen. Jede juristische Interpretation als Textauslegung steht im Dienst einer Normkonkretisierung, die über das geisteswissenschaftliche Problem des Verstehens weit hinausführt und auf solches Verändern eines Ausschnitts menschlicher Sozialwelt angelegt ist. Das so als Entscheidungsinteresse klargestellte „Erkenntnisinteresse“ im juristischen Geschäft lässt es als zweitrangig erscheinen, ob der bearbeitete Rechtsfall ein aktuell zu lösender oder ein erdachter ist.

JM I, Rn. 258 ff., 470 ff.

Norm, logische Falle

Entlang der Frage „Wer löst eigentlich den Rechtsfall?“ lassen sich verschiedene historische Grundhaltungen der neueren Rechtswissenschaft abschichten. Zum ursprünglichen Gesetzespositivismus gehört die Vorstellung, der Fall werde letztlich von der (mit ihrem Text verwechselten) Vorschrift selbst gelöst. Denn der Jurist tut inhaltlich nichts hinzu, handelt nicht eigenverantwortlich, lässt nur objektive Logik walten. Syllogismus, Subsumtion, begriffliche Konstruktion folgen, rein kognitiv, logischen Kriterien, ohne eine inhaltlich begründende Wertung des entscheidenden Juristen zu erfordern, ohne seine Richtigkeits- und Folgenverantwortung auslösen zu können. Taucht ein nach Beschaffenheit und Umfang passender Rechtsfall auf, so schließt sich die Norm als logische Falle, so unterwirft sich der Obersatz „Norm“ den Sachverhalt als seinen Untersatz.

JM I, Rn. 282

Norm, methodenbezogene

Ergeben die methodischen Regeln einschließlich des Normtextes in seiner begrenzenden Funktion im Einzelfall zwei oder mehrere gleichermaßen vertretbare Lösungsmöglichkeiten, von denen nur die eine im Einklang mit bestimmten (und angesichts des vorliegenden Einzelfalls ebenfalls zu konkretisierenden) Verfassungsvorschriften steht, so darf nur diese Variante dem praktischen Ergebnis zugrunde gelegt werden. In dieser Fassung, die das Arbeiten mit sämtlichen Konkretisierungselementen (verfassungs-)juristischer Methodik nicht beschneidet, sondern die unter den genannten Voraussetzungen einen zusätzlichen Auswahlaspekt durch Heranziehen der betreffenden Verfassungsnormen auch als Sachnormen einführt, bietet die insoweit unbedenkliche und sogar gebotene methodische Figur verfassungskonformer Auslegung ein Beispiel für das Hineinwirken von Normen geltenden Rechts in den im übrigen mit nicht-normativen Kunstregeln arbeitenden Vorgang der Konkretisierung. Noch weiter reichen die schon mehrfach genannten, teils geschriebenen, teils ungeschriebenen rechtsstaatlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebote und die Funktionsabgrenzungen des Grundgesetzes. Sie sind, da geltendes Recht, für eine Rangfolge der Elemente juristischer Methodik verbindlich.

JM I, Rn. 430

Norm, Normativität

Die Unbrauchbarkeit des gesetzestheoretischen „System“begriffs für das Verfassungsrecht wurde schon dargelegt. Die neuere Diskussion zum Systembegriff in der Jurisprudenz wie auch die Ansätze zu topischer Rechtsfindung spielten sich hauptsächlich im Zivilrecht ab. Die allgemeine Tendenz geht in Richtung auf einen „offenen“ Systembegriff, der vor allem über „Ideologische“ Ableitungen im Rahmen systematischer Auslegung wie auch im Weg „systematischer Lückenergänzung und Rechtsfortbildung“ für die Rechtsgewinnung dienstbar gemacht werden soll. Gleichfalls im Zivilrecht entstanden Auseinandersetzungen über den topischen Ansatz (bei Viehweg) im Sinn einer sich an ungebundene Rechtsfindung annähernden techné der Problemerkörterung oder im Sinn der Herstellung immanenter Problemzusammenhänge bei der (unter anderem auch systematischen) Auslegung geltender Normen. Die dort angestellten Überlegungen laufen auf Empfehlungen zur wechselseitigen Ergänzung und Durchdringung von „topischer“ und „systematisch-deduktiver“ Rechtsfindungsmethodik hinaus. Der Topik werden Aufgaben der Auflockerung scheinbar logisch geschlossener rechtswissenschaftlicher

Systeme, der Auslegung wertausfüllungsbedürftiger Normbegriffe, eines Notbehelfs bei Fehlen hinreichender gesetzlicher Regelung, vor allem beim Füllen von Lücken, und ferner als Verfahren zur Beschaffung von Gesichtspunkten dort zugewiesen, wo das Gesetz Billigkeitsnormen enthält oder auf gesellschaftliche Anschauungen oder Maßstäbe verweist (z. B. die Anschauung „aller recht und billig Denkenden“, die Beachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ im Sinn des § 276 BGB, das Handeln des „ordentlichen Kaufmanns“ oder des „vernünftigen Kraftfahrers“ und so weiter). Schließlich soll sie auch Funktionen verfassungspolitischer Art *de lege ferenda* übernehmen können. Für verfassungsrechtliche Methodik ist es zweitrangig, ob solche Kooperationstendenzen zwischen einseitig topischem und einseitig axiomatisch-deduktivem Vorgehen als „offenes“, aber unbewegliches oder als „bewegliches“ System bezeichnet werden, als „Dualismus“ oder als „Synthese“ der wesentlichen Gesichtspunkte beider Methoden, als beide umschließende „Struktur“ oder als „wechselseitige Durchdringung“ beider Arbeitsweisen. Für die Arbeit praktischer Verfassungskonkretisierung entscheidet allein, was über die Struktur von Norm und Normativität, über die Struktur des Entscheidungsprozesses und des Darstellungsvorgangs im einzelnen erarbeitet wird. Die verallgemeinernden Selbstbezeichnungen der einzelnen Positionen deuten allenfalls Programme an, geben aber noch nicht deren die Bedingungen und Möglichkeiten der Rechtspraxis einbeziehende theoretische Ausführung.

JM I, Rn. 112

Norm, Normtext

Folgerichtig topisches Denken kann den Normtext nur als einen Topos unter ändern ansehen. Die Topoi als meinungsmäßig diskutierbare, die Entscheidung möglichst überzeugend begründende Gesichtspunkte sind in ihrer Auswahl auf das Problem ausgerichtet. Wenn das Problem es erfordert, müssen auch normfremde Topoi herangezogen werden können. Der nicht zuletzt für das Staats- und Verfassungsrecht verbindliche Primat der Normbindung macht die Vorstellung eines primär topischen Problembezugs unzulässig. Gleichwohl stellt sich in dem theoretischen Rahmen, der von der Nichtidentität von Norm und Normtext, vom Verständnis der Rechtsnorm als einem sachbestimmten Ordnungsmodell, vom Verfahren der Konkretisierung statt von demjenigen gesetzessystemistischer Anwendung bestimmt ist, auch bei striktem Normbezug der Konkretisierung und unter dem Gebot rationaler Kontrollierbarkeit der einzelnen Schritte der Rechtsgewinnung wie der Darstellung jede juristische Arbeitsweise als problem- und fallbezogen heraus. Insoweit ist sie in der Tat so strukturiert, wie es der topische Ansatz gegenüber jeder gesetzessystemistischen Verengung des Blickfelds herausgearbeitet hat.

Das Eliminieren der theoretischen und methodischen Konkretisierungsregeln aus dem Geschäft der Verfassungsverwirklichung wird den Problemen heutiger Verfassungsmethodik in der Tat nicht gerecht. Die Aspekte juristischer Methodologie, die Figuren dogmatischer Begründung und lösungstechnischer Bewältigung anstehender Fragen sind in jeden Rechtsgewinnungsvorgang der Praxis verwoben. Dasselbe gilt für die Fragen von Normstruktur und strukturierender Normkonkretisierung, und zwar auch dort, wo sie von den Gerichten in ständiger Praxis unausgesprochen verwendet werden. Die ungesagten, die „verdeckten“ Urteilsgründe finden sich nicht nur im Umkreis verschwiegener rechtspolitischer Wertungen, nicht nur unter den nach den Konsequenzen einer Entscheidung und ihrer Wertigkeit für fundamentale Interessen fragenden Überlegungen. Sie betreffen gleichrangig und in nicht geringerem Umfang rechtstheoretische Grundfragen der Konkretisierung, methodische Hilfgesichtspunkte, dogmatische Konstruktionsversuche und rechtsstaatliche Gebote der Normbestimmtheit und Methodenklarheit. Auch „vernunftrechtliche“ Interessenabwägung kann nicht über die Differenz von Norm und Normtext hinweggehen. Doch soll der Zusammenhang von positivem Recht und Rechtsvernunft nur darin bestehen, „dass der Text überhaupt nur richtig interpretiert werden kann, wenn ihm die Intention der Vernünftigkeit und Unparteilichkeit (zu Recht oder Unrecht) unterstellt wird“; soll eine Norm nur dann einschlägig sein, wenn sie eine „Lösung mittels klarer Worte“ anbietet. Normkonkretisierung in diesem Sinn soll schrumpfen zu einer „Entscheidung, die sich aus dem Text von Gesetz oder Verfassung ergibt“. Die Norm ist aber nicht gleich dem Normtext. Interpretation ist nicht gleich Subsumtion, Konkretisierung nicht gleich Interpretation (Textauslegung). Das Verhältnis von Norm und (Fall-)Problem ist rational in den Griff zu bekommen, nicht ein „Verhältnis von Text und Problem“. Normkonstruktion ist nicht nur Auslegung des Normtextes. Daher kann in dem Zusammenhang von positivem Recht und Rechtfertigungsfähigkeit, aufgefasst nur als derjenige „von Textinter-

pretation und Rücksicht auf die Beurteilung des Ergebnisses", weder der allein entscheidende Punkt im praktischen Vorgang der Rechtsgewinnung noch das beherrschende Hauptproblem juristischer Methodenlehre gesehen werden. Die auf rechtspolitische Interessenberechnung verengte Argumentation vernachlässigt Rationalität und Objektivität von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Sinn rechts(norm)theoretischer und methodischer Rechenschaftslegung, im Sinn von Offenlegung und Fortentwicklung der Mittel ihrer einzelnen Denkschritte, der Struktur ihrer Methoden. Nur so konzipierte Methoden lassen die Einschlägigkeit und den Sachgehalt einer verbindlichen (Verfassungs-)Gesetzesvorschrift in Vermittlung mit dem zu lösenden Rechtsfall und mit den in diesem Rahmen zu entwerfenden Texthypothesen ermitteln. Von jener Position wird das Ziel juristischer Objektivität im Sinn nachprüfbarer und diskutierbarer Durchsichtigkeit juristischer Gedankengänge und Darlegungen auf der einen, im Sinn von Objektgeprägtheit und normorientierter Sachgerechtigkeit auf der ändern Seite vernachlässigt. Ein nicht subsumierbarer Verfassungsnormtext ist konkretisierungsbedürftig, nicht aber für die Entscheidung des Rechtsfalls etwa ohne Belang. Erst hier setzt die ausgedehnte und vielschichtige, die Hauptprobleme von Rechts(norm)theorie und Methodik betreffende, bei Kriele dagegen auf die Rolle scheinrationaler „sekundärer“ Legitimation verengte Problematik von Normstruktur und Normbehandlung in den Einzelheiten praktischer Rechtsfindung ein. Nur mit der „Offenlegung der unbewusst gebliebenen juristischen Denkvorgänge“ im Sinn einer rechtspolitisch-vernunftrechtlichen Struktur aller Rechtsgewinnung und mit der Beschränkung der rechts(norm)theoretischen, methodischen und dogmatisch-konstruktiven Elemente der Rechtsfindung allein auf nachträglich verschleiernde Rechtfertigung gerichtlicher Spruchpraxis aus dem Gesetz wird den in der tatsächlichen Praxis begegnenden Verschleierungen mit allzu begrenzten und insofern mit untauglichen Mitteln begegnet.

JM I, Rn. 114, 136

Norm, sprachliche Gestalt

Die Rede von der Einheit der Verfassung entstammt der Weimarer Zeit. Für Smend ist eine Verfassung die Normierung einzelner Seiten des Vorgangs, in dem der Staat seinen Lebens Vorgang ständig herstellt; sie soll sich daher nicht auf Einzelheiten richten, sondern „auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses“. Das ist ein Denken nicht nur auf das Ganze hin, sondern auch vom Ganzen und seiner Einheit her. Kelsen hat das Bedenkliche dieses Holismus festgehalten. Für ihn ist die Einheit des Staats nur normativ zu begründen, ist die Rechtsordnung nur als logische eine Einheit: mit der Eigenschaft, in Rechtssätzen beschrieben werden zu können, die einander nicht widersprechen. Die formale Größe „Grundnorm“ konstituiert die Einheit in der Vielheit der Normen. Demgegenüber wies Carl Schmitt auf das Unzulängliche einer Auffassung hin, die sich auf den positivistisch isolierten Imperativ beschränkt; es ist hinzuzufügen: vor allem auf die sprachliche Vorform der Norm, den Normtext. Doch überrollt der dezisionistisch existierende Wille, der nur sich selber will, jede sachgebundene Normativität; „das Ganze der politischen Einheit“ (Schmitt) bietet ein extremes Beispiel für unstrukturierten Holismus. Totalität als Quelle von Argumenten neigt zur Macht und ihrer ungestörten Handhabung. Dagegen stehen im Rechtsstaat die Gebote der Rechts- und Verfassungsbindung, der Tatbestandsbestimmtheit, Methodenklarheit und der zureichenden rationalen Begründung. Ein Schlussfolgern vom Ganzen und seiner Einheit her genügt nicht den Anforderungen an demokratisch gebundene, rechtsstaatlich geformte Methoden.

JM I, Rn. 384

Norm, Struktur

Die Ergiebigkeit grammatischer Auslegung erweist sich 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 mehre-

ren 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. 358

Norm, wertausfüllungsbedürftige

Das Eliminieren der theoretischen und methodischen Konkretisierungsregeln aus dem Geschäft der Verfassungsverwirklichung wird den Problemen heutiger Verfassungsmethodik in der Tat nicht gerecht. Die Aspekte juristischer Methodologie, die Figuren dogmatischer Begründung und lösungstechnischer Bewältigung anstehender Fragen sind in jeden Rechtsgewinnungsvorgang der Praxis verweben. Dasselbe gilt für die Fragen von Normstruktur und strukturierender Normkonkretisierung, und zwar auch dort, wo sie von den Gerichten in ständiger Praxis unausgesprochen verwendet werden. Die ungesagten, die „verdeckten“ Urteilsgründe finden sich nicht nur im Umkreis verschwiegener rechtspolitischer Wertungen, nicht nur unter den nach den Konsequenzen einer Entscheidung und ihrer Wertigkeit für fundamentale Interessen fragenden Überlegungen. Sie betreffen gleichrangig und in nicht geringerem Umfang rechtstheoretische Grundfragen der Konkretisierung, methodische Hilfs Gesichtspunkte, dogmatische Konstruktionsversuche und rechtsstaatliche Gebote der Normbestimmtheit und Methodenklarheit. Auch „vernunftrechtliche“ Interessenabwägung kann nicht über die Differenz von Norm und Normtext hinweggehen. Doch soll der Zusammenhang von positivem Recht und Rechtsvernunft nur darin bestehen, „dass der Text überhaupt nur richtig interpretiert werden kann, wenn ihm die Intention der Vernünftigkeit und Unparteilichkeit (zu Recht oder Unrecht) unterstellt wird“; soll eine Norm nur dann einschlägig sein, wenn sie eine „Lösung mittels klarer Worte“ anbietet. Normkonkretisierung in diesem Sinn soll schrumpfen zu einer „Entscheidung, die sich aus dem Text von Gesetz oder Verfassung ergibt“. Die Norm ist aber nicht gleich dem Normtext. Interpretation ist nicht gleich Subsumtion, Konkretisierung nicht gleich Interpretation (Textauslegung). Das Verhältnis von Norm und (Fall-)Problem ist rational in den Griff zu bekommen, nicht ein „Verhältnis von Text und Problem“. Normkonstruktion ist nicht nur Auslegung des Normtextes. Daher kann in dem Zusammenhang von positivem Recht und Rechtfertigungsfähigkeit, aufgefasst nur als derjenige „von Textinterpretation und Rücksicht auf die Beurteilung des Ergebnisses“, weder der allein entscheidende Punkt im praktischen Vorgang der Rechtsgewinnung noch das beherrschende Hauptproblem juristischer Methodenlehre gesehen werden. Die auf rechtspolitische Interessenberechnung verengte Argumentation vernachlässigt Rationalität und Objektivität von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Sinn rechts(norm)theoretischer und methodischer Rechenschaftslegung, im Sinn von Offenlegung und Fortentwicklung der Mittel ihrer einzelnen Denkschritte, der Struktur ihrer Methoden. Nur so konzipierte Methoden lassen die Einschlägigkeit und den Sachgehalt einer verbindlichen (Verfassungs-)Gesetzesvorschrift in Vermittlung mit dem zu lösenden Rechtsfall und mit den in diesem Rahmen zu entwerfenden Texthypothesen ermitteln. Von jener Position wird das Ziel juristischer Objektivität im Sinn nachprüfbarer und diskutierbarer Durchsichtigkeit juristischer Gedankengänge und Darlegungen auf der einen, im Sinn von Objektgeprägtheit und normorientierter Sachgerechtigkeit auf der ändern Seite vernachlässigt. Ein nicht subsumierbarer Verfassungsnormtext ist konkretisierungsbedürftig, nicht aber für die Entscheidung des Rechtsfalls etwa ohne Belang. Erst hier setzt die ausgedehnte und vielschichtige, die Hauptprobleme von Rechts(norm)theorie und Methodik betreffende, bei Kriele dagegen auf die Rolle scheinrationaler „sekundärer“ Legitimation verengte Problematik von Normstruktur und Normbehandlung in den Einzelheiten praktischer Rechtsfindung ein. Nur mit der „Offenlegung der unbewusst gebliebenen juristischen Denkvorgänge“ im Sinn einer rechtspolitisch-vernunftrechtlichen Struktur aller Rechtsgewinnung und mit der Beschränkung der rechts(norm)theoretischen, methodischen und dogmatisch-konstruktiven Elemente der Rechtsfindung allein auf nachträglich verschleiende Rechtfertigung gerichtlicher Spruchpraxis aus dem Gesetz wird den in der tatsächlichen Praxis begegnenden Verschleierungen mit allzu begrenzten und insofern mit untauglichen Mitteln begegnet.

JM I, Rn. 136

Normativität, Begriff

Die Wortlaute, die Normtexte, haben zwei Aufgaben. Zum einen verpflichten sie die „Betroffenen“, d. h. alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, zu einem bestimmten Verhalten. Dieses wird von ihnen dann verlangt, wenn ihre praktische Situation jener eines „gesetzlichen Tatbestandes“, also der im Normtext grob umschriebenen Konstellation, anscheinend entspricht. Für diesen Nexus „Lage - geschuldete Rechtsfolge“ ist der Normtext sozusagen ein Merkposten. Die Prüfung kann nur grob erfolgen, da die Betroffenen typischerweise nicht juristisch geschult sind: also umgangssprachlich, alltagstheoretisch vermittelt, in aller Regel ohne Gesetzeslektüre, mittels der (im Strafrecht) sogenannten „Parallelwertung in der Laiensphäre“. In dieser Teilfunktion hat der Normtext noch nicht „Normativität“, sondern - und zwar gegenüber allen - erst „Geltung“. Wäre das anders, wäre „Geltung“ also bereits „Normativität“, dann müssten - plakativ gesagt - alle Betroffenen im Bereich der Rechtsordnung Fachjuristen sein; glücklicherweise ist dies nur ein Denkspiel. Der Normtext verpflichtet also alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, Fachleute oder Laien, dann, wenn ihr Tun oder Unterlassen tatbestandlich „einschlägig“ ist, rein praktische Quasi-Rechtsnormen („das darf ich nicht“, „das darf ich“, „das muss ich hier so und so machen“) und anschließend praktische Quasi-Entscheidungsnormen zu setzen („das mache ich also nicht“, „das kann ich also tun“, „das mache ich folglich so und nicht anders“). Dabei handelt es sich, genau genommen, um Verhaltensdirektiven als informelle praktische Orientierungen und Entscheidungen.

Derselbe Gesetzestext erfüllt somit bei verschiedenen Adressaten verschiedene Funktionen, erzielt entsprechend unterschiedliche Wirkungen. Die Laien haben Basiskenntnisse des täglichen gesellschaftlichen Lebens aus ihrer schulischen und beruflichen Karriere und ferner diverse Kompetenzen, sich „aus allgemein zugänglichen Quellen“ (so die Formel im Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1) zu unterrichten. Diese liegen in den Medien, aber auch in der Möglichkeit, sich professionell beraten und kundig machen zu lassen. Allerdings ist diese Option durch finanzielle Hürden erschwert, auch durch schichtspezifische bis hin zu Sprachbarrieren.

Rechtsdogmatik und Praxis tragen seit langem dem Informationsabstand zwischen den „betroffenen“ Laien und den „betreffenden“ Fachjuristen angesichts derselben rechtlichen Vorschriften Rechnung: die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ wurde schon erwähnt; auch der Tatbestandsirrtum, der unvermeidliche Verbotsirrtum, die Bestimmtheitsgebote gehören hierher. Die Begründungspflichten und die Grundsätze in dubio pro reo und nulla poena sine lege praevia sind, neben ihrem Stellenwert für den Rechtsstaat, auch im vorliegenden Zusammenhang zu sehen. Das zuletzt genannte Prinzip erinnert - speziell für das Strafrecht - daran, dass Gesetze im Verfassungsstaat der Neuzeit publiziert sein müssen, um (zuerst von Hobbes theoretisch gefasst) als legitim gelten zu können. Auch dies ist für die Bildung eines allgemeinen Basiswissens der Laien ebenso unabdingbar wie für die Möglichkeit, sich von Fall zu Fall näheres Fachwissen zu verschaffen.

Das hiesige Konzept der Adressatendifferenz ist also nicht psychologisch-intentional angesetzt („der“ Gesetzgeber mit seinem „Willen“ in bezug auf „den“ Rechtsunterworfenen), sondern analytisch-funktional. Die pragmatische Linguistik spricht hier von Polyfunktionalität: Die Sprechakttheorie unterscheidet (neben dem Aussagegehalt) einerseits die Sprecherhandlungen (Illokution) sowie andererseits den mit ihnen verknüpften Versuch der Textproduzenten, beim Hörer/Leser etwas zu bewirken (Perlokution). Bei diesem letztgenannten Punkt bietet es sich an, zwischen Bewirkungsversuch, Bewirkungsziel und tatsächlichen Folgen zu unterscheiden. In der Linguistik wird der Strukturierenden Rechtslehre (und damit auch der vorliegenden Methodik) bescheinigt, der Einsicht in die Komplexität des Sprachhandelns zwischen den Normtexte setzenden Instanzen und den am Rechtsleben Beteiligten gerecht zu werden. Dies geschieht hier, was die Begriffe angeht, durch das Auseinanderhalten von „Geltung“ und laienhafter „Bedeutsamkeit“ auf der einen Seite von (vom entscheidenden Juristen erst herzustellender) „Normativität“ und „Bedeutung“ auf der anderen.

Denn die formelle Parallele zur informellen praktischen Orientierung der Laien bilden die von dazu bestellten juristischen Fachleuten im Rahmen ihrer Kompetenz zu erarbeitenden Rechts- und Entscheidungsnormen; mit deren Hilfe lösen sie

autoritativ das, was für die unmittelbar Beteiligten nur ein Lebenssachverhalt, für die Rechtsarbeiter dagegen ein „Rechtsfall“ ist. Ausgangspunkt für diese Operation ist wiederum derselbe Normtext, hier in seiner zweiten Funktion. Er verpflichtet jetzt die „Betreffenden“, die rechtlich zuständigen Amtsträ-

ger, wiederum sozusagen als Merkposten dazu, elaborierte und begründete, also rechtsstaatlich korrekte, vertretbare Rechts- und Entscheidungsnormen zu produzieren und sie als formelle Entscheidung durchzusetzen. Parallel dazu, aber eben informell, außerhalb der staatlichen Institutionen, hatten die „Betroffenen“ die laienhaft angepeilte Verhaltensdirektive ebenfalls durchgesetzt, indem sie sich bemühten, rechtstreu zu agieren.

„Normativität“ kommt dabei erst der institutionell erzeugten Rechtsnorm (in genereller Formulierung) und der aus ihr abgeleiteten Entscheidungsnorm (in individuell-fallbezogener Formulierung) zu. Wäre es anders, wäre „Normativität“ am Ende des komplexen fachlich durchgeführten Semantisierungsvorgangs immer noch nicht mehr als die bloße „Geltung“ des Normtexts am Anfang der Falllösung, dann brauchte man, wiederum plakativ gesagt, überhaupt keine Juristen.

Das Verhältnis zwischen „Gesetz und Urteil“, also zwischen dem gesetzlichen Wortlaut und seiner Bedeutung für den Fall, in der hier gebrauchten Terminologie zwischen Normtext und Rechtsnorm ist also nicht so simpel, wie es die positivistische Tradition hatte glauben machen wollen. Es ist um einiges komplexer, aber nichtsdestoweniger wissenschaftlich strukturierbar und praktisch handhabbar. Linguistisch gesprochen, ist der Wortlaut im Gesetzbuch erst ein Textformular; aber dessen Ausfüllung zum verbindlichen Text der Rechtsnorm ist nicht ins freie Belieben gestellt. Je nach seiner Formulierung, die vager oder präziser, lockerer oder dichter, niemals aber vorweg zuverlässig determinierend sein kann, markiert der Normtext als Eingangsdatum der Entscheidungsarbeit bereits Indizien für die Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit späterer Entscheidungen.

JM I, Rn. 305 ff.

Normativität, Bindung an Gesetz

Rechts-, verfassungs- und staatstheoretische Positionen sind, als vielfach aktualisierte Elemente (verfassungs-)rechtlicher Arbeit, nicht zuletzt an ihrer Ergiebigkeit für deren rationale Strukturierung und kritische Bewertung zu messen. Die herrschenden Positionen reflektieren nur die im engeren Sinn methodologischen Elemente der Textinterpretation. Sie verarbeiten nicht die über sprachliche Auslegung hinausführenden Möglichkeiten der Normbereichsanalyse. Dass die Praxis auf normierte Sachgehalte angewiesen ist und dass damit diese Sachgehalte unter normativen Gesichtspunkten methodisch aufzuschlüsseln sind, wird von positivistischen und neopositivistischen Richtungen der Rechtslehre verfehlt. Es kommt

auch dort nicht in den Blick, wo die Differenz von inhaltlicher Richtigkeit und Entscheidungskompetenz zum Gegensatz von Subjekt und Entscheidungsinhalt zugespitzt, wo die verfassungsrechtlichen Bindungen praktischer Rechtsarbeit vom Akt der Entscheidung verdrängt und damit sachgebundene Normativität von der Geschichtsmächtigkeit eines existierenden Willens aufgehoben wird. Es wird auch von einer soziologistischen Auffassung übersehen, die jede normative Eigenständigkeit rechtlicher Vorschriften im Ergebnis verneint, weil sie das Recht nur als Ausdruck sozialer Vorgegebenheit begreifen will. Doch ist die normierende Kraft des Rechts mehr als nur eine auswählende und verallgemeinernde Formulierung gesellschaftlich bereits „geltender“ Inhalte. Das normtheoretische Problem des Verhältnisses von Recht und Wirklichkeit innerhalb der Normativität gesetzter Vorschriften kann nur von einer Theorie der (Verfassungs-)Rechtspraxis bearbeitet werden, die sich nicht auf die Entwicklung und den Ausbau methodischer Instrumente der Textauslegung beschränken lässt.

JM I, Rn. 422

Normativität, Gegenstand der Methodik

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. 225 f.

Normativität von Sprachregeln

Auch wenn Lexika nicht die Rolle eines Sprachgesetzbuchs übernehmen können, bleibt doch der Sprachgebrauch selbst als normativer Orientierungspunkt: "Gibt es keine externen Hilfsmittel, ist ein eigenes Verständnis zu entwickeln und zu Grunde zu legen. Beispielsweise ging es in BVerwGE 85, 228 um die Frage, ob der Abbau von Sand und Kies im Jadebusen 'Nutzung von Bodenschätzen' ist. Das BVerwG stellt fest, dass der Ausdruck 'Bodenschatz' zwei bedeutungstragende Elemente enthält: Im Wortteil 'Schatz' wird eine wertvolle Eigenschaft des Gegenstandes vorausgesetzt. Außerdem wird mitgedacht, dass der Gegenstand nicht ohne weiteres bekannt oder zugänglich ist und erst aufgesucht und geborgen werden muss. Das setzt sich im Ausdruck 'Bodenschatz' fort. Bodenschätze sind 'Schätze' des Bodens, nicht aber der Boden selbst. Sand und Kies sind im Bereich der Küstengewässer ein üblicher Meeresgrund und kein Bodenschatz."

Vordergründig scheint einiges dafür zu sprechen, sich bei der Erschließung des Wortlauts von Normtexten auf den Sprachgebrauch zu berufen. Schließlich kann nicht jeder reden, „wie ihm der Schnabel gewachsen ist“, ohne zu riskieren, missverstanden oder gar nicht verstanden zu werden. Redet etwa jemand von „Schätzen“, während doch nur wertloser Kram auf dem Boden herum liegt, so riskiert er zumindest, einem verschärften Erklärungsbedarf ausgesetzt zu sein. Eher wird er aber verständnisloses Kopfschütteln oder ratloses Achselzucken ernten. Will man das vermeiden und will man seine Ziele im Rahmen der sprachlichen Verständigung erreichen, so sollte man sich daran halten, „was die Wörter nun einmal bedeuten“.

„Was heißt es“ aber, „dass die Wörter bedeuten, was sie nun einmal bedeuten?“ Kann der Jurist wirklich für seine Arbeit normatives Kapital daraus schlagen? Immerhin scheint es doch so etwas wie sprachliche Korrektheit als Bedingung der Möglichkeit von Verständigung geben zu müssen, wenn man nicht mit jedem Wort heillos aneinander vorbei reden will. Oder wenn man vermeiden will, vor lauter Erklärung dessen, was man eigentlich gemeint habe, überhaupt nicht mehr zu dem zu kommen, was man zu sagen hat (einmal davon abgesehen, dass man bei jedem Wort auch der Erläuterung selbst nie vollständig sicher sein könnte, was es heißen soll). Mit einem „Omnibus“ beispielsweise kann man eben nicht jedes x-beliebige Fahrzeug meinen. Bei allem Streit um die Worte vor Gericht, scheint es doch Grenzen zu geben, an die sich der Wortgebrauch zu halten hat, um einigermaßen einen Sinn zu ergeben. Wenn jemand "kalt" sagt, um uns darauf hinzuweisen, wie warm es ist, wird er sich damit so weit von der Verständigungsbasis entfernen, dass kaum mehr ein Streit darüber möglich erscheint, ob die Raumtemperatur tatsächlich noch als warm oder eher schon als kühl gelten kann. Mit jemandem, der mit dem Zuruf "Grün!" darauf aufmerksam machen will, dass eine Ampel soeben rot geworden ist, scheint kaum noch ein vernünftiges Wort zu wechseln zu sein. Und jemanden, der seinen Schwiegersohn als eingefleischten „Junggesellen“ bezeichnet, scheint man nicht so recht ernst nehmen zu können. Soweit derartige Urteile sinnvoll möglich sind, sollte es doch wohl einen Maßstab für die Angemessenheit und Korrektheit der Verwendung von Wörtern geben – und zwar in Gestalt ihrer jeweils bestimmten „Bedeutung“, die dann auch den praktischen Umgang mit Normtexten zu fundieren vermag. Denn würde jeglicher Maßstab dieser Art fehlen, so ließe sich alles mit allem sagen, so dass umgekehrt mit einem jeden Wort nichts gesagt sein könnte. Der Sprachgebrauch verlöre

sich in einem amorphen Konglomerat von bloßen Lauten und jegliche Verständigung bräche zusammen: "Mit anderen Worten: Wenn es nicht möglich ist, Worte falsch zu verwenden, ist es gleichzeitig unmöglich, überhaupt etwas Bedeutungsvolles zu sagen, also Wahres oder Falsches zu sagen."

Die Freude des Juristen, hier nun endlich handfest Normatives für sein rechtliches Urteil über sprachliche Bedeutung zu finden, wäre jedoch verfrüht. Es bleibt nämlich die Frage, woraus denn sichere Anhaltspunkte für ein solches Korrektheitsurteil zu gewinnen sein sollen; der in den obigen Beispielen als inkorrekt abgewertete Wortgebrauch („kalt“, „grün“, „Junggeselle“) ist immerhin noch als solcher verständlich und damit nicht ganz ohne „Bedeutung“. Bei Licht besehen, steht die als abwegig erscheinende Verwendung eines Wortes lediglich gegen eine andere, die als korrekt weil üblich ausgezeichnet wird. Ein Maßstab setzt eben die Option voraus, in „richtig“ und „abweichend“ zu sortieren, damit das möglich ist, muss die fragliche Äußerung aber überhaupt als sinnvoll und damit als sprachlich etwas bedeutend verstanden werden können. Andernfalls hätte das Korrektheitsurteil keinen Angriffspunkt mehr. Daraus also, "dass ein Wort nicht mit der richtigen Bedeutung verwendet wird", lässt sich nicht schließen, "dass es ohne Bedeutung verwendet wird." Solange eine Äußerung überhaupt verständlich ist, kann ihren Wörtern nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden: "Denn es kann ja sein, dass es einfach mit einer anderen Bedeutung benutzt wird." Ist eine Aussage aber überhaupt verständlich, so kann sie nicht schlichtweg sprachwidrig sein. Denn dafür müsste auf Grund einer völlig verfehlten Verwendung der in ihr vorkommenden Ausdrücke jede Möglichkeit verloren gegangen sein, sie als Äußerung zu verstehen.; jedenfalls dann, wenn man "versucht, die präskriptive Kraft der Konventionen einer Sprache direkt aus der Möglichkeit von Bedeutung selbst herzuleiten".

Das gilt auch für einen Rückgriff auf Sprachregeln. Diese sollen nach der sogenannten „Gebrauchstheorie der Bedeutung“ das Maß für eine angemessene und korrekte Verwendung sprachlicher Ausdrücke abgeben, sollen deren Bedeutung bestimmen und zugleich jeder Äußerung die Grenzen weisen. Regeln „legen“ nach dieser Ansicht „fest, unter welchen Umständen“ ein Ausdruck „sinnvoller- bzw. korrekterweise verwendet werden kann.“ Zwar bleibt es jedem unbenommen, so zu reden, wie ihm der Schnabel gewachsen ist - allerdings um den Preis, entweder nicht ernst genommen zu werden oder sich mit dem, was man zu sagen hat, nicht mehr verständlich machen zu können. Wer das dagegen möchte, hat sich dem Gebrauch anzupassen, den alle anderen von der Sprache machen, die ihrer mächtig sind. Das zu tun heißt eben, sich "an die Regeln halten". In diesem von der Absicht auf Verständigung ausgehenden Druck wechselseitiger Konformität liegt, Kripkes kommunitaristisch gewendetem Wittgenstein zufolge, die ganze Normativität von Sprache; und auf diese Weise verdankt ihm die Sprachphilosophie „einen neuen Slogan: ‚Bedeutung‘ ist normativ.“

Ein derartiger pragmatisch gewendeter Sprachnormativismus scheitert aber wie jede andere normative Unterstellung im Sprachlichen auch am Paradox der Bedeutungslosigkeit fehlerhafter oder abweichender Verwendungen. Nichts belegt das eindrucksvoller als die Situation des Rechtsstreits. Denn vor Gericht geht es sprachlich weder um ein angemessenes Verständnis des Gesetzestextes noch um dessen korrekte Handhabung. Die Feuerprobe auf beides haben die Äußerungen der Parteien bereits bestehen müssen, damit ihr Anliegen überhaupt als ein rechtliches gelten und akzeptiert werden kann. Mit dem Eintritt in das förmliche Verfahren steht nicht mehr die Frage einer möglichen Regelkonformität zur Debatte. Vielmehr treten die entgegengesetzten Rechtsmeinungen genau auf Grund dieser in den Streit ein. Es geht den Parteien nicht darum, welche Bedeutung ein Ausdruck im allgemeinen hat; sondern darum, welche ihm mit Blick auf die jeweils gewünschte Rechtsfolge zukommen soll. Die Frage ist nicht: was ist der sprachlichen Regel gemäß?, sondern: was soll in diesem Streitfall als Regel gelten? Als neutrale, vom Streit unabhängige Berufungsinstanz für die Entscheidung kann die Regel so aber nicht mehr greifen. Der semantische Normativismus scheitert an den Unwägbarkeiten von Sprache als Praxis. Die Vorgänge im Gerichtssaal machen nur noch deutlicher, was im alltäglichen kommunikativen Leben ohnehin vor sich geht. Die eindeutige Entscheidung über die Regelkonformität einer sprachlichen Äußerung kann nicht durch Sprache bereits vorgegeben sein. Das gilt nicht einmal für das Urteil darüber, ob sich der Gebrauch eines Ausdrucks noch im Rahmen des Üblichen bewegt; und noch weniger kann eine Norm bzw. Regel unwiderruflich vorzeichnen, worin in jedem Einzelfall ihre Befolgung bestehen soll. Um dies leisten zu können, müsste die Regel für die Bedeutung sprachlicher Ausdrücke konstitutiv im Sinne Searles sein. Nimmt man das jedoch ernst, so könnte die Regel paradoxerweise genau deshalb nicht das leisten, was sie auf Grund dessen leisten soll, nämlich den abweichenden, verfehlten Sprachgebrauch vom ihr konformen, korrekten zu unterscheiden: „Denn jeder semantisch inkorrekte Gebrauch“ würde damit notwendig zu einem „Bedeutungs-

wandel oder -verlust“. Das heißt aber, dass mit der Ausschließlichkeit der Alternative „korrekt oder bedeutungslos“ ausgerechnet jener Verstoß gegen die Regel als Alternative entfällt, für den sie zur Entscheidung über den Sprachgebrauch einsteht. Dann ist die Regel aber, gegen die eigene Voraussetzung des semantischen Normativismus, allenfalls nur noch „eine behelfsmäßige Durchgangsstation zwischen Satz und Interpretation, welche die Erkenntnis der Struktur erleichtert, für die richtige Interpretation von Äußerungen aber keineswegs notwendig ist.“ Kripke verlangt von der Regel deshalb auch nicht mehr als Übereinstimmung. Diese aber ist, wie schon Wittgenstein geltend macht, in erster Linie nicht eine Übereinstimmung in der Definition von Bedeutung, sondern eine in den Urteilen darüber - und diese mögen so oder so ausfallen. Mit der Frage nach der Bedeutung ist wieder alles offen. Jede Abweichung kann linguistisch als Vorschlag einer neuen Regel, als Neuansatz zu einer Regeländerung gesehen werden. Bedeutungen, Regeln, Konventionen vermögen nicht dem Sprachgebrauch normativ feste Bahnen vorzuzeichnen. Vielmehr unterliegt all dies selbst einer permanenten Bedeutungsgebung für den Sprachgebrauch mittels entsprechender Bedeutungserklärungen. "Bedeutung" erweist sich mit anderen Worten "in dem Sinne als irreduzibel, dass sie nicht mit Hilfe handlungsleitender Normativität erläutert werden kann." Geltung und Verbindlichkeit verdankt Bedeutung allein den Praktiken der Kritik und Korrektur, besonders denen der "Abrichtung", der Belehrung und Einweisung beim Spracherwerb, die auf den ersten Blick den Eindruck einer Verantwortlichkeit von Normen und Regeln für den Sprachgebrauch erwecken sollen. Aufrecht erhalten wird dieser Eindruck jedoch allein durch den faktischen Druck der Umgebung, die sprachliche Konformität mit den entsprechenden Zuweisungen mentaler und sozialer Kompetenz belohnt.

Die Frage ist, was ein normatives Konzept von Sprache, Bedeutung oder Regel dann noch zu tragen vermag. Donald Davidsons Antwort lautet: gar nichts; wenigstens dann nicht, wenn es um die Möglichkeit geht, sich überhaupt sprachlich verständlich zu machen. Bedeutung gewinnen Äußerungen ganz ohne Regeln allein durch Interpretation. Solange dank dieser eine Äußerung noch zu verstehen ist, so lange ist es mit sprachlicher Bedeutung nicht vorbei. Denn "der Begriff der Sprache (...) liegt" nun einmal "im Begriff der Verständigung." Wenn verstehbar und damit bedeutend nur ist, was auch Sprache ist, so muss alles, was verstanden werden kann, zur Sprache gerechnet und muss ihm Bedeutung beigelegt werden. Die Grenzen des Verstehbaren aber sind nahezu unabsehbar weit, wie ein zweiter Blick auf vordergründig noch so abstrus erscheinende Beispiele zeigt. So schließt Ludwig Wittgenstein an seine Aufforderung zu dem "Versuch: Sag 'Hier ist es kalt' und meine 'Hier ist es warm'" nicht etwa gleich die Feststellung an, dieser wäre von vornherein zum Scheitern verurteilt. Vielmehr fragt er: "Kannst du es?". Diese Frage lässt sich leicht bejahen; Ironie ist nur eine von mehreren Möglichkeiten, die einem dazu einfallen. Auch für Wittgenstein ist es offensichtlich eine rhetorische Frage, denn er fährt fort: "Und was tust du dabei? Und gibt es nur eine Art, das zu tun?" Dass dem nicht so ist, zeigt auch ein Blick auf das Beispiel des vordergründig irritierenden Gebrauchs des Wortes "grün" in der Absicht, vor einer rot gewordenen Ampel zu warnen. Der Reigen möglicher Sinngebungen wird dadurch eröffnet, von einem schlichten Lapsus auszugehen, der in der Aufregung unterlaufen ist. Aber selbst dann, wenn sich der Vorfall wiederholt oder der Sprecher uns mit den Worten, "welch hübsches Grün" auf die rote Bluse einer Passantin aufmerksam macht, sind wir mit unserem semantischen Latein noch nicht am Ende; allein schon deshalb nicht, weil die Wiederholung erkennen lässt, dass es sich wohl nicht um Zufall handelt. Für den Sprecher ist "Rot" offenbar dasselbe wie für uns „Grün“. Auch wenn wir Grund haben, ihn für zurechnungsfähig und nicht absichtlich provokant zu halten, bleibt immer noch der Schluss, er leide unter Farbenblindheit. Für ihn mag die Welt aus Grautönen bestehen, auf die er die Farbwörter in seiner unnachahmlichen Art verteilt. Anhand seiner Äußerungen können wir mit einiger Wahrscheinlichkeit annehmen, dass für ihn, gewissermaßen "in seiner Sprache", das Wort "grün" in etwa die Stelle einnimmt, die in unserer Ausdrucksweise das Wort "rot" innehat. Kürzer gesagt, für ihn bedeutet "Grün" Rot.

Das dritte oben genannte Beispiel betraf den Schwiegersohn als Junggesellen. Bei jemandem, der wiederholt so redet, werden wir uns fragen, was er damit sagen will. Wir versuchen zu erklären, was er unter „Junggeselle“ versteht. Gewinnen wir den Eindruck, ein „Junggeselle“ sei für ihn das gleiche wie für uns, dann prüfen wir, was es wohl heißen mag, wenn er seinen Schwiegersohn beharrlich einen solchen nennt. Es lässt sich dann vielleicht unschwer erkennen, dass für ihn "Junggeselle" einen Ehemann bedeutet, der trotz seines Ehestands nicht von den Freuden eines Lebens ohne solchen lassen mag. Der Sprecher mag uns mit der Charakterisierung "Einmal Junggeselle, immer Junggeselle" darin bestärken.

Korrektheit - und damit Bedeutung - ist offenbar nichts, worauf man schlicht Bezug nehmen kann. Wenn man es versucht, so gerät man schon mitten in die Arbeit, sich zum Sinn von Äußerungen und damit zur Bedeutung von Ausdrücken zu erklären. Und das kann man nur tun, indem man sich ein Bild der konkreten Umstände macht, in denen die Ausdrücke ihre Rolle spielen; der „Art“ eben, „wie dieser Gebrauch in das Leben eingreift“. Zu diesen Bedingungen gehört auch die Frage, inwieweit eine Ausdrucksverwendung noch hingenommen werden soll oder wer in welcher Situation derart redet. Für den bekannten Scherzbold mag es angehen, mit dem Wort „kalt“ auf die besonders stickige Hitze des Raums aufmerksam zu machen. Das heißt aber noch nicht, dass dies von jedem akzeptiert wird. Denn das würde einem die Mühe abfordern, uns bei jedem Sprecher zu fragen, ob er sich mit seinen Wort noch auf den uns gewohnten kommunikativen Bahnen bewegt. Was dem Farbenblinden recht ist, wird man nicht allen zubilligen wollen; sonst würden wir bei jedem harmlosen Satz, der ein Farbwort enthält, gleich in Debatten über das zugrundeliegende Farbensystem verwickelt werden. Und dagegen, alle Ehemänner als verkappte Junggesellen zu bezeichnen, werden sich sicherlich jene verwehren, die diesen Familienstand für die eigene Person durchaus ernst nehmen.

Die Grenzen des Normalen und Korrekten im Sprachgebrauch sind, sofern sie sich auf Bedeutung beziehen, durchweg pragmatisch bestimmt. Kommt einem Wort überhaupt Bedeutung zu, so bedarf es einer Entscheidung, möglichst auch einer Rechtfertigung dafür, seinen Gebrauch in der fraglichen Situation als unkorrekt oder inakzeptabel zurückzuweisen. Diese kann sich dabei nicht auf Merkmale berufen, die den Wörtern angeblich anhaften, dadurch deren Bedeutung bestimmen und insofern der sprachlichen Verständigung normativ voraus liegen. Bedeutungen, wie immer man auf sie gekommen sein mag, vermögen keine den Sprechern „gemeinsame Methode oder Theorie der Interpretation“ abzugeben. Bedeutungen sind nicht die normativ anleitende Voraussetzung für Interpretation und Kommunikation, sie sind allenfalls deren Ergebnis. Das weist auf die beiden entscheidenden „Bestimmer“ von Bedeutungen hin: „die Welt und die anderen Menschen“. Bedeutung vollzieht sich in den Bedeutungserklärungen, sie ist Ausdruck der jeweils relevanten, von der Sprechergemeinschaft als verbindlich und normal postulierten Überzeugungen. Diese stehen aber nicht ein für alle mal fest. Vielmehr müssen sie durch die Praktiken dieser Gemeinschaft in gegenseitiger Kontrolle und Korrektur immer wieder aufrecht erhalten und eingesetzt oder aber in Einzelfällen durch die Tolerierung des Befremdlichen verändert werden. Bei solchen Vorgängen gibt es bekanntlich immer Wortführer; das heißt solche Instanzen und Individuen, welche die Mittel und die Autorität haben, einen bestimmten Sprachgebrauch (und damit das, was die Dinge dem Wort nach „sind“) durchzusetzen – die Massenmedien zum Beispiel, oder Juristen. Die Bedeutung eines Ausdrucks kennen, eine Äußerung beim Wort nehmen können, heißt also, die nach vorherrschender Meinung richtigen Dinge dazu zu sagen. Jeder von bestimmten Wortverwendungen ausgehende soziale Druck, es sprachlich ebenso zu machen, ist eine durch und durch praktische Angelegenheit. „Sprache“ als solche gibt das nicht her. Von „Sprache“ bleibt, realistisch besehen, nicht mehr als ein kontextsensibler Differenzierungsprozess, der sich ständig bewegt und verändert. Was man die Bedeutung eines Ausdrucks, nennt ist nur eine mehr oder weniger flüchtige Momentaufnahme innerhalb dieses Vorgangs; ist ein Knoten im einem Netz von Differenzen, den Verständnis und Interpretation erzeugen und den der nächste Akt der Verständigung bereits schon wieder lösen kann. Von der sprachlichen Bedeutung als normativer Legitimationsinstanz für die Rechtsarbeit bleibt nichts übrig. Nur in den Arbeitsvorgängen demokratisch und rechtsstaatlich vertretbarer Entscheidung und ihrer argumentativen juristischen Begründung kann Normativität hergestellt werden.

JM I, Rn. 351e

Normativität, strukturierter Vorgang

Normativ sind 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 Funktio-

nieren 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.

Dass unter den Eingangsdaten der Entscheidungsarbeit der Sachverhalt nicht normativ ist, erstaunt nicht. Dieselbe Aussage überrascht aber zunächst für die Normtexte. Da diese nicht mit der (Rechts- und Entscheidungs-)Norm identisch sind, kommt ihnen Normativität jedoch nicht zu. Diese kann nachpositivistisch als strukturierter Vorgang begriffen werden, der aus dem Zusammenwirken von Normprogramm und Normbereich der Rechtsnorm hervorgeht und sich in die Entscheidungsnorm hinein fortsetzt. „Normativität“ bezeichnet die dynamische Eigenschaft einer Norm, also eines sachgeprägten und strukturierten rechtlichen Ordnungsmodells, sowohl die diesem zugrundeliegende Wirklichkeit zu ordnen als auch selbst durch diese Wirklichkeit bedingt zu werden. Dagegen ist Geltung etwas, das dem geltenden Recht, das heißt: der Normtextmenge (der Gesamtheit aller Normwortlaute in den Gesetzbüchern) zugeschrieben wird. Die Geltungsanordnung besteht darin, Rechtspflichten zu erzeugen: gegenüber den Normadressaten im allgemeinen dahin, sich in ihrem Verhalten, soweit die Normtexte für dieses einschlägig erscheinen, an diesen verbindlich zu orientieren; und gegenüber den zur Entscheidung berufenen Juristen im Sinn einer Dienstpflicht, diese Normtexte, soweit für den Entscheidungsfall passend, zu Eingangsdaten ihrer Konkretisierungsarbeit zu machen, sie also für das Erarbeiten einer Rechts- und einer Entscheidungsnorm tatsächlich heranzuziehen und methodisch korrekt zu berücksichtigen. Diese Verpflichtung ist mehrfach normativ begründet, und zwar - in Verbindung mit den auf den Fall zutreffenden Normtexten - durch Vorschriften wie Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG, durch Prozessgesetze, Beamtengesetze und ergänzende Direktiven.

Unter „Normativität“ wird dabei, wie gesagt, durchgängig keine innewohnende Eigenschaft eines Gesetzestexts oder einzelner Tatbestandsausdrücke verstanden. Wenn hier also gleichwohl bestimmte Textstufen der juristischen Entscheidungsarbeit - im Gegensatz zu anderen - als „normativ“ bezeichnet werden, dann heißt das nur, der betreffende Text sei professionell bereits so weit ausgearbeitet, so weit „konkretisierend“ fortentwickelt, dass wir nunmehr verbindlich etwas „mit ihm machen“, dass wir ihn jetzt tatsächlich ausführen können: indem etwa ein Richter aus dem Text der („normativen“) Rechtsnorm, die er erstellt hat, nunmehr durch einfache Subsumtion die Entscheidungsnorm ableitet; bzw. indem der Ausführungsstab der Justiz- (oder im Fall exekutivischer Entscheidung der Verwaltungs-)organe die Entscheidungsnorm, sobald sie rechts- bzw. bestandskräftig ist, in den positivrechtlich vorgesehenen Formen vollstreckt.

„Normativität“ in diesem Sinn zeichnet also noch nicht die Normtexte aus; wohl aber die (im Fall erarbeiteten leitsatzartigen) Texte von Rechtsnormen für die ihnen zuzuordnende Fallgruppe; und ferner die aus ihnen abgeleiteten Texte der Entscheidungsnormen für den je vorliegenden und damit unterschiedenen Rechtsfall.

Was üblicherweise Rechts„anwendung“ heißt, wird hier ‚auf der Zeitschiene‘ dynamisiert: es wird in zeitliche Verlaufsform gebracht, zu einem Ablaufmodell entwickelt. Es wird, anders gesagt, zunächst einmal auf der Achse „Norm/Fall“ - in der hiesigen Ausdrucksweise: Normtext/Fall - strukturiert. Das veranlasst dazu, etwas zu problematisieren, was im gesetzespositivistischen Paradigma einschließlich seiner para- und antipositivistischen Epizykeln kein Problem zu werden brauchte. Es muss jetzt notwendig gefragt werden, wo in diesem Ablauf, ab wann in diesem „Konkretisierung“ genannten Arbeitsvorgang sinnvoll von „Rechtsnorm“ und von „normativ“ gesprochen werden kann.

Ergebnisse dieser hierauf antwortenden Strukturierung, die zu den Grundlagen des vorliegenden Konzepts zählen, sind vor allem:

- die Abschichtung von Normtext und Norm;
- die stufenweise fortschreitende Unterscheidung von Normtext, Text des Normprogramms, Text des Normbereichs, Text der Rechtsnorm und Text der Entscheidungsnorm ;
- die Bestimmung von „Konkretisierung“ (herkömmlich Rechts„anwendung“) als Rechtserzeugung, als Rechtsnormkonstruktion.

Der Jurist, der zu entscheiden hat, geht also in Stufen vor, bildlich gesprochen. Alle Stufen und Mittel seines Arbeitsvorgangs sind entweder schon vertextet (Normtexte, Texte von Normvorläufern, Texte

aus dem Entstehungsverfahren der fraglichen Normwortlaute, Texte dogmatischer Argumente, usw.) beziehungsweise müssen von ihm vertextet werden. Normtext, Normprogramm, Normbereich (in seiner sekundär sprachlichen Formulierung), Rechtsnorm und Entscheidungsnorm ergeben, vereinfachend gesprochen, fünf Textstufen. Diese bezeichnen zum einen die genannten Strukturbegriffe des Normmodells, zum ändern die hauptsächlichen Stationen des tatsächlichen Konkretisierungsablaufs.

Der Normtext ist abstrakt-generell (die Tradition sagt das von „der Rechtsnorm“) und noch nicht normativ. Der Text der Rechtsnorm ist dann typologisch-generell („in einem Fall wie diesem ... gilt“), jener der Entscheidungsnorm-konkret-individuell. Die Rechtsnorm ist, anders gesagt, die Entscheidung als generalisierbare; oder: Die Rechtsnorm ist der materiellrechtliche Ausspruch des geltenden Rechts für einen Fall „wie diesen“, die Entscheidungsnorm (der Tenor) ist die prozessrechtliche Aussage des geltenden Rechts „für diesen Fall“.

Strukturiert im hier verwendeten besonderen Sinn wird ferner das seit alters her so genannte Verhältnis von „Sein und Sollen“, also die Problemachse „Norm“(Normtext)Wirklichkeit. Dabei wird

- dieses gemeinhin der Rechtsphilosophie überlassene Verhältnis in rechts(norm)theoretische Arbeitsbegriffe (Sachbereich - Fallbereich - Normbereich) aufgelöst und damit zunächst differenziert;

- werden diese Arbeitsbegriffe in die oben genannte realistische zeitliche Verlaufsform eingeführt und insoweit operationalisiert sowie

- die so zustande gekommenen Gruppen von Konkretisierungselementen in doppelter Weise zugunsten der Sprachdaten hierarchisiert: einmal allgemein und in jedem Rechtsfall dadurch, dass die Menge der Realdaten (Sachbereich/Fallbereich) beim versuchten Übergang in das Stadium des Normbereichs am Normprogramm (der ausgearbeiteten und synthetisierten Menge der Sprachdaten) scheitern kann, sei es bei der Relevanz- oder sei es bei der Vereinbarkeitsprüfung. Und zweitens in all den Fällen - also keineswegs in allen -, in denen es zu methodologischen Konflikten zwischen einzelnen Konkretisierungselementen kommt, dadurch, dass die je nach Konfliktgruppe unterschiedenen und abgestuften Präferenzregeln durchweg den je normtextnäheren Elementen den Vorzug einräumen (wobei es sich notwendig nicht mehr um den „bloßen“, sondern stets schon um den interpretierten Gesetzes Wortlaut handelt).

Diese zuletzt genannte hierarchische Strukturierung - Vorrang der jeweils normtextnäheren Elemente - ist ebenso wie die erste - Auswahl der Normbereichsfakten aus den Tatsachen des Sach(bzw. Fall-)bereichs am Maßstab des Normprogramms - nicht diskursintern methodologisch begründet, sondern diskurs-äußerlich durch geltendes Recht: durch die Demokratie- und Rechtsstaatsgebote in diesem System vertexteten geschriebenen Rechts einschließlich seiner rangüberlegenen Verfassungsvorgaben. Im Bereich der Rechtsordnung ist, außerhalb der parlamentarischen Vorschriften, das Hauptmittel, ein gewisses Maß an demokratischer Inhaltsbestimmung der gesellschaftlichen Verhältnisse zu verwirklichen, eben die Normtext- und Normengruppe, die man die „rechtsstaatliche“ nennt. Die Setzung von Normtexten wird durch formale Verfahren und durch Organe/Institutionen allgemein legitimiert. Sie ist im einzelnen oft jahrelang, zuweilen jahrzehntelang (die strafrechtliche Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, u.s.w.) umkämpft und bis in kleinste textliche Nuancen umstritten. Dieses Setzen von Normtexten, in der Regel durch parlamentarische Gremien, kann nur dann implementiert, nur dann einigermaßen gemäß den Positionen solcher politischer Entscheidungsvorgänge umgesetzt werden, wenn sich die Arbeitsmethodik der in Exekutive und Rechtsprechung damit unmittelbar befassten Juristen aus Respekt vor der Demokratie strikt rechtsstaatlich verpflichtet sieht.

Strukturiert im hier verwendeten besonderen Sinn wird ferner das seit alters her so genannte Verhältnis von „Sein und Sollen“, also die Problemachse „Norm“(Normtext)Wirklichkeit. Dabei wird

- dieses gemeinhin der Rechtsphilosophie überlassene Verhältnis in rechts(norm)theoretische Arbeitsbegriffe (Sachbereich - Fallbereich - Normbereich) aufgelöst und damit zunächst differenziert;

- werden diese Arbeitsbegriffe in die oben genannte realistische zeitliche Verlaufsform eingeführt und insoweit operationalisiert sowie

- die so zustande gekommenen Gruppen von Konkretisierungselementen in doppelter Weise zugunsten der Sprachdaten hierarchisiert: einmal allgemein und in jedem Rechtsfall dadurch, dass die Menge der Realdaten (Sachbereich/Fallbereich) beim versuchten Übergang in das Stadium des Normbe-

reichs am Normprogramm (der ausgearbeiteten und synthetisierten Menge der Sprachdaten) scheitern kann, sei es bei der Relevanz- oder sei es bei der Vereinbarkeitsprüfung. Und zweitens in all den Fällen - also keineswegs in allen -, in denen es zu methodologischen Konflikten zwischen einzelnen Konkretisierungselementen kommt, dadurch, dass die je nach Konfliktgruppe unterschiedenen und abgestuften Präferenzregeln durchweg den je normtextnäheren Elementen den Vorzug einräumen (wobei es sich notwendig nicht mehr um den „bloßen“, sondern stets schon um den interpretierten Gesetzes Wortlaut handelt).

Diese zuletzt genannte hierarchische Strukturierung - Vorrang der jeweils normtextnäheren Elemente - ist ebenso wie die erste - Auswahl der Normbereichsfakten aus den Tatsachen des Sach(bzw. Fall-)bereichs am Maßstab des Normprogramms - nicht diskursintern methodologisch begründet, sondern diskurs-äußerlich durch geltendes Recht: durch die Demokratie- und Rechtsstaatsgebote in diesem System vertexteten geschriebenen Rechts einschließlich seiner rangüberlegenen Verfassungsvorgaben. Im Bereich der Rechtsordnung ist, außerhalb der parlamentarischen Vorschriften, das Hauptmittel, ein gewisses Maß an demokratischer Inhaltsbestimmung der gesellschaftlichen Verhältnisse zu verwirklichen, eben die Normtext- und Normengruppe, die man die „rechtsstaatliche“ nennt. Die Setzung von Normtexten wird durch formale Verfahren und durch Organe/Institutionen allgemein legitimiert. Sie ist im einzelnen oft jahrelang, zuweilen jahrzehntelang (die strafrechtliche Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, u.s.w.) umkämpft und bis in kleinste textliche Nuancen umstritten. Dieses Setzen von Normtexten, in der Regel durch parlamentarische Gremien, kann nur dann implementiert, nur dann einigermaßen gemäß den Positionen solcher politischer Entscheidungsvorgänge umgesetzt werden, wenn sich die Arbeitsmethodik der in Exekutive und Rechtsprechung damit unmittelbar befassten Juristen aus Respekt vor der Demokratie strikt rechtsstaatlich verpflichtet sieht. Umgekehrt und hierzu ergänzend, tragen größtmögliche Rationalität des Entscheidens und Ehrlichkeit des Begründens gegenüber den im Verfahren direkt Betroffenen, gegenüber der interessierten (Fach-)Öffentlichkeit, den an wissenschaftlicher Debatte und am rechtspolitisch fortgeführten Kampf Beteiligten im ‚Rechtskreislauf‘ dazu bei, die Argumentationen leichter nachvollziehbar, sie sachlich genauer diskutierbar zu machen: also in diesem allgemeinen Sinn zu einer Demokratisierung juristischer Diskurse.

JM I, Rn. 225 ff., 549 ff.

Normativität, verfassungsgebende Gewalt

Für die „verfassungsgebende Gewalt“ liegt die Konkretisierung der Verantwortlichkeit vor dem Volk im Festhalten an den als legitim akzeptierten Normen, Institutionen und Grundsätzen der Verfassungsordnung, die nach ständiger Aktualisierung verlangen. Für die sonstigen Staatsgewalten liegt die Konkretisierung der Verantwortung vor dem Volk darin, diesen Anforderungen der verfassungsgebenden Gewalt nachzukommen. Angesichts der Erwartungen, die unter dem Aspekt verfassungsgebender Gewalt an die praktisch verwirklichte Verfassungsordnung gestellt werden, erweist sich diese als durchgehend normativ strukturiert. Verfassungsgebende Gewalt als sachlicher Kernbestand der Verfassung und die übrigen verfassungsrechtlichen Normen stehen im Verhältnis des Fundaments zu den ins einzelne gehenden Aktualisierungen, nicht aber in dem einer sachleer-dezisionistischen Isolierbarkeit. Beide, der verfassungsrechtliche Normenkern und die Verfassungsrechtsordnung im ganzen, sind in der Zeit normativ. Sie sind zwei verschiedene Aspekte von Legitimität als eines geschichtlich zu realisierenden normativen Anspruchs des Verfassungsstaats.

Somit ist die Frage nach Legitimität eine Frage nach Normen. Sie ist die Frage nach einem sachbestimmten Ordnungsmodell, nach einem Gestaltungs- und Tätigkeitsentwurf staatlicher Organisation. Legalität ist gegen Legitimität auf dem Boden der hier entwickelten Theorie der Rechtsnorm nicht ins Feld zu führen, solange die Konkretisierungen verfassungsgebender Gewalt in Verfassungsgesetzgebung, Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, Rechtsprechung und im „Verfassungsleben“ insgesamt auf dem Boden des normativen Legitimitätskerns bleiben. Herkömmliche Interpretation der Verfassungsgesetzestexte wie umfassende Konkretisierung der Verfassungsnormen mit Hilfe der hier vorgeschlagenen Strukturierenden Methodik lassen somit keine Möglichkeit, berechtigtermassen Legalität gegen Legitimität oder Legitimität gegen Legalität zu Lasten der normativen Kraft der positiven Ver-

fassung auszuspielen, solange der normative Kern (den Art. 79 Abs. 3 GG unter dem Teilaspekt der Verfassungsänderung zu formulieren versucht) gewahrt bleibt.

Die Frage der Legitimität stellt sich auch mit Blick auf den hier gegebenen Begriff der (vom Rechtsarbeiter jeweils erst zu konstruierenden) Rechtsnorm. In einer rechtsstaatlich unentwickelten (archaischen oder diktatorischen) Ordnung bedarf es keiner „Rechtsnorm“. Dort genügen

(1) im Gewohnheitsrecht die tradierten Formeln (die keine „Normtexte“ sind) zusammen mit dem Ausspruch der Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalls; beziehungsweise

(2) in nicht-rechtsstaatlichen Ordnungen mit Kodifikationen (sei es historisch früh, wie schon in der sumerischen Polis, sei es in Diktaturen) die fraglichen Normtexte, ergänzt durch den Ausspruch der Entscheidung.

In diesem zweiten Falltypus gibt es zwar geschriebene Gesetze, aber keinen Verfassungsstaat mit Rechtsstaatsnormen, auch nicht den entwickelten Zusammenhang: politische Demokratie - Rechtsstaat - rechtsstaatlich rationalisierte Rechtsmethodik. Eben dieses verfassungsrechtliche Umfeld, das hier noch fehlt, macht die „Rechtsnorm“ im demokratischen Rechtsstaat vom Typus des Grundgesetzes notwendig und funktional.

In den beiden vorgenannten Typen von Staatswesen trägt die Entscheidung sei es persönliches Charisma oder traditionale Legitimierung im ersten, sei es die bereits kodifizierte Autorität bzw. der diktatorische Gewaltzusammenhang im zweiten Fall.

Immer aber legitimiert die Einzelfallentscheidung als solche; sei es durch diese Richterperson (Gewohnheitsrecht mit zum Teil auch noch charismatischer Legitimierung), sei es durch einen richterlichen Funktionsträger (frühe Rechtsordnung mit Kodifikationen), sei es durch einen Funktionär der Diktatur. Die typische Textabfolge kennt nur zwei Stufen: „Wer das und jenes tut, wird so und so bestraft“ (Gewohnheitsrechtsformel oder bereits kodifizierter Normtext) - „Der Angeklagte wird so bestraft“ (Entscheidungsformel).

Im rational organisierten und demokratisch entwickelten Rechtsstaat wird dagegen das Zwischenglied der vom Rechtsarbeiter abstrakt und generell zu formulierenden Rechtsnorm zur nunmehr allgemeinen, d. h. verallgemeinerungsfähigen Legitimation gebraucht und daher in Form eines abstrakt/generell vertexteten und niedergeschriebenen „Leitsatzes“²³⁵ als zusätzliche Textstufe eingeschaltet. Die dafür typische Textabfolge lautet (unter Überspringen der weiteren Stufen von Normprogramm- und Normbereichstexten): „Wer das und jenes tut, wird so und so bestraft“ (Normtext) - „In einem Fall wie diesem . . . muss - wer auch immer - stets so bestraft werden“ (Text der Rechtsnorm) - „Da es sich vorliegend um einen derartigen Fall handelt, wird der Angeklagte so bestraft“ (Text der Entscheidungsnorm).

Auch unter dem speziellen Aspekt der im Einzelfall erst zu erzeugenden Rechtsnorm legitimiert nur, was verallgemeinert werden kann; ist Legitimität an die rationale Allgemeinheit der europäischen Aufklärung, an Kommunizierbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Einsichtigkeit gebunden. Moderne Diktaturen oder sonstige autoritäre Gemeinwesen der Neuzeit sind, auch unter diesem Gesichtspunkt, Rezidive, sind Rückfälle in den Typus der Legitimation in actu (Einzelentscheider, Einzelfall) ohne Rücksicht auf die Generalisierbarkeit und damit auch auf die Schriftlichkeit, die Textlichkeit ihrer Gründe. In den Rechtsstaaten bietet das Institut der Gnadenentscheidung das Beispiel eines archaischen Relikts, bestimmten (in diesem Fall symbolisch überhöhten, pseudo-charismatischen) Funktionären an der Staatsspitze rechtlich überantwortet und — im Unterschied zur gesetzlichen Amnestie -personal gefärbt, diskretionär, sich in actu selbst rechtfertigend. Die rechtspolitischen Versuche, das Begnadigungsrecht an gesetzlich formulierte Voraussetzungen und Maßstäbe zu binden, wollen den Archaismus, der in diesem Rechtsinstitut fortbesteht, sozusagen rechtsstaatlich aufholen.

JM I, Rn. 293 ff.

Normbereich, Analyse

Der Vorgang praktischer Erarbeitung von Rechtsnormen für zu regelnde Rechtsfälle erweist sich als strukturiert. Nur in relativ seltenen Grenzfällen ist er als „Anwendung“, als „syllogistischer Schluss“

oder als „Subsumtion“ erfassbar, wie es der Gesetzespositivismus allgemein glauben machen möchte. Die Rechtsnorm ist mehr als der anfängliche Normtext. Die Interpretation des Normtextes bildet einen wichtigen, aber meist nicht den einzigen Bestandteil der Umsetzung legislatorischer Signale auf zu entscheidende Fälle der sozialen Wirklichkeit. Daher ist nicht länger nur von Interpretation oder Auslegung, also von Normtextbehandlung zu sprechen, sondern umfassend von Normkonkretisierung.

Der Normtext ist nicht das Gesetz, sondern eine Vorform des Gesetzes. Die Normen gehen aus dem Vorgang praktischer Falllösung als sachbestimmte Ordnungsmodelle hervor, die sowohl nach den einzelnen Rechtsdisziplinen als auch innerhalb dieser strukturell und funktionell zu differenzieren sind. Je nach dem Typus von Normstruktur (Generalklausel, Spezialnorm, Materienregelung, Legaldefinition, Verweisungsnorm, Grundrecht, Verfahrensvorschrift, Formbestimmung, Fristregel u.s.w.) wird mehr oder weniger deutlich, dass praktisch wirkende Normativität rechtlicher Vorschriften in grundsätzlich gleicher Weise wie durch die von Texten gelieferten Entscheidungsaspekte auch durch den Sachgehalt des Normbereichs mitbegründet wird, soweit er ein begriffener Sachgehalt ist. Aus den allgemeinen Berührungspunkten der Norm mit der sozialen Realität, dem „Sachbereich“ bzw. dem daraus verdichteten Fallbereich hebt das (mit den Mitteln der Textinterpretation zu erarbeitende) Normprogramm den für praktische Normativität mitkonstitutiven Normbereich heraus. Der Normbereich ist somit umschrieben als die Grundstruktur des Ausschnitts sozialer Wirklichkeit, den „sich“ das Normprogramm als Regelungsfeld ausgesucht und/oder häufig erst geschaffen hat. Anders ausgedrückt: „Normbereich“ heißt die Grundstruktur des Sachbereichs der Rechtsnorm; also die Summe und der Zusammenhang der vom Rechtsarbeiter anhand des Normprogramms als mit diesem vereinbar und für die Falllösung wesentlich, damit aber als (mit-)normativ begründbaren Tatsachen. Ist der Normbereich zur Gänze rechtserzeugt (wie etwa bei Vorschriften über Fristen, Termine, Formalien, bei gewissen Institutions- und Verfahrensregeln, bei abstrakter Abgrenzung von Rechtswegzuweisungen u.s.w.), dann liefert er oft keine zusätzlichen Gesichtspunkte. In diesen Fällen kann die Konkretisierung insgesamt als Auslegung des Normtextes erfolgen, d. h. durch Bestimmung des Normprogramms mit Hilfe aller anerkannten Interpretationselemente von der grammatischen Auslegung bis zu methodischen Figuren einzelner Rechtsgebiete. Dort dagegen, wo das Normprogramm auf soziale Strukturen verweist (Ehe und Familie, Handelsgesellschaften, die Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts, Grundrechte und so weiter), auf typisierbare Handlungs- bzw. Verhaltenszusammenhänge (z. B. im Strafrecht), oder wo es Funktionsabläufe erfasst (Verfahrensrecht, Funktionsnormen von Institutionen, Gerichtszweigen u.s.w.) bzw. Sachmaterien umschreibt (Kompetenzregeln), gehören Sachgesichtspunkte aus der sozialen Wirklichkeit, d. h., begriffene Sachgegebenheiten, erfahrungsgemäß und legitimermaßen zu den Determinanten der Fallentscheidung durch Normkonkretisierung. Diese Sachfaktoren der Rechtsnorm sind empirisch zu ermitteln und mit den Elementen der Normtextauslegung rational, d. h. durch eine nicht zuletzt auch systematisch ansetzende Methodik, in Beziehung zu bringen. Wieweit das fachlich kompetent oder dilettantisch erfolgt, ist unmittelbar eine Frage der Juristenausbildung. Die Tendenz der Hochschulpolitik zu kostensparender „Effizienz“ und gegen Wissenschaftlichkeit der Ausbildung lässt für die Zukunft wenig Hoffnung. Davon abgesehen, erfordert Normbereichsanalyse als wesentlicher Faktor juristischer Entscheidung aber auch grundsätzlich eine funktionale Arbeitsteilung zwischen Juristen und anderen Sozialwissenschaftlern - eine Zusammenarbeit, welche die nichtjuristischen Beteiligten nicht an ihnen fremde normative Fragestellungen ketten, sondern vielmehr die methodische und politische Verantwortung für das Ganze der rechtlichen Entscheidungsvorgänge bei den normkonkretisierenden Juristen belassen soll.

Es ist wichtig, angesichts dieser nach-positivistischen⁶ Rechtsnormtheorie und Methodik nicht in die Haltung pseudo-wissenschaftlicher Verdinglichung zurückzufallen, die den Gesetzespositivismus kennzeichnet. Es ist wichtig, sich über folgendes klar zu sein: „Das“ Normprogramm ist ebenso wenig wie „der“ Normbereich, Sach- und Fallbereich etwas, das dinghaft vorgegeben wäre und das daher nur noch richtig entdeckt, nachvollzogen, aufgefunden werden müsste. Diese Lebenslüge eines formalistischen Rechtsstaatsverständnisses wird mit der hier vorgeschlagenen Konzeption verlassen. Die genannten Begriffe sind wie die ändern, mit denen diese Methodik operiert, Arbeitshypothesen; genauer: Arbeitsanforderungen an den Juristen, soweit er rechtsgebunden zu entscheiden hat. Der Begriff „Normbereich“ besagt in diesem Zusammenhang: Die Fakten, die in einem Entscheidungsfall ins Spiel zu bringen sind, dürfen nicht wahllos („pragmatisch“ je nachdem, ob es „in den Kram passt“ oder nicht) zu mitbestimmenden Faktoren der Entscheidung gemacht werden, sondern nur in generalisierbarer Form. Der Gesetzespositivismus kann nicht auf der Seite des bewussten Einbeziehens der

sozialen Wirklichkeit überwunden werden, wenn man auf der Seite seiner rechtsstaatlichen Technizität und Formqualitäten verfassungsgeschichtlich hinter ihn zurückfällt. Eine nach-positivistische Rechtsnormtheorie und Methodik muss versuchen, beiden Varianten von Rationalität gerecht zu werden. Regeln für die Verallgemeinerungsfähigkeit der normativ relevanten Sachbestandteile der Rechtsnorm entwickelt deshalb die vorliegende strukturierende Methodik mit ihren Aussagen zu Elementen aus dem Normbereich und über deren Beziehungen zu den übrigen Elementen.

Normbereichsanalyse ist ein Teilvorgang der Rechtsnormkonkretisierung. Sie ist kein Verfahren der Sozialwissenschaften, sondern eines der angewandten Rechtswissenschaft. Sie bringt keine „neuen“ sozialwissenschaftlichen Ergebnisse, sondern Elemente für die juristische Arbeit.

Normbereichsanalyse gehört zur Rechtsnormkonkretisierung. Sie kann Konkretisierung nicht grundsätzlich verändern, macht sie aber vollständiger, methodisch genauer und damit kontrollfähiger. Sie weist die immer schon einfließenden Sachargumente aus dem tatsächlichen Umfeld, in dem die rechtliche Vorschrift wirken soll, aus und weist ihnen zugleich, orientiert an den interpretierten Sprachdaten (Normprogramm) ihren Platz zu. Fragestellungen in diesem Zusammenhang sind typischerweise etwa die folgenden: Setzt das Normprogramm die einen oder anderen der im Entscheidungsvorgang ins Spiel gebrachten Realdaten notwendig voraus? Spart der Normtext sie aus oder sagt er etwas zu ihnen; „regelt“ er sie, und wenn ja, in welcher Richtung? Schließt das Normprogramm die fraglichen Tatsachen aus oder ein? Wie werden die tatsächlichen Gegebenheiten im Umkreis der Vorschrift, die zu konkretisieren ist, von den vorhersehbaren Folgen der ins Auge gefassten Entscheidung berührt werden und welche Bedeutung haben sie für die Realisierbarkeit der Entscheidung selbst? Auch die Denkoperation der Folgenbewertung⁷ kann, statt methodisch weiterhin in der Beliebigkeit vernünftiger Alltagstheorien zu verbleiben, durch eine methodisch vollständige, ausgewiesene und offen dargestellte Normbereichsanalyse an Präzision und Kontrollierbarkeit nur gewinnen.

JM I, Rn. 481 ff.

Normbereich, Begriff

Eine Rechtsnorm ist mehr als der Normtext. Dagegen ist nach Ansicht von Larenz nur ein Teil der Vorschriften von der Art, die es bei der Gesetzesinterpretation erforderlich macht, über Normtextauslegung hinauszugehen. Wo das Gesetz durch abstrakt-allgemeine Gattungsbegriffe seinen Anwendungsbereich genau festlegt, könne sich die Rechtsarbeit als bloße Subsumtion vollziehen. Erst außerhalb abstrakt-allgemeiner Gattungsbegriffe bedürfe es, als Voraussetzung der Rechtsanwendung, einer Typenbildung und damit auch eines Heranziehens von Argumenten aus dem Normbereich. Das Gegenüberstellen von Begriff und Typus wird von Larenz u. a. damit begründet, dass der Begriff keine Abstufung seiner Merkmale zulasse. Diese Trennung von Typus und Begriff macht jedoch die Schwierigkeiten seiner Position deutlich: Zwar gelingt es Larenz, die Schwächen der traditionellen Logik und der ihr entsprechenden Begriffslehre aufzudecken. Aber die Ausarbeitung seines Gegenvorschlags legt als logische und definitionstheoretische Prämissen ungefragt zugrunde, es handle sich bei „Typen“ um unscharfe Klassenbegriffe und damit um eine Abweichung von den allein korrekten klassifikatorischen Begriffen. Schon deshalb kann die Larenzsche Lehre vom Typus nicht berücksichtigen, dass die moderne Logik und Wissenschaftslehre in Form der komparativen Begriffe eine Abstufung von Eigenschaften durchaus zulassen.

Die Gegenüberstellung von Begriff und Typus auf der Ebene der Begriffslehre ist somit nicht schlüssig. Der Wirklichkeitsbezug eines Normtextes hängt nicht von der Unterscheidung von Begriff und Typus ab. Nicht die Begriffslehre bietet den entscheidenden Ansatzpunkt, sondern die Frage, wie Normtext und soziale Wirklichkeit in der Rechtsnorm strukturell verbunden sind. Diese Frage muss auf der Ebene des Textes und nicht auf der isolierter Begriffe diskutiert werden. Dieser Ansatz erlaubt es, die Eigenart juristischer Begriffe als sachbezogene, ordnende Abkürzungsformeln für Inhalte zu bestimmen, von denen sie nicht etwa abstrahieren, sondern die sie gegenüber ihrem nicht normierten Dasein zu einem Aliud umformen. Bei dieser Umformung bewahrt die Rechtswissenschaft eine funktionelle Beziehung zu den genetisch vorhergehenden, von anderen Wissenschaften geprägten oder vorwissenschaftlichen Begriffsgebilden. Auf dieser Grundlage kann für jeden Gesetzestext zwischen dem Selbstaussagewert des Normtextes und seinem Verweisungscharakter unterschieden

werden, so dass im Unterschied zum verdeckten Einbeziehen von Sachelementen im Verlauf begriffsjuristischer Deduktionen ein kontrolliertes Einbeziehen der Sachelemente möglich wird.

Erst aus der Bearbeitung des Normtextes, mehr noch: aus der Verarbeitung sämtlicher Sprachdaten gewinnt der Rechtsarbeiter zunächst das Normprogramm, den herkömmlich so verstandenen „Rechtsbefehl“. Gleichrangig gehört zur Norm der Normbereich, d. h. der Ausschnitt sozialer Wirklichkeit in seiner Grundstruktur, den das Normprogramm aus dem allgemeinen Regelungsbereich der Rechtsnorm auswählend zu bestimmen erlaubt. Der Normbereich kann rechtserzeugt sein (Vorschriften über Fristen, Termine, Formvorschriften, Institutions- und Verfahrensregeln usw.) oder nicht rechtserzeugt (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und vergleichbare Vorschriften)¹⁵³. Es ist nicht notwendig so, dass bei rechtserzeugtem Normbereich dessen Analyse nichts Eigenes gegenüber der Arbeit mit den Sprachdaten und ihrem Ergebnis, dem Normprogramm, beitragen könnte. Vielmehr kommt es auch hier auf den Falltypus an. Bei Vorschriften über den Aufbau von Institutionen (zum Beispiel: Gerichtsbarkeit) oder bei der Normierung von Kompetenzen bezüglich rechtserzeugter Normbereiche (vgl. die zahlreichen Beispiele in den Kompetenzkatalogen der Art. 73 ff. GG) können empirische Ergebnisse der Planungswissenschaft, der Bürokratieforschung, der Organisationslehre und ähnliches eine wichtige Rolle spielen, soweit die zu entscheidenden Rechtsfragen mit dem inhaltlichen Funktionieren der Institutionen zu tun haben. Wo es dagegen nur um das Abgrenzen solcher Kompetenzen oder Organisationsbereiche geht, etwa bei Fragen prozessualer Zuständigkeit, beschränkt sich die Konkretisierung auf Interpretation, also auf Normtextbehandlung und das Erarbeiten eines Normprogramms.

In den meisten Fällen weist der Normbereich sowohl rechtserzeugte als auch nicht-rechtserzeugte Bestandteile auf. So sind im Normbereich von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die tatsächliche Konstituierung politischer Richtungen und Bestrebungen und ihre jeweilige inhaltliche Programmatik nicht rechtserzeugt, wohl aber die rechtlichen Formen der Gruppierung wie: nichtrechtsfähiger Verein, rechtsfähiger Verein usf. Innerhalb des Normbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG sind die Personengemeinschaften in ihrem tatsächlichen Zustandekommen nichtrechtlichen Ursprungs; wohl aber sind die bestimmten Formen, in denen diese Rechtsordnung Personengemeinschaften als „Ehe“ und „Familie“ anerkennt und schützt, rechtlich begründet und begrenzt. Der Normbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist sachlich enger umschrieben wie stärker geregelt als der von Art. 9 Abs. 1. Das im Ausgang vom Normtext durch umfassende Sprachauslegung formulierte Normprogramm bestimmt in seinem Umfang wie in seiner Abgrenzung denjenigen Ausschnitt sozialer Realität, der nicht nur irgendwie in Zusammenhang mit dem „Rechtsbefehl“ stehen, sondern der sachlich mitkonstituierend zur Norm gehören soll. Normbereiche wie die des 8. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 83 ff. GG) oder wie beispielsweise solche, die sich auf die Rechtsprechung beziehen (Art. 92 ff. GG), erweisen sich, so wie sie von den entsprechenden Normtexten und Normprogrammen umschrieben werden, als so gut wie vollständig rechtserzeugt und damit als genauer und zuverlässiger bereits im Normtext formulierbar denn die Normbereiche von Grundrechten oder verfassungsrechtlichen Grundsatznormen (wie Art. 20, 21, 79 Abs. 3 GG u. ä.). Im Verfassungsrecht zeigt es sich besonders deutlich, dass eine Rechtsnorm kein gegenüber ihrem Regelungsbereich isolierbares hypothetisches Urteil ist, keine der Wirklichkeit autoritativ übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sozialbereichs. Dementsprechend erweisen sich „normative“ und „empirische“ Elemente des fallentscheidenden Rechtsbildungs- und Begründungszusammenhangs als vielfach aufeinander angewiesen und insofern als von gleichrangiger Wirkung. Innerhalb des tatsächlichen Vorgangs praktischer Rechtskonkretisierung sind „Recht“ und „Wirklichkeit“ keine selbständig je für sich bestehenden Größen. Die Anordnung und das durch sie Geordnete sind prinzipiell gleichrangig wirksame Momente der Konkretisierung von nur relativer Unterscheidbarkeit. Was rechtlich normativ wirkt, erweist sich im Einzelfall aufgrund eines Zusammenspiels von Gesichtspunkten, die in der Rechtsphilosophie herkömmlich als abstrakte Metaphern wie „Norm“ und „Faktum“ bzw. als deren gleichfalls abstraktes „Verhältnis“ auftauchen. Die Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnisse, in der Rechtsprechung nicht zufällig, wenn auch eher verdeckt als offen, immer wieder zum Bestandteil der Konkretisierung gemacht, prägt die normative Wirkung der Rechtsnorm. Soweit sie in diesem Sinn zum Normbereich gehört, erweist sie sich rechts(norm)theoretisch wie methodisch als Element der rechtlichen Regelung. Auch in dieser Hinsicht wird verständlich, warum ein Rechtssatz nicht einfach „anwendbar“ ist, wie der Gesetzespositivismus annehmen wollte. Ausgehend vom Normtext, regelt vielmehr der Rechtsarbeiter über die Zwischenstufe der Rechtsnorm schließlich den kon-

kreten Einzelfall in Gestalt der Entscheidungsnorm. Diese ist keine selbständige Größe neben der Rechtsnorm. Sie ist deren jeweils von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin abschließend individualisierter Aggregatzustand, d. h.: sie muss ihr methodisch zugerechnet werden können. Mit der Erzeugung der Entscheidungsnorm gewinnt die Tätigkeit des Rechtsarbeiters ihren prägnantesten, praktischsten Ausdruck. Hier wird soziale Realität normativ verändert, in der jeweiligen Schlussaussage „Entscheidungsnorm“ wird juristisches Handeln unmittelbar rechtsverbindlich. Sieht man diesen wesentlichen, weil normativen Aspekt von Rechtsarbeit, ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten, die Betonung auf Entscheidungs„norm“ zu legen und diesen Begriff beizubehalten.

Der Normbereich ist also nicht mit den sachlichen Einzelheiten des Sachverhalts identisch. Er ist ein Strukturbestandteil der Rechtsvorschrift selbst. Die am Normprogramm ausgerichtete und begrenzte Ermittlung der Realdaten ergibt den Normbereich der Rechtsnorm. Das bedeutet arbeitsmethodisch: Sachgehalte dürfen nicht wahllos in den Konkretisierungsvorgang eingehen, sondern nur in textorientierter und verallgemeinerungsfähiger Form; auch hierüber hat eine nachpositivistische Methodik Regeln zu entwickeln. Der Jurist, dem eine Entscheidung anhand des geltenden Rechts abverlangt wird, geht vom Sachverhalt aus. Er wählt mit Hilfe von dessen Merkmalen aus der Normtextmenge des sogenannten geltenden Rechts diejenigen Normtexthypothesen, die er nach seinem Vorwissen für einschlägig hält. Er kommt von diesen zu den Sachbereichen der durch die Auswahl der Normtexthypothesen als einschlägig unterstellten Vorschriften. Aus Gründen der Arbeitsökonomie verengt er diese Sachbereiche in der Regel zu Fallbereichen und erarbeitet in der Folge aus der Interpretation sämtlicher Sprachdaten das Normprogramm. Mit dessen Hilfe wählt er aus dem Fallbereich - der gegenüber der größeren und unbestimmteren Faktenmenge aus dem Sachbereich den fallbezogenen Filter bildet, somit eine sonst oft übergroße Komplexität auf arbeitstechnisch wünschenswerte Art einschränkt - schließlich den Normbereich als Sachbestandteil der Rechtsvorschrift.

Der Normbereich ist nicht eine Summe von Tatsachen, sondern ein als real-möglich formulierter Zusammenhang von Strukturelementen, die in der auswählenden und wertenden Perspektive des Normprogramms aus der sozialen Realität herausgehoben werden und im Regelfall zumindest teilweise rechtlich geformt sind. Wegen seiner auch rechtlichen Formung und wegen seiner Auswahl durch die Perspektive des Normprogramms geht der Normbereich über bloße Faktizität eines Ausschnitts außerrechtlicher Wirklichkeit hinaus. Er ist nicht im Sinn einer „normativen Kraft des Faktischen“ deutbar. Damit erweist sich die im Fall je erst zu produzierende Rechtsnorm als sachgeprägtes Ordnungsmodell; als verbindlicher Entwurf einer Teilordnung der Rechtsgemeinschaft, die der Rechtssatz (Normtext) sprachlich vorbereitet, in der das Ordnende und das zu Ordnende notwendig zusammengehören und einander in der Praxis der Rechtsverwirklichung unabdingbar ergänzen und abstützen. Eine Rechtsregel ist nicht ein von seinem Geltungsraum abstrakter, gegenüber dem von ihm angezielten Wirklichkeitssegment isolierter Befehl, sondern das verbindliche Entwerfen sachlich geprägter, in der Sachegebenheit aber nicht aufgehender Ordnung. Der Normbereich kommt für Rechtsnorm wie Entscheidungsnorm allein in der vom Normprogramm bestimmten Fragestellung in den Blick. Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte, die den Normbereich praktisch als normativ behandeln, verfallen also keiner apokryphen Normativität des Faktischen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu Recht gegen den Vorwurf gewandt, solches Vorgehen entspringe einem „Soziologismus“ oder es habe sich „unjuristischer“ Methodik verschrieben.

Einige zentrale Thesen der hier vorgeschlagenen Methodik sind aus (dogmatischer -methodologischer -rechtstheoretischer) Analyse der Rechtspraxis entwickelt worden. So hat - für den vorliegenden Zusammenhang - besonders das Bundesverfassungsgericht seit Jahrzehnten auf eine Art mit Sachelementen gearbeitet, die analytisch nicht nur als Erwägen von Aspekten aus Sach- bzw. Fallbereich zu werten war, sondern als Einsatz von Normbereichselementen. Freilich blieb diese Praxis in den Begründungen der Judikate unreflektiert.

Neuerdings wird die Reflexion auch in Entscheidungstexte übernommen. So stützt sich das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 4. 11. 1986 zum Niedersächsischen Landesrundfunkgesetz¹⁶⁵ wesentlich auf faktische „moderne(n) Entwicklungen auf dem Gebiet des Rundfunks“, denn diesen komme „Bedeutung für die Auslegung der verfassungsrechtlichen Garantie zu“. Den Grund für dieses, die traditionelle und noch herrschende Methodenpraxis und -lehre zu Recht sprengende Vorgehen erblickt der Senat in folgender Eigenschaft der betreffenden tatsächlichen (in Veränderung befindlichen)

Sachstrukturen: „Sie gehören ... zu dem konkreten Lebenssachverhalt, auf den das Grundrecht bezogen ist und ohne dessen Einbeziehung eine die normierende Wirkung der Rundfunkfreiheit entfaltende Auslegung nicht möglich erscheint“. Die Arbeit mit Normbereichselementen wird somit nicht als zusätzliche Hilferwägung oder in ähnlich sekundärer Funktion gesehen, sondern als im Interesse der zu entfaltenden Normativität der hier konkretisierten Grundrechtsgarantie unerlässlich bekräftigt. Das ist das Normbereichskonzept in seiner methodologischen Version. In der Fünften Rundfunk-Entscheidung vom Folgejahr (Landesmediengesetz Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. 3. 1987) hat das Gericht dann¹⁶⁶ die normativ mit-konstituierende Rolle des Normbereichs bestätigt und auch den Begriff ausdrücklich übernommen.

„Normbereich“ ist, wie auch die anderen hier eingeführten Termini, ein Arbeitsbegriff. Auch er benennt eine Arbeitsanforderung an die im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes tätigen Juristen. Auf diese Art praktisch gewendet, will der Begriff vor allem sagen: Die Fakten, die angesichts eines zu lösenden Falles und der für diesen einschlägigen Normtexte nach aller juristischen Erfahrung im Lauf des Konkretisierungsvorgangs ins Spiel gebracht werden müssen, dürfen nicht wahllos zu mitbestimmenden Faktoren der schließlich ergehenden Entscheidung gemacht werden. Sie dürfen, anders gesagt, nicht im unverbindlichen Zustand des „Sachbereichs“ noch in dem des (lediglich aus Gründen der Arbeitsökonomie eingegrenzten) „Fallbereichs“ bleiben. Es ist für die Tragweite der Rechtsnorm nicht gleichgültig, ob ein Sachaspekt diese und damit die Entscheidung letztlich mitträgt oder nicht. Als Bestandteil der Rechtsnorm dürfen nur solche tatsächlichen Faktoren herangezogen werden, die (1.) in einem Fall wie diesem immer heranzuziehen sind, und die (2.) dem vorher durch Interpretation aller Sprachdaten erarbeiteten Normprogramm nicht widersprechen. Nur die einschlägigen Bestandteile des Sach- beziehungsweise Fallbereichs können zu solchen des Normbereichs werden, die generalisierbar sind und sich im verbindlichen Rahmen des Normprogramms halten. Sind diese Bedingungen erfüllt, dann bilden die betreffenden Sachaspekte, wie oben gesagt wurde, die tatsächliche Gesamtstruktur im Einzugsgebiet der fraglichen Rechtsvorschrift. Das ist eine juristische, nicht eine sozialwissenschaftliche Aussage. Das Hervorheben einzelner Tatsachen und Strukturen aus dem Sachbereich als „grundlegend“ - im Sinn von normativ mitbegründend - erfolgt nicht nach empirischen Gesichtspunkten durch den Sozialwissenschaftler, sondern nach juristischen durch den Rechtsarbeiter, der für die Entscheidung des fraglichen Falles verantwortlich ist.

JM I, Rn. 230 ff., 235 ff.

Normbereich, BVerfG

Die methodische Rolle des Normbereichs als Wirklichkeitsmodell, welches die Konkretisierung der Norm erst ermöglicht, wird in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör deutlich: „Generell muss das Verwaltungsgericht bei der Handhabung der richterlichen Fristsetzung berücksichtigen, dass auch bei einem gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Verfahrensbevollmächtigten häufig eine gewisse Zeit vergeht, bis dieser von der Fristsetzung tatsächlich Kenntnis erlangt. Hinzu kommt, dass auf Grund der typischerweise bestehenden Arbeitsbelastung eines Bevollmächtigten durch andere Verfahren, Beratungen und sonstige berufliche Tätigkeiten nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Zeit bis zum Ablauf der Frist allein zur Bearbeitung und Klärung der Tatsachen- und Rechtsfragen des konkreten Verfahrens aufgewandt werden kann.“ (BVerfG) Auch bei einer bloß technischen Regelung wie der Fristsetzung ist die Heranziehung des in dem Text kodifizierten Wirklichkeitsmodells nicht verzichtbar.

Es zeigt sich in der Rechtsprechung des BVerfG aber auch, dass nicht jede Veränderung der Wirklichkeit auf die Formulierung der Rechtsnorm durchschlägt. Häufig werden solche Veränderungen vom Normprogramm gerade nicht aufgenommen und erweisen sich damit als bloße Elemente des Sachbereichs, der für die weitere Konkretisierung keine Rolle spielt. Bei der Entscheidung über die neu geltende Vermögensstrafe in § 43 a StGB rechtfertigt das Minderheitsvotum die Erforderlichkeit einen weiten Strafrahmens mit raschen Veränderungen der kriminologischen, gesellschaftlichen und sozialen Verhältnissen, die eine flexible Reaktionsmöglichkeit nötig machen. Dagegen misst das Mehrheitsvotum diese tatsächlichen Veränderungen am Normprogramm der Verfassung und kommt zu dem Ergebnis, dass ein Abweichen von den strengen Vorgaben der Verfassung an die Regelung von Strafbarkeitsfolgen nicht möglich ist. Diese Umstände gehören damit in den Sachbereich, nicht aber in

den Normbereich des Art. 103 Abs. 2 GG. Ebenso sind Vorteile des Wettbewerbers aus der fehlenden Transparenz des Marktes zwar zum Sachbereich des Art. 12 GG zu rechnen, nicht aber zu dessen Normbereich. Auch zählt das Argument, der Beamte sei der Privatpatient schlechthin, sicher zum Selbstverständnis der Betroffenen, wird aber vom Normprogramm des Art. 33 Abs. 5 nicht aufgenommen, so dass Veränderungen in diesem Bereich durch den Gesetzgeber möglich sind. Die von den neuen Medien geschaffenen Kommunikationsbedingungen verändern zwar auch die Beziehung zwischen Richter und Anwalt, aber diese Veränderung schlägt normativ nicht so durch, dass das Prinzip der Singularzulassung beim BGH durchbrochen werden müsste.

Nur noch selten verwendet das Gericht den Terminus Natur der Sache. Vgl. als Beispielfall BVerfGE 106, 201, 206.

Wie fast immer bei Entscheidungen über die Kompetenztitel des Bundes im Rahmen der Gesetzgebung findet sich eine ausführliche Analyse des Normbereichs in der Altenpflegeentscheidung BVerfGE 106, 62 ff., 70 ff., Normbereichsanalyse der aktuellen und künftigen Situation der Altenpflege, auch soweit dieser Bereich rechtskonstituiert ist. Verwertung dieser Argumente im Urteil S. 117 ff. und 120 ff. Auffällig ist weiterhin die Durchführung einer Normbereichsanalyse auch im Rahmen der genetischen Auslegung, S. 165. Die Abhängigkeit des grundrechtlichen Schutzes von den technischen Möglichkeiten zeigt sich auch in der Entscheidung zu der Frage, ob eine rechtswidrige Nutzung von Mithöreanlagen beim Telefonieren durch Private zu einem Beweisverwertungsverbot vor Gericht führt. Hier bestätigt sich wieder, dass der Schutz des Persönlichkeitsrechts mit konstituiert wird durch die technischen Eingriffsmöglichkeiten. Vgl. BVerfGE 106, 28. Normbereichsanalyse bei Folgenabwägung im Rahmen der einstweiligen Anordnung: BVerfGE 106, 359, 367; 106, 369, 374 f. Normbereichsanalysen finden sich z. B. auch in folgenden Entscheidungen: BVerfGE 103, 271, 291; 103, 310, 319; 103, 392, 397, 402; 103, 44, 75; 103, 21, 36; 104, 373, 393.

JM I, Rn. 67d

Normbereich, Konkretisierungselement

Es ist kein Zufall, dass die Rolle des die Entwicklung der Rechts- und der Entscheidungsnorm (zusammen mit dem Normtext) provozierenden praktischen Falls und die Beiträge des Normbereichs zur Normativität von Rechtsnorm wie Entscheidungsnorm zuerst in der Praxis und nicht zuletzt in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung fühlbar wurden. Dass die Judikatur die über die herkömmlichen Kunstregeln und über sprachliche Auslegung insgesamt hinausgehenden Elemente der Rechtsarbeit nicht eigens reflektiert hat, bleibt daneben zweitrangig. Die Unterscheidung von Sachbereich, Fallbereich, Normbereich und Normprogramm, deren weitere Differenzierung auf die Eigenart des vorliegenden Rechtsfalls hin und das Arbeiten mit diesen Strukturbegriffen können weder richtige Entscheidungen gewährleisten noch die herkömmlichen und die neueren methodischen Hilfsmittel ersetzen. Sie sollten sie aber nunmehr auch in der praxisbezogenen Reflexion juristischer Methodik ergänzen, nachdem sie es in der Praxis der Sache nach bereits tun. Diese Strukturaspekte bieten zusätzliche Elemente methodischer Differenzierung, detaillierten Begründungs- und Darlegungsstils. Für verfassungsrechtliche Methodik haben sie ihre Notwendigkeit als Mittel der Rechtsprechung und der Rechtsprechungsanalyse erwiesen. Die Urteilskritik kann genauer gefasst, und die normative Begründung der Entscheidungen kann dadurch schärfer kontrolliert werden, dass auch sekundär sprachlich vermittelte Sachaspekte, also Realdaten, einbezogen werden. Sie erweisen sich für die Praxis als unausweichlich, ohne mittels sprachlicher Interpretation gewonnen zu werden. Für das Verwaltungsrecht können solche Gesichtspunkte etwa für notwendig sachorientierte Normativbegriffe wie „Verhältnismäßigkeit“, „Erforderlichkeit“, „Geeignetheit“ usf., für Probleme des Gemeingebrauchs, des „Normen-“ oder „Sachwandels“, zur sachlichen Fundierung von Ermessensbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen und in ähnlichen Zusammenhängen fruchtbar gemacht werden. Trotz ihrer induktiven Entwicklung aus dem Staats- und Verfassungsrecht stellt die hier vorgelegte Konzeption als rechts(norm)theoretischer Ansatz mit methodischen Folgerungen, als Formulierung einer allgemeinen Strukturtheorie von Rechtsnormen auch an die ändern Teildisziplinen, besonders an Strafrecht und Zivilrecht den Anspruch, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Soziologie, Geschichte, Kriminologie und vergleichbare Forschungsgebiete nicht länger nur als das „bloße Material“ zutragende „Hilfswissenschaften“ zu behandeln. Sie verlangt vielmehr, deren Fragestellungen und Teilergebnisse in Rich-

tung auf (Teil-)Synthesen zu verarbeiten, die ihren normativen Bezugspunkt wie die methodische Legitimation ihres Zustandekommens der auswählenden Perspektive des Normprogramms als eines wesentlichen Elements juristischer Interpretation verdanken. Wenn auch die anderen Rechtsdisziplinen zum Teil andere Fragen als die der verfassungsrechtlichen Methodik kennen, dürfte sich das Einbeziehen der Sachelemente des Normbereichs auch dort als zusätzliches Hilfsmittel rationaler Praxis empfehlen. Die zu leistende Verbindung mit sozialwissenschaftlicher Arbeit, das Verwenden soziologischer, politologischer, wirtschaftswissenschaftlicher und sonst vom Normbereich der zu konkretisierenden Vorschriften geforderter Daten im Vorgang der Rechtsgewinnung stellt sich dabei in erster Linie den Juristen selbst als Aufgabe. Der hochschulpolitische Wunsch nach Training in Grundlagenfächern in Fernsicht auf eine Reform der Juristenausbildung, die diesen Namen verdient, wie auch die Forderung interdisziplinärer Zusammenarbeit sind von der Struktur von Rechtsnorm und Normkonkretisierung her sachlich nur allzu gut begründet.

Von der Konzeption in der Soziologie, die sich als „funktionale Methode“ bezeichnete, wurde der Vorschlag einer Verbindung von Sinnexplikation durch funktionale Analyse und Sinnexplikation durch juristische „Hermeneutik“ aufgegriffen. Dabei wurde an die Gegenläufigkeit beider erinnert. Funktionale Analyse erschwert fallgebundenes Entscheiden durch das ihr eigentümliche Einbeziehen immer neuer Alternativen. Sie akzeptiert „keine thematische Verpflichtung auf Tradition“..

Die Forderung funktionaler Arbeitsteilung zwischen normkonkretisierender Rechtspraxis bzw. Rechtswissenschaft und einer Sozialwissenschaft, die tatsächliche Strukturen der sozialen Welt ohne Bindung an Normen und normierte Tradition analysiert, gibt den beteiligten Wissenschaftlern und Praktikern anderer Disziplinen die Bedingungen ihrer Arbeit nicht vor. Die methodische Verantwortung für das Ansetzen der steuernden Perspektive des Normprogramms rechtlicher Vorschriften an die komplexen Teilergebnisse funktionalistischer oder nicht-funktionalistischer empirischer Studien verbleibt beim die Rechtsfrage lösenden Juristen. Dabei wird der Einsatz mechanischer Dokumentierung oder kybernetischer Datenspeicherung und Datenverarbeitung empirischer Befunde aus Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Kriminologie, politischer Soziologie, Politikwissenschaft und aus der sogenannten Rechtstatsachenforschung für die Strukturanalyse des Normbereichs *de lege ferenda* (Rechts- und Gesetzgebungspolitik) und *de lege lata* (für die Aufgabe der Rechtskonkretisierung) nach dem bisherigen Eindruck zwar faktisch erhebliche, im methodischen Sinn jedoch nur unterstützende Bedeutung haben können.

JM I, Rn. 397 ff.

Normbereich, Normprogramm

Eine Rechtsnorm ist mehr als der Normtext. Dagegen ist nach Ansicht von Larenz nur ein Teil der Vorschriften von der Art, die es bei der Gesetzesinterpretation erforderlich macht, über Normtextauslegung hinauszugehen. Wo das Gesetz durch abstrakt-allgemeine Gattungsbegriffe seinen Anwendungsbereich genau festlegt, könne sich die Rechtsarbeit als bloße Subsumtion vollziehen. Erst außerhalb abstrakt-allgemeiner Gattungsbegriffe bedürfe es, als Voraussetzung der Rechtsanwendung, einer Typenbildung und damit auch eines Heranziehens von Argumenten aus dem Normbereich. Das Gegenüberstellen von Begriff und Typus wird von Larenz u. a. damit begründet, dass der Begriff keine Abstufung seiner Merkmale zulasse. Diese Trennung von Typus und Begriff macht jedoch die Schwierigkeiten seiner Position deutlich: Zwar gelingt es Larenz, die Schwächen der traditionellen Logik und der ihr entsprechenden Begriffslehre aufzudecken. Aber die Ausarbeitung seines Gegenvorschlags legt als logische und definitionstheoretische Prämissen ungefragt zugrunde, es handle sich bei „Typen“ um unscharfe Klassenbegriffe und damit um eine Abweichung von den allein korrekten klassifikatorischen Begriffen. Schon deshalb kann die Larenzsche Lehre vom Typus nicht berücksichtigen, dass die moderne Logik und Wissenschaftslehre in Form der komparativen Begriffe eine Abstufung von Eigenschaften durchaus zulassen.

Die Gegenüberstellung von Begriff und Typus auf der Ebene der Begriffslehre ist somit nicht schlüssig. Der Wirklichkeitsbezug eines Normtextes hängt nicht von der Unterscheidung von Begriff und Typus ab. Nicht die Begriffslehre bietet den entscheidenden Ansatzpunkt, sondern die Frage, wie Normtext und soziale Wirklichkeit in der Rechtsnorm strukturell verbunden sind. Diese Frage muss auf der Ebene des Textes und nicht auf der isolierter Begriffe diskutiert werden. Dieser Ansatz erlaubt es,

die Eigenart juristischer Begriffe als sachbezogene, ordnende Abkürzungsformeln für Inhalte zu bestimmen, von denen sie nicht etwa abstrahieren, sondern die sie gegenüber ihrem nicht normierten Dasein zu einem Aliud umformen. Bei dieser Umformung bewahrt die Rechtswissenschaft eine funktionelle Beziehung zu den genetisch vorhergehenden, von anderen Wissenschaften geprägten oder vorwissenschaftlichen Begriffsgebilden. Auf dieser Grundlage kann für jeden Gesetzestext zwischen dem Selbstaussagewert des Normtextes und seinem Verweisungscharakter unterschieden werden, so dass im Unterschied zum verdeckten Einbeziehen von Sachelementen im Verlauf begriffsjuristischer Deduktionen ein kontrolliertes Einbeziehen der Sachelemente möglich wird.

Erst aus der Bearbeitung des Normtextes, mehr noch: aus der Verarbeitung sämtlicher Sprachdaten gewinnt der Rechtsarbeiter zunächst das Normprogramm, den herkömmlich so verstandenen „Rechtsbefehl“. Gleichrangig gehört zur Norm der Normbereich, d. h. der Ausschnitt sozialer Wirklichkeit in seiner Grundstruktur, den das Normprogramm aus dem allgemeinen Regelungsbereich der Rechtsnorm auswählend zu bestimmen erlaubt. Der Normbereich kann rechtserzeugt sein (Vorschriften über Fristen, Termine, Formvorschriften, Institutions- und Verfahrensregeln usw.) oder nicht rechtserzeugt (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und vergleichbare Vorschriften)¹⁵³. Es ist nicht notwendig so, dass bei rechtserzeugtem Normbereich dessen Analyse nichts Eigenes gegenüber der Arbeit mit den Sprachdaten und ihrem Ergebnis, dem Normprogramm, beitragen könnte. Vielmehr kommt es auch hier auf den Falltypus an. Bei Vorschriften über den Aufbau von Institutionen (zum Beispiel: Gerichtsbarkeit) oder bei der Normierung von Kompetenzen bezüglich rechtserzeugter Normbereiche (vgl. die zahlreichen Beispiele in den Kompetenzkatalogen der Art. 73 ff. GG) können empirische Ergebnisse der Planungswissenschaft, der Bürokratieforschung, der Organisationslehre und ähnliches eine wichtige Rolle spielen, soweit die zu entscheidenden Rechtsfragen mit dem inhaltlichen Funktionieren der Institutionen zu tun haben. Wo es dagegen nur um das Abgrenzen solcher Kompetenzen oder Organisationsbereiche geht, etwa bei Fragen prozessualer Zuständigkeit, beschränkt sich die Konkretisierung auf Interpretation, also auf Normtextbehandlung und das Erarbeiten eines Normprogramms.

In den meisten Fällen weist der Normbereich sowohl rechtserzeugte als auch nicht-rechtserzeugte Bestandteile auf. So sind im Normbereich von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die tatsächliche Konstituierung politischer Richtungen und Bestrebungen und ihre jeweilige inhaltliche Programmatik nicht rechtserzeugt, wohl aber die rechtlichen Formen der Gruppierung wie: nichtrechtsfähiger Verein, rechtsfähiger Verein usw. Innerhalb des Normbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG sind die Personengemeinschaften in ihrem tatsächlichen Zustandekommen nichtrechtlichen Ursprungs; wohl aber sind die bestimmten Formen, in denen diese Rechtsordnung Personengemeinschaften als „Ehe“ und „Familie“ anerkennt und schützt, rechtlich begründet und begrenzt. Der Normbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist sowohl sachlich enger umschrieben wie stärker geregelt als der von Art. 9 Abs. 1. Das im Ausgang vom Normtext durch umfassende Sprachauslegung formulierte Normprogramm bestimmt in seinem Umfang wie in seiner Abgrenzung denjenigen Ausschnitt sozialer Realität, der nicht nur irgendwie in Zusammenhang mit dem „Rechtsbefehl“ stehen, sondern der sachlich mitkonstituierend zur Norm gehören soll. Normbereiche wie die des 8. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 83 ff. GG) oder wie beispielsweise solche, die sich auf die Rechtsprechung beziehen (Art. 92 ff. GG), erweisen sich, so wie sie von den entsprechenden Normtexten und Normprogrammen umschrieben werden, als so gut wie vollständig rechtserzeugt und damit als genauer und zuverlässiger bereits im Normtext formulierbar denn die Normbereiche von Grundrechten oder verfassungsrechtlichen Grundsatznormen (wie Art. 20, 21, 79 Abs. 3 GG u. ä.). Im Verfassungsrecht zeigt es sich besonders deutlich, dass eine Rechtsnorm kein gegenüber ihrem Regelungsbereich isolierbares hypothetisches Urteil ist, keine der Wirklichkeit autoritativ übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sozialbereichs. Dementsprechend erweisen sich „normative“ und „empirische“ Elemente des fallentscheidenden Rechtsbildungs- und Begründungszusammenhangs als vielfach aufeinander angewiesen und insofern als von gleichrangiger Wirkung. Innerhalb des tatsächlichen Vorgangs praktischer Rechtskonkretisierung sind „Recht“ und „Wirklichkeit“ keine selbständig je für sich bestehenden Größen. Die Anordnung und das durch sie Geordnete sind prinzipiell gleichrangig wirksame Momente der Konkretisierung von nur relativer Unterscheidbarkeit. Was rechtlich normativ wirkt, erweist sich im Einzelfall aufgrund eines Zusammenspiels von Gesichtspunkten, die in der Rechtsphilosophie herkömmlich als abstrakte Metaphern wie „Norm“ und „Faktum“ bzw. als deren gleichfalls abstraktes „Verhältnis“ auftauchen. Die Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnis-

se, in der Rechtsprechung nicht zufällig, wenn auch eher verdeckt als offen, immer wieder zum Bestandteil der Konkretisierung gemacht, prägt die normative Wirkung der Rechtsnorm. Soweit sie in diesem Sinn zum Normbereich gehört, erweist sie sich rechts(norm)theoretisch wie methodisch als Element der rechtlichen Regelung. Auch in dieser Hinsicht wird verständlich, warum ein Rechtssatz nicht einfach „anwendbar“ ist, wie der Gesetzespositivismus annehmen wollte. Ausgehend vom Normtext, regelt vielmehr der Rechtsarbeiter über die Zwischenstufe der Rechtsnorm schließlich den konkreten Einzelfall in Gestalt der Entscheidungsnorm. Diese ist keine selbständige Größe neben der Rechtsnorm. Sie ist deren jeweils von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin abschließend individualisierter Aggregatzustand, d. h.: sie muss ihr methodisch zugerechnet werden können. Mit der Erzeugung der Entscheidungsnorm gewinnt die Tätigkeit des Rechtsarbeiters ihren prägnantesten, praktischsten Ausdruck. Hier wird soziale Realität normativ verändert, in der jeweiligen Schlüsselaussage „Entscheidungsnorm“ wird juristisches Handeln unmittelbar rechtsverbindlich. Sieht man diesen wesentlichen, weil normativen Aspekt von Rechtsarbeit, ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten, die Betonung auf Entscheidungs„norm“ zu legen und diesen Begriff beizubehalten.

JM I, Rn. 230 ff., 233 ff., 456 ff.

Normbereich

Sprache ist ein Verständigungsprozess zwischen Subjekten in der Welt. Davidson hat diese Struktur als Triangulation zwischen Sprecher, Hörer und Welt bezeichnet. Sie wirkt auch im Recht. Wenn es um das Verstehen von Texten geht, kann man die Wirklichkeit nicht ausklammern. Jede Rechtsnorm enthält typische Annahmen über die Wirklichkeit, und diese Annahmen vernetzen die Rechtsarbeit mit den empirischen Wissenschaften. Empirische Referenzen sind zwar nicht der Maßstab des Gesetzes. Sonst wäre das Recht an die Macht verkauft. Aber sie müssen nach dem Maßstab des Gesetzes berücksichtigt werden. Sonst wäre das Recht wirkungslos.

Trotz ihrer großen Wichtigkeit werden empirische Argumente in der Jurisprudenz oft als Schmuggelware gehandelt. Sie erscheinen als Folgenbetrachtung im Rahmen der Teleologie, als sogenanntes *argumentum ad absurdum*, als Rechtsprinzip der Praktikabilität und manchmal sogar noch als Natur der Sache. Aber auch in ihrem Recht hat die europäische Gemeinschaft ein Interesse daran, dass fremde Waren offen deklariert werden. Deswegen muss die Verwertung empirischer Diskurse in der juristischen Arbeit genau untersucht werden.

In der europarechtlichen Literatur wird die Notwendigkeit eines sachgemäßen Auslegungsergebnisses mit grundlegenden Gerechtigkeitsprinzipien begründet. Dieses Ziel soll mit Hilfe zweier Instrumente erreicht werden: "Natur der Sache. Zur Frage, ob eine Regelung sachgemäß ist, muss der zu regelnde Sachbereich einer genauen strukturellen Analyse unterzogen werden. Eine Lösung ist dann sachgerecht, wenn sie den Strukturen der Sache entspricht. Die Strukturen eines Lebensbereichs werden daher auch mit dem Begriff 'Natur der Sache' bezeichnet. Es ist also eine Interessenanalyse und -abwägung erforderlich. Konsequenzen der Regelung. Ein weiteres Kriterium der Sachgemäßheit einer Norm ist die Beachtung ihrer Konsequenzen. Dies wird mit dem Begriff 'reductio ad absurdum' bzw. 'argumentum ad absurdum' beschrieben. Dabei werden die praktischen Auswirkungen der einzelnen Interpretationsergebnisse auf für die Norm typische Sachverhalte geprüft. Die hierdurch gewonnenen Ergebnisse sind dann am bestehenden Wertungskonsens und den Erwartungen der Beteiligten zu messen."

Die beiden genannten Instrumente sind jedoch ungeeignet. Die Natur der Sache scheitert daran, dass kein Sprecher den privilegierten Zugang zur Realität hat. Deswegen wird sie von den streitenden Parteien jeweils gegensätzlich eingeschätzt werden, ohne dass ein sicherer Maßstab zur Entscheidung verfügbar wäre. Wenn der Richter durch eigene Entscheidung den fehlenden Maßstab substituiert, steht er in der Gefahr des Übergriffsfehlers. Das heißt, er setzt Alltagstheorien an die Stelle von differenziertem Wissen. Die Folgenbetrachtung kann sich aber auch zu schnell von der juristischen Fragestellung entfernen. Dies führt dann zum Unterwerfungsfehler, der ein zu anderen Fragestellungen entwickeltes empirisches Wissen (Expertise) an die Stelle juristischer Maßstäbe setzt.

JM II, S. 85 f.

Normprogramm, Begriff

Eine Rechtsnorm ist mehr als der Normtext. Dagegen ist nach Ansicht von Larenz nur ein Teil der Vorschriften von der Art, die es bei der Gesetzesinterpretation erforderlich macht, über Normtextauslegung hinauszugehen. Wo das Gesetz durch abstrakt-allgemeine Gattungsbegriffe seinen Anwendungsbereich genau festlegt, könne sich die Rechtsarbeit als bloße Subsumtion vollziehen. Erst außerhalb abstrakt-allgemeiner Gattungsbegriffe bedürfe es, als Voraussetzung der Rechtsanwendung, einer Typenbildung und damit auch eines Heranziehens von Argumenten aus dem Normbereich. Das Gegenüberstellen von Begriff und Typus wird von Larenz u. a. damit begründet, dass der Begriff keine Abstufung seiner Merkmale zulasse. Diese Trennung von Typus und Begriff macht jedoch die Schwierigkeiten seiner Position deutlich: Zwar gelingt es Larenz, die Schwächen der traditionellen Logik und der ihr entsprechenden Begriffslehre aufzudecken. Aber die Ausarbeitung seines Gegenvorschlags legt als logische und definitionstheoretische Prämissen ungefragt zugrunde, es handle sich bei „Typen“ um unscharfe Klassenbegriffe und damit um eine Abweichung von den allein korrekten klassifikatorischen Begriffen. Schon deshalb kann die Larenzsche Lehre vom Typus nicht berücksichtigen, dass die moderne Logik und Wissenschaftslehre in Form der komparativen Begriffe eine Abstufung von Eigenschaften durchaus zulassen.

Die Gegenüberstellung von Begriff und Typus auf der Ebene der Begriffslehre ist somit nicht schlüssig. Der Wirklichkeitsbezug eines Normtextes hängt nicht von der Unterscheidung von Begriff und Typus ab. Nicht die Begriffslehre bietet den entscheidenden Ansatzpunkt, sondern die Frage, wie Normtext und soziale Wirklichkeit in der Rechtsnorm strukturell verbunden sind. Diese Frage muss auf der Ebene des Textes und nicht auf der isolierter Begriffe diskutiert werden. Dieser Ansatz erlaubt es, die Eigenart juristischer Begriffe als sachbezogene, ordnende Abkürzungsformeln für Inhalte zu bestimmen, von denen sie nicht etwa abstrahieren, sondern die sie gegenüber ihrem nicht normierten Dasein zu einem Aliud umformen. Bei dieser Umformung bewahrt die Rechtswissenschaft eine funktionelle Beziehung zu den genetisch vorhergehenden, von anderen Wissenschaften geprägten oder vorwissenschaftlichen Begriffsgebilden. Auf dieser Grundlage kann für jeden Gesetzestext zwischen dem Selbstaussagewert des Normtextes und seinem Verweisungscharakter unterschieden werden, so dass im Unterschied zum verdeckten Einbeziehen von Sachelementen im Verlauf begriffsjuristischer Deduktionen ein kontrolliertes Einbeziehen der Sachelemente möglich wird.

Erst aus der Bearbeitung des Normtextes, mehr noch: aus der Verarbeitung sämtlicher Sprachdaten gewinnt der Rechtsarbeiter zunächst das Normprogramm, den herkömmlich so verstandenen „Rechtsbefehl“. Gleichrangig gehört zur Norm der Normbereich, d. h. der Ausschnitt sozialer Wirklichkeit in seiner Grundstruktur, den das Normprogramm aus dem allgemeinen Regelungsbereich der Rechtsnorm auswählend zu bestimmen erlaubt. Der Normbereich kann rechtserzeugt sein (Vorschriften über Fristen, Termine, Formvorschriften, Institutions- und Verfahrensregeln usw.) oder nicht rechtserzeugt (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und vergleichbare Vorschriften)¹⁵³. Es ist nicht notwendig so, dass bei rechtserzeugtem Normbereich dessen Analyse nichts Eigenes gegenüber der Arbeit mit den Sprachdaten und ihrem Ergebnis, dem Normprogramm, beitragen könnte. Vielmehr kommt es auch hier auf den Falltypus an. Bei Vorschriften über den Aufbau von Institutionen (zum Beispiel: Gerichtsbarkeit) oder bei der Normierung von Kompetenzen bezüglich rechtserzeugter Normbereiche (vgl. die zahlreichen Beispiele in den Kompetenzkatalogen der Art. 73 ff. GG) können empirische Ergebnisse der Planungswissenschaft, der Bürokratieforschung, der Organisationslehre und ähnliches eine wichtige Rolle spielen, soweit die zu entscheidenden Rechtsfragen mit dem inhaltlichen Funktionieren der Institutionen zu tun haben. Wo es dagegen nur um das Abgrenzen solcher Kompetenzen oder Organisationsbereiche geht, etwa bei Fragen prozessualer Zuständigkeit, beschränkt sich die Konkretisierung auf Interpretation, also auf Normtextbehandlung und das Erarbeiten eines Normprogramms.

In den meisten Fällen weist der Normbereich sowohl rechtserzeugte als auch nicht-rechtserzeugte Bestandteile auf. So sind im Normbereich von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die tatsächliche Konstituierung politischer Richtungen und Bestrebungen und ihre jeweilige inhaltliche Programmatik nicht rechtserzeugt, wohl aber die rechtlichen Formen der Gruppierung wie: nichtrechtsfähiger Verein, rechtsfähiger Verein usw. Innerhalb des Normbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG sind die Personengemeinschaften in ihrem tatsächlichen Zustandekommen nichtrechtlichen Ursprungs; wohl aber sind die bestimmten Formen, in denen diese Rechtsordnung Personengemeinschaften als „Ehe“ und „Familie“ anerkennt

und schützt, rechtlich begründet und begrenzt. Der Normbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist sowohl sachlich enger umschrieben wie stärker geregelt als der von Art. 9 Abs. 1. Das im Ausgang vom Normtext durch umfassende Sprachauslegung formulierte Normprogramm bestimmt in seinem Umfang wie in seiner Abgrenzung denjenigen Ausschnitt sozialer Realität, der nicht nur irgendwie in Zusammenhang mit dem „Rechtsbefehl“ stehen, sondern der sachlich mitkonstituierend zur Norm gehören soll. Normbereiche wie die des 8. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 83 ff. GG) oder wie beispielsweise solche, die sich auf die Rechtsprechung beziehen (Art. 92 ff. GG), erweisen sich, so wie sie von den entsprechenden Normtexten und Normprogrammen umschrieben werden, als so gut wie vollständig rechtserzeugt und damit als genauer und zuverlässiger bereits im Normtext formulierbar denn die Normbereiche von Grundrechten oder verfassungsrechtlichen Grundsatznormen (wie Art. 20, 21, 79 Abs. 3 GG u. ä.). Im Verfassungsrecht zeigt es sich besonders deutlich, dass eine Rechtsnorm kein gegenüber ihrem Regelungsbereich isolierbares hypothetisches Urteil ist, keine der Wirklichkeit autoritativ übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sozialbereichs. Dementsprechend erweisen sich „normative“ und „empirische“ Elemente des fallentscheidenden Rechtsbildungs- und Begründungszusammenhangs als vielfach aufeinander angewiesen und insofern als von gleichrangiger Wirkung. Innerhalb des tatsächlichen Vorgangs praktischer Rechtskonkretisierung sind „Recht“ und „Wirklichkeit“ keine selbständig je für sich bestehenden Größen. Die Anordnung und das durch sie Geordnete sind prinzipiell gleichrangig wirksame Momente der Konkretisierung von nur relativer Unterscheidbarkeit. Was rechtlich normativ wirkt, erweist sich im Einzelfall aufgrund eines Zusammenspiels von Gesichtspunkten, die in der Rechtsphilosophie herkömmlich als abstrakte Metaphern wie „Norm“ und „Faktum“ bzw. als deren gleichfalls abstraktes „Verhältnis“ auftauchen. Die Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnisse, in der Rechtsprechung nicht zufällig, wenn auch eher verdeckt als offen, immer wieder zum Bestandteil der Konkretisierung gemacht, prägt die normative Wirkung der Rechtsnorm. Soweit sie in diesem Sinn zum Normbereich gehört, erweist sie sich rechts(norm)theoretisch wie methodisch als Element der rechtlichen Regelung. Auch in dieser Hinsicht wird verständlich, warum ein Rechtssatz nicht einfach „anwendbar“ ist, wie der Gesetzespositivismus annehmen wollte. Ausgehend vom Normtext, regelt vielmehr der Rechtsarbeiter über die Zwischenstufe der Rechtsnorm schließlich den konkreten Einzelfall in Gestalt der Entscheidungsnorm. Diese ist keine selbständige Größe neben der Rechtsnorm. Sie ist deren jeweils von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin abschließend individualisierter Aggregatzustand, d. h.: sie muss ihr methodisch zugerechnet werden können. Mit der Erzeugung der Entscheidungsnorm gewinnt die Tätigkeit des Rechtsarbeiters ihren prägnantesten, praktischsten Ausdruck. Hier wird soziale Realität normativ verändert, in der jeweiligen Schlüsselaussage „Entscheidungsnorm“ wird juristisches Handeln unmittelbar rechtsverbindlich. Sieht man diesen wesentlichen, weil normativen Aspekt von Rechtsarbeit, ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten, die Betonung auf Entscheidungs„norm“ zu legen und diesen Begriff beizubehalten.

In den meisten Fällen weist der Normbereich sowohl rechtserzeugte als auch nicht-rechtserzeugte Bestandteile auf. So sind im Normbereich von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die tatsächliche Konstituierung politischer Richtungen und Bestrebungen und ihre jeweilige inhaltliche Programmatik nicht rechtserzeugt, wohl aber die rechtlichen Formen der Gruppierung wie: nichtrechtsfähiger Verein, rechtsfähiger Verein usf. Innerhalb des Normbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG sind die Personengemeinschaften in ihrem tatsächlichen Zustandekommen nichtrechtlichen Ursprungs; wohl aber sind die bestimmten Formen, in denen diese Rechtsordnung Personengemeinschaften als „Ehe“ und „Familie“ anerkennt und schützt, rechtlich begründet und begrenzt. Der Normbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist sowohl sachlich enger umschrieben wie stärker geregelt als der von Art. 9 Abs. 1. Das im Ausgang vom Normtext durch umfassende Sprachauslegung formulierte Normprogramm bestimmt in seinem Umfang wie in seiner Abgrenzung denjenigen Ausschnitt sozialer Realität, der nicht nur irgendwie in Zusammenhang mit dem „Rechtsbefehl“ stehen, sondern der sachlich mitkonstituierend zur Norm gehören soll. Normbereiche wie die des 8. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 83 ff. GG) oder wie beispielsweise solche, die sich auf die Rechtsprechung beziehen (Art. 92 ff. GG), erweisen sich, so wie sie von den entsprechenden Normtexten und Normprogrammen umschrieben werden, als so gut wie vollständig rechtserzeugt und damit als genauer und zuverlässiger bereits im Normtext formulierbar denn die Normbereiche von Grundrechten oder verfassungsrechtlichen Grundsatznormen (wie Art. 20, 21, 79 Abs. 3 GG u. ä.). Im Verfassungsrecht zeigt es sich besonders deutlich, dass eine Rechtsnorm kein gegenüber

ihrem Regelungsbereich isolierbares hypothetisches Urteil ist, keine der Wirklichkeit autoritativ übergestülpte Form, sondern

eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sozialbereichs. Dementsprechend erweisen sich „normative“ und „empirische“ Elemente des fallentscheidenden Rechtsbildungs- und Begründungszusammenhangs als vielfach aufeinander angewiesen und insofern als von gleichrangiger Wirkung. Innerhalb des tatsächlichen Vorgangs praktischer Rechtskonkretisierung sind „Recht“ und „Wirklichkeit“ keine selbständig je für sich bestehenden Größen. Die Anordnung und das durch sie Geordnete sind prinzipiell gleichrangig wirksame Momente der Konkretisierung von nur relativer Unterscheidbarkeit. Was rechtlich normativ wirkt, erweist sich im Einzelfall aufgrund eines Zusammenspiels von Gesichtspunkten, die in der Rechtsphilosophie herkömmlich als abstrakte Metaphern wie „Norm“ und „Faktum“ bzw. als deren gleichfalls abstraktes „Verhältnis“ auftauchen. Die Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnisse, in der Rechtsprechung nicht zufällig, wenn auch eher verdeckt als offen, immer wieder zum Bestandteil der Konkretisierung gemacht, prägt die normative Wirkung der Rechtsnorm. Soweit sie in diesem Sinn zum Normbereich gehört, erweist sie sich rechts(norm)theoretisch wie methodisch als Element der rechtlichen Regelung. Auch in dieser Hinsicht wird verständlich, warum ein Rechtssatz nicht einfach „anwendbar“ ist, wie der Gesetzespositivismus annehmen wollte. Ausgehend vom Normtext, regelt vielmehr der Rechtsarbeiter über die Zwischenstufe der Rechtsnorm schließlich den konkreten Einzelfall in Gestalt der Entscheidungsnorm. Diese ist keine selbständige Größe neben der Rechtsnorm. Sie ist deren jeweils von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin abschließend individualisierter Aggregatzustand, d. h.: sie muss ihr methodisch zugerechnet werden können. Mit der Erzeugung der Entscheidungsnorm gewinnt die Tätigkeit des Rechtsarbeiters ihren prägnantesten, praktischsten Ausdruck. Hier wird soziale Realität normativ verändert, in der jeweiligen Schlüsselaussage „Entscheidungsnorm“ wird juristisches Handeln unmittelbar rechtsverbindlich. Sieht man diesen wesentlichen, weil normativen Aspekt von Rechtsarbeit, ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten, die Betonung auf Entscheidungs„norm“ zu legen und diesen Begriff beizubehalten.

Das Normprogramm liefert den verbindlichen Maßstab für die rechtliche Korrektheit der Auswahl des Normbereichs aus dem Sach(bzw. dem Fall-)bereich. Diejenige Teilmenge an Tatsachen aus dem Sachbereich, die im Ergebnis den Normbereich (und mit ihm einen Strukturbestandteil der im Fall erarbeiteten Rechtsnorm) ausmacht, gelangte dorthin nach Kriterien des Normprogramms (-a - gemäß dem Normprogramm erheblich?; und - b - mit dem Normprogramm vereinbar?); also in herkömmlicher Ausdrucksweise nach normativen Kriterien, ohne Gleichrangigkeit mit dem Normprogramm. Dieses dominiert die Teilmengenbildung von Fakten des Normbereichs aus denen des Sach(bzw. des Fall-)bereichs.

Das oben genannte Zusammenspiel von Rechts(norm)theorie und juristischer Methodik hat also das Ziel - und bei intentionsgerechter Arbeit auch die Funktion -, das real Erreichbare an Rationalität in Sprachdaten und Realdaten - herkömmlich ausgedrückt: in „Recht“ und „Wirklichkeit“ - rechtsstaatlich zu operationalisieren, damit diese Rechtsordnung überhaupt noch eine Chance hat, wenigstens zum Teil demokratisch bestimmt zu sein. Gleichzeitig ist diese - bei ehrlicher rechtsstaatlicher Arbeit der Juristen realisierbare - demokratische Bestimmung der einzige Garant dafür, dass die Gesellschaft, soweit sie überhaupt durch Recht gesteuert wird, sozialstaatliche Impulse erhält.

JM I, Rn. 230 ff., 233 ff., 546 f.

Normprogramm, Normbereich

Eine Rechtsnorm ist mehr als der Normtext. Dagegen ist nach Ansicht von Larenz nur ein Teil der Vorschriften von der Art, die es bei der Gesetzesinterpretation erforderlich macht, über Normtextauslegung hinauszugehen. Wo das Gesetz durch abstrakt-allgemeine Gattungsbegriffe seinen Anwendungsbereich genau festlegt, könne sich die Rechtsarbeit als bloße Subsumtion vollziehen. Erst außerhalb abstrakt-allgemeiner Gattungsbegriffe bedürfe es, als Voraussetzung der Rechtsanwendung, einer Typenbildung und damit auch eines Heranziehens von Argumenten aus dem Normbereich. Das Gegenüberstellen von Begriff und Typus wird von Larenz u. a. damit begründet, dass der Begriff keine Abstufung seiner Merkmale zulasse. Diese Trennung von Typus und Begriff macht jedoch die Schwierigkeiten seiner Position deutlich: Zwar gelingt es Larenz, die Schwächen der traditionellen Logik und

der ihr entsprechenden Begriffslehre aufzudecken. Aber die Ausarbeitung seines Gegenvorschlags legt als logische und definitionstheoretische Prämissen ungefragt zugrunde, es handle sich bei „Typen“ um unscharfe Klassenbegriffe und damit um eine Abweichung von den allein korrekten klassifikatorischen Begriffen. Schon deshalb kann die Larenzsche Lehre vom Typus nicht berücksichtigen, dass die moderne Logik und Wissenschaftslehre in Form der komparativen Begriffe eine Abstufung von Eigenschaften durchaus zulassen.

Die Gegenüberstellung von Begriff und Typus auf der Ebene der Begriffslehre ist somit nicht schlüssig. Der Wirklichkeitsbezug eines Normtextes hängt nicht von der Unterscheidung von Begriff und Typus ab. Nicht die Begriffslehre bietet den entscheidenden Ansatzpunkt, sondern die Frage, wie Normtext und soziale Wirklichkeit in der Rechtsnorm strukturell verbunden sind. Diese Frage muss auf der Ebene des Textes und nicht auf der isolierter Begriffe diskutiert werden. Dieser Ansatz erlaubt es, die Eigenart juristischer Begriffe als sachbezogene, ordnende Abkürzungsformeln für Inhalte zu bestimmen, von denen sie nicht etwa abstrahieren, sondern die sie gegenüber ihrem nicht normierten Dasein zu einem Aliud umformen. Bei dieser Umformung bewahrt die Rechtswissenschaft eine funktionelle Beziehung zu den genetisch vorhergehenden, von anderen Wissenschaften geprägten oder vorwissenschaftlichen Begriffsgebilden. Auf dieser Grundlage kann für jeden Gesetzestext zwischen dem Selbstaussagewert des Normtextes und seinem Verweisungscharakter unterschieden werden, so dass im Unterschied zum verdeckten Einbeziehen von Sachelementen im Verlauf begriffsjuristischer Deduktionen ein kontrolliertes Einbeziehen der Sachelemente möglich wird.

Erst aus der Bearbeitung des Normtextes, mehr noch: aus der Verarbeitung sämtlicher Sprachdaten gewinnt der Rechtsarbeiter zunächst das Normprogramm, den herkömmlich so verstandenen „Rechtsbefehl“. Gleichrangig gehört zur Norm der Normbereich, d. h. der Ausschnitt sozialer Wirklichkeit in seiner Grundstruktur, den das Normprogramm aus dem allgemeinen Regelungsbereich der Rechtsnorm auswählend zu bestimmen erlaubt. Der Normbereich kann rechtserzeugt sein (Vorschriften über Fristen, Termine, Formvorschriften, Institutions- und Verfahrensregeln usw.) oder nicht rechtserzeugt (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und vergleichbare Vorschriften)¹⁵³. Es ist nicht notwendig so, dass bei rechtserzeugtem Normbereich dessen Analyse nichts Eigenes gegenüber der Arbeit mit den Sprachdaten und ihrem Ergebnis, dem Normprogramm, beitragen könnte. Vielmehr kommt es auch hier auf den Falltypus an. Bei Vorschriften über den Aufbau von Institutionen (zum Beispiel: Gerichtsbarkeit) oder bei der Normierung von Kompetenzen bezüglich rechtserzeugter Normbereiche (vgl. die zahlreichen Beispiele in den Kompetenzkatalogen der Art. 73 ff. GG) können empirische Ergebnisse der Planungswissenschaft, der Bürokratieforschung, der Organisationslehre und ähnliches eine wichtige Rolle spielen, soweit die zu entscheidenden Rechtsfragen mit dem inhaltlichen Funktionieren der Institutionen zu tun haben. Wo es dagegen nur um das Abgrenzen solcher Kompetenzen oder Organisationsbereiche geht, etwa bei Fragen prozessualer Zuständigkeit, beschränkt sich die Konkretisierung auf Interpretation, also auf Normtextbehandlung und das Erarbeiten eines Normprogramms.

In den meisten Fällen weist der Normbereich sowohl rechtserzeugte als auch nicht-rechtserzeugte Bestandteile auf. So sind im Normbereich von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG die tatsächliche Konstituierung politischer Richtungen und Bestrebungen und ihre jeweilige inhaltliche Programmatik nicht rechtserzeugt, wohl aber die rechtlichen Formen der Gruppierung wie: nichtrechtsfähiger Verein, rechtsfähiger Verein usw. Innerhalb des Normbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG sind die Personengemeinschaften in ihrem tatsächlichen Zustandekommen nichtrechtlichen Ursprungs; wohl aber sind die bestimmten Formen, in denen diese Rechtsordnung Personengemeinschaften als „Ehe“ und „Familie“ anerkennt und schützt, rechtlich begründet und begrenzt. Der Normbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist sowohl sachlich enger umschrieben wie stärker geregelt als der von Art. 9 Abs. 1. Das im Ausgang vom Normtext durch umfassende Sprachauslegung formulierte Normprogramm bestimmt in seinem Umfang wie in seiner Abgrenzung denjenigen Ausschnitt sozialer Realität, der nicht nur irgendwie in Zusammenhang mit dem „Rechtsbefehl“ stehen, sondern der sachlich mitkonstituierend zur Norm gehören soll. Normbereiche wie die des 8. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 83 ff. GG) oder wie beispielsweise solche, die sich auf die Rechtsprechung beziehen (Art. 92 ff. GG), erweisen sich, so wie sie von den entsprechenden Normtexten und Normprogrammen umschrieben werden, als so gut wie vollständig rechtserzeugt und damit als genauer und zuverlässiger bereits im Normtext formulierbar denn die Normbereiche von Grundrechten oder verfassungsrechtlichen Grundsatznormen (wie Art. 20, 21, 79 Abs. 3 GG u. ä.). Im Verfassungsrecht zeigt es sich besonders deutlich, dass eine Rechtsnorm kein gegenüber

ihrem Regelungsbereich isolierbares hypothetisches Urteil ist, keine der Wirklichkeit autoritativ übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sozialbereichs. Dementsprechend erweisen sich „normative“ und „empirische“ Elemente des fallentscheidenden Rechtsbildungs- und Begründungszusammenhangs als vielfach aufeinander angewiesen und insofern als von gleichrangiger Wirkung. Innerhalb des tatsächlichen Vorgangs praktischer Rechtskonkretisierung sind „Recht“ und „Wirklichkeit“ keine selbständig je für sich bestehenden Größen. Die Anordnung und das durch sie Geordnete sind prinzipiell gleichrangig wirksame Momente der Konkretisierung von nur relativer Unterscheidbarkeit. Was rechtlich normativ wirkt, erweist sich im Einzelfall aufgrund eines Zusammenspiels von Gesichtspunkten, die in der Rechtsphilosophie herkömmlich als abstrakte Metaphern wie „Norm“ und „Faktum“ bzw. als deren gleichfalls abstraktes „Verhältnis“ auftauchen. Die Grundstruktur der vom Normprogramm zu ordnenden Lebensverhältnisse, in der Rechtsprechung nicht zufällig, wenn auch eher verdeckt als offen, immer wieder zum Bestandteil der Konkretisierung gemacht, prägt die normative Wirkung der Rechtsnorm. Soweit sie in diesem Sinn zum Normbereich gehört, erweist sie sich rechts(norm)theoretisch wie methodisch als Element der rechtlichen Regelung. Auch in dieser Hinsicht wird verständlich, warum ein Rechtssatz nicht einfach „anwendbar“ ist, wie der Gesetzespositivismus annehmen wollte. Ausgehend vom Normtext, regelt vielmehr der Rechtsarbeiter über die Zwischenstufe der Rechtsnorm schließlich den konkreten Einzelfall in Gestalt der Entscheidungsnorm. Diese ist keine selbständige Größe neben der Rechtsnorm. Sie ist deren jeweils von einem bestimmten Fall her und auf seine verbindliche Lösung hin abschließend individualisierter Aggregatzustand, d. h.: sie muss ihr methodisch zugerechnet werden können. Mit der Erzeugung der Entscheidungsnorm gewinnt die Tätigkeit des Rechtsarbeiters ihren prägnantesten, praktischsten Ausdruck. Hier wird soziale Realität normativ verändert, in der jeweiligen Schlüsselaussage „Entscheidungsnorm“ wird juristisches Handeln unmittelbar rechtsverbindlich. Sieht man diesen wesentlichen, weil normativen Aspekt von Rechtsarbeit, ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten, die Betonung auf Entscheidungs„norm“ zu legen und diesen Begriff beizubehalten.

JM I, Rn. 230 ff., 233 ff., 456 ff.

Normprogrammngrenze

Warum soll das „rein“ methodisch, soll das anhand der Texte und in Gestalt von Texten ins Unbegrenzte fortführbare Spiel von Argument und Gegengesichtspunkt, von Kommentartext und Gegenkommentar an einer bestimmten Stelle abgebrochen werden? Diese Stelle ergibt sich in der Tat nicht aus dem Flechtwerk der behandelten sozialen Konflikte, diese Grenze nicht aus den „Methoden“. Das vorliegende Konzept hat von Anfang an klargestellt, dass es nicht um Grenzziehung in dem Sinn gehen könne, als beginne jenseits der Grenze die Unmöglichkeit weiteren Argumentierens; vielmehr gehe es um Eingrenzung gemäß dem normativen, dem demokratisch-rechtsstaatlichen Code „noch erlaubt/nicht mehr erlaubt“. Und vor der Ausarbeitung dieser Methodik wurde schon bei der Erstbegründung der Strukturierenden Rechtslehre hervorgehoben, bei der „äußerste(n) Grenze möglicher Konkretisierung“ gehe es um die „Grenze zulässiger (...)“, um „den Bereich legitimer Konkretisierungsergebnisse“. Das methodisch Mögliche ist unbegrenzt; das Postulat der Legitimität, hier an die praktisch durch Entscheidung handelnden Juristen gerichtet, setzt Grenzen. Diese drücken sich im Konzept der Strukturierenden Methodik vor allem durch folgende Figuren aus:

- die Unterscheidung von Sprachdaten und Realdaten;
- die Überordnung der Sprachdaten beim Erarbeiten des Normbereichs aus dem Sach-(bzw. Fall-)bereich am Maßstab des Normprogramms;
- die Unterscheidung von norm(text)bezogenen und nicht-norm(text)-gestützten dogmatischen Elementen sowie durchgängig: von Konkretisierungsfaktoren, die geltenden Normtexten zugerechnet werden können und solchen, die es nicht können; und schließlich
- die Überordnung der Sprachdaten beim Präferieren der jeweils normtextnäheren Elemente im Fall methodologischer Konflikte.

Rechtsarbeiter in der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt haben die Aufgabe, Entscheidungs- und Begründungstexte hervorzubringen. Sie haben dabei die Amtspflicht, im Prozess der

Rechtserzeugung von den einschlägigen Normtexten auszugehen. Sie müssen sich in der Frage der Zulässigkeit ihrer Normkonkretisierung an das vorgegebene Vertextete halten, eben an Gesetzes Wortlaute.

Die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung wird denn auch nicht müde, diesen Grundsatz in ihren methodischen Leitlinien immer wieder zu erwähnen; allerdings nur, um ihn dann in der eigenen Spruch- und Entscheidungspraxis ebenso regelmäßig zu überspielen. Und die um das Problem der „Wortlautgrenze“ kreisende rechtstheoretische Debatte legt in Anlehnung an das (im übrigen eher selbstbezügliche als informationshaltige) Diktum von Karl Kraus über die Psychoanalyse den Schluss nahe, dass es sich bei der Verpflichtung auf den Gesetzeswortlaut genau um das Problem handelt, für dessen Lösung sie eintreten soll: das Problem der Gewaltbarkeit juristischer Semantik und das der Willkür richterlichen Entscheidens. Diesem Problem widmet sich die herkömmliche Literatur im Zusammenhang mit der Frage der Auslegung nach dem Gesetzeswortlaut anhand des strafrechtlichen Analogieverbots besonders gern. In ihren realistischeren Teilen vermag sie nur resigniert festzustellen, dass sich aufgrund des unvermeidlich sinnerschöpfenden und damit analogen Charakters allen Interpretierens die Forderung nach einer Grenzziehung zwischen „wortlautgerechter Auslegung“ und einer den Rahmen des Gesetzeswortlauts sprengenden Analogie nicht zuverlässig ziehen lässt. „Diese Grenze ‚gibt‘ es nicht.“⁵⁵ Und schon gar nicht lässt sich eine solche Grenze sprachtheoretisch dem juristischen „Akt des Textverstehens“ abstrakt vorgeben und von außerhalb der Auslegung auferlegen⁵⁶. Für den Nachweis der Gesetzeskonformität ihrer Ergebnisse ist die juristische Auslegungstätigkeit, nüchtern beurteilt, auf sich selbst zurückverwiesen. Sie kann diesen Nachweis nur erbringen, indem sie argumentativ den ihr in der „juristischen Kommunikationsgemeinschaft“ auferlegten Begründungspflichten nachkommt und damit ein in den entsprechenden Standards institutionalisiertes Misstrauen ausräumt. Eine Kontrolle richterlicher Interpretations- und Entscheidungstätigkeit kann darüber hinaus allenfalls „durch eine wache, interessierte und informierte Öffentlichkeit“ wahrgenommen werden. „Richtiges Recht“ kann nicht durch „richtiges Sprechen“ gewährleistet werden, sondern kann sich nur als „legitime Sprache“ beweisen. Und was für das strafrechtliche Analogieverbot im besonderen gilt, gilt allgemein für das Problem der Überschreitung des Bereichs einer Rechtsfindung aus dem Gesetzeswortlaut in Richtung auf die Rechtsschöpfung gegen das Gesetz.

Theorien der Rechtserkenntnis, die von einem kraft seiner Bedeutung im Gesetz schon enthaltenen und derart „objektiven“ Recht ausgehen, machen zu ihrem Gegenstand, was sich unter den Bedingungen verschrifteter kodifizierter Rechtssetzung zuallererst als Forderung stellt: den Fall unter Bindung an das Gesetz zu lösen. Von daher verweist die Aporie der Theorie mit dieser Umkehrung von einer vermeintlichen Lösung in ein reales Problem auf eine ‚Wahrheit‘ der Praxis. Um diese „als Angelpunkt“ ist die methodische Bewältigung des Problems zu „drehen“.

JM I, Rn. 516, 526 f.

Normstruktur, Analyse

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 Fallentscheidungen, 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.

Es kommt darauf an, die Savignyschen Interpretationselemente auf ihre Brauchbarkeit für die Verfassungsmethodik zu prüfen und sie für die Bedingungen verfassungsrechtlicher Konkretisierung weiter zu untersuchen. Sofern dabei Bemerkungen über die canones zu machen sind, die nicht nur für das

Staats- und Verfassungsrecht Beachtung beanspruchen, mag das zeigen, dass sie in den Rechtsdisziplinen, für die sie entwickelt wurden, über Savigny hinaus kaum weiterentwickelt wurden.

Folgendes ist festzuhalten: Die canones können schon deshalb für Normkonkretisierung im (Verfassungs)Recht nicht ausreichend sein, weil sie Rechtsverwirklichung auf Interpretation, Normkonkretisierung auf Normtext-Auslegung verkürzen. Eine systematisch zu entwerfende Methodik des (Verfassungs)Rechts muss demgegenüber die Struktur von Normativität erforschen; und das heißt, da sich Normkonkretisierung als strukturierter Vorgang erweist: die Struktur der Rechtsnormen. Da die Norm nicht mit ihrem Text identisch ist, kann Normstruktur nicht mit Normtextstruktur gleichgesetzt werden. Die Struktur des Normtextes gibt jedoch oft unverzichtbare Hinweise für die Ermittlung der Normstruktur. Diese reichen von starker Festlegung durch den Normtext in den Grenzfällen numerisch oder individuell bestimmter Normbereiche - beispielsweise Art. 22 oder 38 Abs. 2 GG - bis zu Generalklauseln ohne sachlich umschriebenen Normbereich, wie beispielsweise Art. 3 Abs. 1 GG oder (gemäß der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) Art. 2 Abs. 1 GG. Im Regelfall gibt der Normtext die sachliche Richtung und die sachliche Begrenzung des in der Konkretisierung Zulässigen mit wechselnder Genauigkeit an. Unerlässlich ist er in seiner Hinweisfunktion für die Ermittlung der Normstruktur allerdings nicht. Sonst wäre Verfassungsgewohnheitsrecht, das nicht über eine einzige autoritativ fixierte Textfassung, das nicht über einen offiziellen Normtext verfügt, nicht konkretisierbar.

JM I, Rn. 111, 156

Normstruktur, Konzept

Die hier vertretene Theorie der Normstruktur drängt dazu, als Gegenstand juristischer Arbeit nicht nur den normativen Status quo, sondern immer auch dessen Veränderbarkeit anzusetzen. Jede Normbereichsanalyse führt auch auf rechtspolitisch verwertbare Sachgegebenheiten. Schließlich umfasst die hier entwickelte Strukturierende Methodik in ihrer Erstreckung auf alle Funktionen, in denen normtextorientiert und damit juristisch gearbeitet wird, den gesamten Kreislauf der Rechtsverwirklichung (Normtextsetzung - Normkonkretisierung im umfassenden Sinn - neue Normtextsetzung) und damit in höherem Maß als die auf Rechtsprechung und Wissenschaft konzentrierte herkömmliche Methodik auch das Feld rechtspolitischer Überlegungen.

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. 139, 225

Normstruktur, Typologie

Es könnte reizvoll sein, im Rahmen einer zu entwickelnden Rechtsinformatik die nach den Schwerpunkten Normprogramm und Normbereich strukturierte Vorschrift als einen durch die ständige Rückkoppelung der praktischen Konkretisierung aktualisierten Regelkreis herauszuarbeiten. Damit ist aller-

dings eine im hier verwendeten Sinn rechts(norm)theoretische Frage mit methodischen Folgerungen gemeint, nicht das viel diskutierte Problem der Verwendungsmöglichkeiten von Datenverarbeitungsanlagen in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Die dahin gehenden Versuche fassen die Möglichkeiten neuester technischer Entwicklung bisher noch immer vor dem Hintergrund des obsoleten gesetzpositivistischen Normverständnisses, der „Anwendungs“vorstellung und der Zielbestimmung substantieller „Eindeutigkeit“ der mit den Normen nach wie vor identifizierten Normtexte ins Auge, nach deren mehr oder weniger vollständiger Axiomatisierbarkeit gefragt wird. Solche Fragestellungen werden nach einer Erneuerung der juristischen Methodik sinnvoller erörtert werden können als auf dem mehrfach verkürzten Reflexionsstand der noch vorherrschenden Lehrmeinungen.

Eine Rechtsnorm ist ein sachbestimmtes Ordnungsmodell von strukturierter Art. Die Dichte, Genauigkeit, Bestimmbarkeit ihrer Elemente, kurz: der Grad ihrer Konkretisierbarkeit in geringerer (in Grenzfällen) oder größerer (in der großen Mehrzahl der Fälle) Abweichung vom positivistischen Modell der „Anwendung“, „Subsumtion“ oder des „Nachvollzugs“ einer fertig vorgegebenen Regelung hängt auch von der sprachlichen Struktur des einzelnen Normtextes ab. Die Skala reicht von dem weitgehend determinierbaren Individual- bzw. numerischen Normtext (Fristen, Termine, Form- und bestimmte Verfahrensvorschriften, Art. 22 GG, die Elemente: „wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat“ in Art. 38 Abs. 2 GG und „das 40. Lebensjahr vollendet hat“ in Art. 54 Abs. 1 S. 2 GG usw.) bis zu Generalklauseln, die - so Art. 3 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG in der herrschenden Deutung - über einen sachlich umschreibbaren Normbereich aufgrund der Vagheit des Normtextes nicht verfügen. Zwischen diesen Enden der Skala liegen mehr in Richtung auf die determinierbaren Vorschriften die Normtexte des organisatorischen Teils, mehr in Richtung auf die Generalklauseln, aber ohne strukturell mit ihnen gleichgesetzt werden zu können, die Staatsform- und Staatszielbestimmungen und die Grundrechte; ferner die durch typologische Zuordnung zu konkretisierenden sogenannten Standards wie die rechtsstaatlichen Gebote der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, wie das Prinzip der Bestimmtheit und Geeignetheit staatlicher Eingriffe, wie der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz und der in seiner normativen Qualität allerdings umstrittene und noch nicht hinreichend belegte „Normalmaßstab bundesfreundlichen Verhaltens“. Innerhalb wie außerhalb des Verfassungsrechts stellt die sachliche Unterschiedlichkeit der Normbereiche je eigene Probleme. Das gilt etwa für normativ erfragte Daten der Familien- oder Wirtschaftssoziologie, für sozialgeschichtlich und soziologisch fundierte Rechtsgeschichte und Rechtsvergleiche bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Vorschriften; für die Aufhellung strafrechtlicher Normbereiche mit Hilfe von Rechtsvergleichung und Kriminologie; für die Beiträge der Verwaltungswissenschaft, Politikwissenschaft, Soziologie und Verfassungsgeschichte im öffentlichen Recht. Die Unterschiede der Teildisziplinen der Rechts- Wissenschaft gründen nicht zuletzt in der verschiedenen sachlichen Eigenständigkeit der Normbereiche. Bei Formvorschriften, bei Verfahrens- und Organisationsnormen, bei Verweisungsvorschriften, Legaldefinitionen und bei Regelungen mit numerisch oder individuell determinierter rechtsdogmatisch-begrifflicher Aussage verschwinden die Normbereiche hinter den Normprogrammen. Sie liefern der Praxis meist keine zusätzlichen Gesichtspunkte für die Konkretisierung. Je stärker sachgebunden dagegen eine Norm ist, je mehr nicht-rechtserzeugte Bestandteile ihr Normbereich enthält, desto stärker bedarf ihre Konkretisierung auch der Ergebnisse von Normbereichsanalysen. Bei verfassungsrechtlichen Vorschriften sind die Normbereiche oft ergiebig und für die Konkretisierung von entscheidendem Gewicht. Daher ist verfassungsrechtliche Spruchpraxis von beispielhaftem Erkenntniswert. An ihr lässt sich die Wirkung ablesen, die Elemente des Normbereichs bei bestimmter Fallgestaltung für die anstehende Entscheidung wie für die Entwicklung verfassungsrechtlicher Dogmatik gewinnen können; lässt sich ferner überprüfen, wieweit Gerichte und andre ihre Entscheidungen veröffentlichten Stellen der Rechtspraxis und wieweit die Rechtswissenschaft beim Rückgriff auf sachliche Gegebenheiten Faktoren des Normbereichs oder nur solche des Sachbereichs herangezogen haben, wieweit sie also zulässig im Spielraum des Normprogramms oder unzulässig über die rechtsstaatliche Grenzwirkung des Normprogramms bzw. des Normtextes hinaus entschieden haben. Die Besonderheit der Struktur einer Norm oder eines Normtyps ist aber eben im Wortlaut der Vorschriften nicht substantiell enthalten, ist dort auch nicht zuverlässig oder abschließend abgebildet. Auch in diesem Zusammenhang hat die Formulierung mehr oder weniger aufschlussreich andeutenden, evozierenden Charakter. Mit dieser Einschränkung liefert der Normtext wichtige Indizien für Eigenart und Umfang des Normbereichs wie für das Mischungsverhältnis der Normelemente.

Faktoren einer Typologie der Normstruktur und damit auch unterschiedlicher Bedingungen von Normkonkretisierung sind zum Beispiel:

die Eigenart des Sachbereichs (neuartig oder traditionell gesichert, von größerer oder geringerer politischer und sozialer Relevanz, rechtserzeugt, „naturwüchsig“ oder beides in einem bestimmten Mischungsverhältnis usw.),

die Zuverlässigkeit des Normtextes als Ausgangspunkt für die spätere Formulierung des Normprogramms,

die dementsprechend verschiedene Trennschärfe des Normprogramms bei der Heraushebung des Normbereichs aus dem Sach- bzw. Fallbereich, d. h. aus den allgemeineren bzw. fallbezogenen sachlichen Zusammenhängen der Rechtsvorschrift,

Grad und Stand der (wissenschaftlichen) Bearbeitung eines Regelungsgebiets innerhalb und außerhalb von Jurisprudenz und Rechtspraxis und nicht zuletzt

die systematische Stellung der zu konkretisierenden Vorschrift in ihrer Kodifikation oder in der (Verfassungs-)Rechtsordnung (so z. B. die Eigenart der Normen des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder die der in eine ausgearbeitete Kodifikation bewusst eingesetzten ausgleichenden Generalklauseln wie der §§ 138, 242 und 826 BGB; im Grundgesetz: Staatsformbestimmungen, Rechtsstaatsgebote von wechselnder Konkretion, Gesetzgebungsaufträge, Verfassungsdirektiven, Sach- und Maßstabsnormen, Kompetenzvorschriften, Organisations- und Verfahrensregeln, Grundrechte).

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 „Kaufahrteischiffs“ 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 Denkopration erhebliche Unterschiede der Normstrukturen fest. Die jeweilige Eigenart der Normstruktur ist aber mit der des Normtextes sowenig 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 Angelegen-

heiten 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 Materien unerlässliche Voraussetzung ist für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung 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 Zeichen wert. 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. 240 ff., 354 ff.

Normstruktur

Die Normstruktur als Wissenselement der Entscheidung folgt aus der Verallgemeinerung des praktischen Vorgehens der Gerichte. "Normativ" heißt dabei all das, was dem Entscheidungsprozeß Richtung gibt: alle Elemente, die nicht entfallen können, ohne dass der Fall anders entschieden würde. Diese lassen sich zu zwei Gruppen zusammenfassen: einmal die primär sprachlich vermittelten Daten aus Normtexten und anderen Texten und zum anderen die sekundär sprachlich vermittelten Daten über Zusammenhänge der Wirklichkeit. "Normstruktur" bezeichnet den Zusammenhang zwischen den Bestandteilen dieser Rechtsnorm: "Normprogramm" heißt das aus den primären Sprachdaten gebildete Ergebnis der Interpretation der benützten Texte. "Normbereich" ist im Unterschied zum dogmatischen Begriff des Schutzbereichs ein strukturell zu bestimmender Begriff, der sich auf alle die Norma-

tivität mitkonstituierenden Sachbestandteile der Norm bezieht. Während der "Sachbereich" die Gesamtheit der anfänglich zur Fallenzählung assoziativ eingeführten Tatsachenhypothesen bezeichnet und der "Fallbereich" einen arbeitsökonomisch verengten Ausschnitt daraus darstellt, wird der Normbereich mit Hilfe der wertenden Perspektive des Normprogramms aus Sach- bzw. Fallbereich gebildet.

Das noch herrschende Verständnis der Rechtsnorm, die als fertiger Befehl erscheint, verwechselt Norm und Normtext. Der Normtext kann mit seiner Signalwirkung die Konkretisierung anregen und mit seiner Grenzwirkung die Schranken zulässiger Konkretisierung aufzeigen helfen, aber er kann die normative Anweisung nicht bereits substantiell enthalten. Entgegen der positivistischen Annahme einer bloßen Erkenntnis vorgegebener Bedeutung kann der Text nicht verlässlicher Gegenstand juristischer Erkenntnis sein, sondern – auf verfassungsrechtlich ausgezeichnete Weise – die Konstruktion der Rechtsnorm beeinflussen. Die Rechtsnorm ist auf eine zweifache Weise mehr als ihre Sprachfassung. Auf der Achse Norm — Wirklichkeit heißt die Unterscheidung von Norm und Text, den Normbereich nicht als Gegenpol oder Grenze der Rechtsnorm zu behandeln, sondern als ihren Bestandteil. Auf der Achse Norm — Fall wird mit der Unterscheidung von Norm und Normtext die Entscheidung sichtbar, die der Positivismus hinter der rhetorischen Fassade sprachlich vorgegebener Bedeutung verstecken wollte. Die Rechtsnorm erscheint nicht länger als der sichere Ausgangspunkt juristischen Handelns. Sie verwandelt sich vielmehr in dessen *lege artis* zu konstruierendes Ziel.

JM II, S. 172

Normtext

Für die herkömmliche Lehre heißt „Bestimmtheit“, dass der Wortlaut des Gesetzes die Entscheidung des Rechtsfalls vorgibt. Dieses Postulat wird in der Theorie hochgehalten, in der Praxis jedoch nicht beachtet. Woran liegt das? Der Normtext ist mit dieser Fassung des Bestimmtheitsprinzips überanstrengt. Die Forderung nach einer Bestimmtheit und Klarheit rechtlicher Regelung, die im Sinn einer Eigenschaft der gesetzlichen Vorschrift innewohnt und damit der Auslegung und Anwendung vorgegeben ist, ist sprachlich nicht einlösbar. Kein Text kann die mit ihm verknüpften Lesarten determinieren. Der Text hat keinerlei intrinsische Eigenschaft, die die Festlegung auf eine bestimmte Lesart unabhängig von der Praxis des Umgangs mit diesem Text rechtfertigen könnte. Die Wahl einer Lesart bleibt also immer unterbestimmt und bringt eine Entscheidungskomponente ins Spiel. Bestimmtheit ist, wie die These von der Unbestimmtheit der Übersetzung in der analytischen Philosophie im Grundsatz zeigt, nie durch Sprache erreichbar. Sie kann immer nur innerhalb von gegebenen Sprach- bzw. Überzeugungssystemen hergestellt werden. Dabei wird allerdings das Problem der Unbestimmtheit zwangsläufig auf die Entscheidung für ein solches System verlagert. Die zweifache Unbestimmtheit von Sprache, nämlich die von begrifflichen Festlegungen innerhalb eines gegebenen Rahmens einerseits, sowie andererseits die der Wahl eines bestimmten Begriffsschemas, zeigt, dass die normtheoretischen Prämissen der bisherigen juristischen Auffassung des Bestimmtheitsgebots sprachtheoretisch nicht einlösbar sind. Es kann nicht von der Bestimmtheit als einer Eigenschaft von Gesetzestexten oder auch nur als einer Vorgabe durch die gesetzliche Vorschrift als solcher ausgegangen werden. Vielmehr ist Bestimmtheit eine normative Aufgabe. Sie stellt sich als Frage der Bestimmbarkeit von rechtsförmigen Entscheidungen anhand von Normtexten.

Gelegentlich kann von kritischen Geistern der Satz vernommen werden, „im Telefonbuch“ stünden „mehr Informationen als im Gesetzbuch“. So ist es - unter der Voraussetzung, unter „Information“ Gewissheit und auch ein Abnehmen eigener Entscheidungslast verstehen zu wollen. Unsicherheit und Verantwortbarkeit des eigenen Rechtshandelns nimmt das Gesetzbuch dem Juristen, der zu entscheiden hat (dem „Subjekt der Konkretisierung“) freilich nicht ab; es fordert beide heraus (und kann es dann doch wohl mit dem Telefonbuch aufnehmen).

Für eine Lösung dieses praktischen Problems sind die sprachtheoretischen Voraussetzungen der herkömmlichen Lehre vom Kopf auf die Füße zu stellen. Die noch vorherrschende Sprachauffassung der Juristen setzt als Regel, was von den sprachlichen Verhältnissen her allenfalls seltene Ausnahme sein kann. Sie geht vom angeblich bestimmten Begriff aus und qualifiziert dann die Ausnahmen als „unbestimmte“ oder „wertausfüllungsbedürftige“ Rechtsbegriffe. Dem ist entgegenzuhalten, dass Sprache überhaupt nur dadurch funktionieren kann, dass sie als solche erst einmal unbestimmt ist und damit in ihrer Bedeutung gegenüber der Vielfalt der Zwecke für ihren Einsatz autonom. Nur dadurch

ist sie offen für wechselnde Kontexte. Zugleich kann sie aufgrund dieser Flexibilität in den verschiedenen Zusammenhängen stabil fungibel sein. Es stellt sich dann allerdings die Frage, was bei realistischem Einschätzen der sprachlichen Bedingungen „Bestimmtheit“ von Normtexten überhaupt noch heißen kann.

Normtheoretisch hat der Handlungssatz seinen Sitz im Sachbereich rechtlicher Regelungen; also in der Menge aller Sachaspekte, die mit den zunächst in Gestalt ihrer Normtexte vorbereiteten Rechtsnormen thematisch in Beziehung stehen können. Den Sachbereich machen dabei die allgemeinen Tatsachen aus (in Unterschied zu den individuellen aus der Fallzählung bzw. dem juristisch schon umformulierten Sachverhalt). Individuell mögen z. B. einen Strafrechtsfall Einzelhandlungen prägen wie: Gründung von Briefkastenfirmen, zahlreiche Kontoeröffnungen, Ausstellung überhöhter Rechnungen, systematisches Weiterschieben von Summen, usw. Typologisch sieht dies nach „Geldwäsche“ aus, deren generelle Fakten - solange diese Normtexthypothese aufrecht erhalten wird - nun als Sachbereich zu untersuchen sind.

Der Handlungssatz gibt dem Sachbereich für die anstehende Normkonkretisierung sein semantisches Format. In seiner Extension sichert er für diese die Möglichkeit zur Bezugnahme, indem er Einzelergebnisse individuiert. In seiner Intension sichert er ihr die Möglichkeit zum Zugriff auf das jeweils individuierte Ereignis, indem er dieses als Fall aus der Welt des Rechts anordnet. Entsprechend kommt der Tatbestandsbestimmung für eine Rechtsnormproduktion im Fall die Aufgabe zu, eine Grammatik zur Erarbeitung des Normbereichs zu entwerfen, durch den festgelegt wird, welche Tatsachen die fragliche Rechtsnorm mittragen können.⁴⁸ Indem die Gesetzgebung der folgenden Normkonkretisierung die Bedingungen zu setzen hat, erfolgt sie gleichsam als umgekehrte und den späteren Entscheidungsvorgang in seiner Umkehrung vorwegnehmende Setzung von Entscheidungsnormen. Die dafür nötige Klassenbildung im Regelungsgegenstand ergibt sich dementsprechend aus der Umkehrung der Konkretisierung von Rechtsnormen bis hin zum Individualisieren einer Entscheidungsnorm und zugleich aus jener der individualisierenden Verengung der Elemente der Rechtsnorm.

Sprachtheoretisch wird die dafür erforderliche Allgemeinheit durch Universalisierung des Handlungssatzes erreicht. Extensional geht man damit vom Bezug auf ein Einzelereignis zur Festlegung des Bereichs einer Art von Ereignissen über. Für diese Art von Ereignissen gilt im übrigen, was Wittgenstein in Hinblick auf Gegenstände sagt: „Welche Art von Gegenstand etwas ist, sagt die Grammatik.“ Die dafür wiederum nötige Abstraktheit im Festlegen des Einzugsbereichs der Formulierung rechtlicher Vorschriften wird dadurch erzielt, dass man in den durch den Handlungssatz geordneten Zuschreibungen die Eigenschaften und Teile, die ein Einzelereignis herausgreifen und auszeichnen, durch die Variable für jeweils das Moment ersetzt, das jene Eigenschaften und Teile als Konstanten in Bezug auf das einzelne Ereignis belegen. Intensional geht man damit unter Erhalt des Freiheitsgrads des Handlungssatzes in der Mannigfaltigkeit der von ihm geordneten Zuschreibungen von der Kennzeichnung eines Falls in der Welt des Rechts zur Form für solcherlei Kennzeichnungen über. So legt man einen Raum möglicher Sachverhalte fest, die wesentlich von einer rechtlichen Regelung betroffen sein können und für die gilt, was Wittgenstein vom „Wesen“ sagt: „Das Wesen ist in der Grammatik ausgesprochen.“

Dabei zeigen sich zugleich auch die Grenzen der Möglichkeit sprachlicher Festlegung gesetzlicher Tatbestände durch den Normtext. Als ein grammatischer Ausdruck kann der Normtext die rechtliche Entscheidung über Episoden des sozialen Zusammenlebens nicht schon vorgeben. Vielmehr können mit ihm nur die Bedingungen dafür gesetzt werden, zu solchen Entscheidungen zu kommen. Der Normtext gibt in seiner Tatbestandsbestimmung nicht bereits einen Begriff der geregelten Sachverhalte. Vielmehr zeichnet er lediglich die Form vor, in der solche Begriffe zu bilden sind. Und er enthält auch nicht schon Beschreibungen, die sich mit Wahrheitsanspruch von den betreffenden Vorgängen des sozialen Lebens behaupten ließen. Tatsächlich zeigen die Festlegungen des Normtextes lediglich die Bedingungen an, unter denen aufgrund von Belegen über solche Wahrheitsansprüche zu entscheiden ist. Der Normtext gibt damit zwar einen Rahmen vor, in dem die Bestimmtheit rechtlicher Regelungen erreicht werden kann. Zugleich setzt er jedoch den Vorgang der Normkonkretisierung einer doppelten Entscheidungsgewissheit aus. Bestimmtheit kann so alles in allem keine Eigenschaft von Gesetzestexten sein. Vielmehr ist sie auf eine Strategie des Gewinns von Wahrheit für die nach den grammatischen Vorgaben des Normtextes zu bildenden Handlungssätze verwiesen. Für diese Strategie stellt sich dann weiter die Frage nach ihrer Ausgestaltung als Verfahren unter der ver-

fassungsrechtlichen Forderung, Rechtssicherheit zu gewähren. Einmal mehr bestätigt dies übrigens die von der Strukturierenden Rechtslehre vorgeschlagene Unterscheidung zwischen der Geltung eines Normtextes und der Bedeutung der Norm. Bezeichnenderweise war von Bedeutungen in dem hier demonstrierten Theorieaufbau insoweit nicht die Rede, sondern stattdessen von Struktur und Entscheidung, von Festlegung und Form, die allesamt den Weg zu einer bestimmten Bedeutung des Normtextes, die die Rechtserzeugung zu erbringen hat, erst eröffnen und sozusagen planieren.

Ungeschminkt betrachtet, dient der Gesetzestext technisch als Ansatzpunkt, legitimatorisch als Durchzugsgebiet für miteinander konkurrierende, für einander widersprechende Interpretationsvarianten. Das macht jeder Blick in einen Gesetzes- oder Verfassungskommentar augenfällig: zahlreiche, manchmal Hunderte von Textseiten zu ein, zwei, drei Sätzen des darüber thronenden kargen Normtextes (Art. X der Konstitution, § Y des Gesetzes).

Die Strukturierende Rechtslehre geht davon aus, dass dem Normtext am Beginn der Konkretisierung erst Geltung und nicht schon Bedeutung zukommt. Mit diesem Ansatz werden drei Fragen getrennt, die in der herkömmlichen Lehre noch unklar vermischt sind. Es sind die Fragen nach Geltung, Bedeutung und Legitimation. Das positivistische Modell der Rechtserkenntnis setzt alle drei Probleme gleich: die Geltung des Normtextes liegt in seiner Bedeutung und die Entscheidung ist legitim, wenn sie die erkannte Bedeutung genau auf den Fall anwendet. Die von der Strukturierenden Rechtslehre ausgearbeitete Trennung verteilt die Probleme dagegen zunächst auf der Zeitachse: Geltung des Normtextes liegt am Anfang, Bedeutung als Ausfüllung des Textformulars (Normativität) am Ende. Dazwischen liegt ein Handeln des Rechtsarbeiters, das an Legitimitätsmaßstäben überprüft werden muss. Legitimität kommt der in der Entscheidung liegenden Ausübung von Staatsgewalt dann zu, wenn die Zurechnung der Bedeutung zum Normtext alle sprachlichen Anschlusszwänge methodisch überzeugend abgearbeitet hat, die sich aus einer verfassungsrechtlich rückgebundenen Argumentationskultur ergeben.

Die geschilderte Trennung ist aus der Sicht des alten positivistischen Modells von Rechtserkenntnis nicht leicht zu verstehen. Typisch ist insoweit eine Kritik, welche die Abschichtung von Zeichenkette und Bedeutung für unmöglich hält. Ein Normtext ohne Bedeutung sei als Zeichenkette gar nicht erkennbar und könne deswegen auch keine Geltung haben. Nun erscheinen zwar in der unreflektierten Alltagskommunikation Zeichenkörper und Bedeutung als Einheit. Aber schon die bloße Frage nach der Bedeutung eines bestimmten Zeichens legt beide Seiten auseinander. Der Raum, in den sich diese Frage entfaltet, ist der der Bedeutsamkeit.

JM I, Rn. 166, 175 ff., 185 ff.

Normtext, Adressat

Die Wortlaute, die Normtexte, haben zwei Aufgaben. Zum einen verpflichten sie die „Betroffenen“, d. h. alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, zu einem bestimmten Verhalten. Dieses wird von ihnen dann verlangt, wenn ihre praktische Situation jener eines „gesetzlichen Tatbestandes“, also der im Normtext grob umschriebenen Konstellation, anscheinend entspricht. Für diesen Nexus „Lage - geschuldete Rechtsfolge“ ist der Normtext sozusagen ein Merkposten. Die Prüfung kann nur grob erfolgen, da die Betroffenen typischerweise nicht juristisch geschult sind: also umgangssprachlich, alltagstheoretisch vermittelt, in aller Regel ohne Gesetzeslektüre, mittels der (im Strafrecht) sogenannten „Parallelwertung in der Laiensphäre“. In dieser Teilfunktion hat der Normtext noch nicht „Normativität“, sondern - und zwar gegenüber allen - erst „Geltung“. Wäre das anders, wäre „Geltung“ also bereits „Normativität“, dann müssten - plakativ gesagt - alle Betroffenen im Bereich der Rechtsordnung Fachjuristen sein; glücklicherweise ist dies nur ein Denkspiel. Der Normtext verpflichtet also alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, Fachleute oder Laien, dann, wenn ihr Tun oder Unterlassen tatbestandlich „einschlägig“ ist, rein praktische Quasi-Rechtsnormen („das darf ich nicht“, „das darf ich“, „das muss ich hier so und so machen“) und anschließend praktische Quasi-Entscheidungsnormen zu setzen („das mache ich also nicht“, „das kann ich also tun“, „das mache ich folglich so und nicht anders“). Dabei handelt es sich, genau genommen, um Verhaltensdirektiven als informelle praktische Orientierungen und Entscheidungen.

Derselbe Gesetzestext erfüllt somit bei verschiedenen Adressaten verschiedene Funktionen, erzielt entsprechend unterschiedliche Wirkungen. Die Laien haben Basiskenntnisse des täglichen gesellschaftlichen Lebens aus ihrer schulischen und beruflichen Karriere und ferner diverse Kompetenzen, sich „aus allgemein zugänglichen Quellen“ (so die Formel im Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1) zu unterrichten. Diese liegen in den Medien, aber auch in der Möglichkeit, sich professionell beraten und kundig machen zu lassen. Allerdings ist diese Option durch finanzielle Hürden erschwert, auch durch schichtspezifische bis hin zu Sprachbarrieren.

JM I, Rn. 305 f.

Normtext, Ausgangspunkt

Ein gewisser, allerdings nicht näher begründeter Akzent scheint dabei auf Wortlaut und Sinnzusammenhang der Gesetzesbestimmung zu liegen. Das Bundesverfassungsgericht geht bei der ersten Suche nach vertretbaren Lösungsalternativen vom Wortlaut des zu bearbeitenden Normtextes aus. Bereits die Formulierung vom „Sinnzusammenhang“ (in den die fragliche Vorschrift „hineingestellt“ sei) im Urteil vom 21. Mai 1952 deutet darauf hin, dass das Schwergewicht in aller Regel bei den systematischen und den Ideologischen Aspekten liegt. Das Bundesverfassungsgericht bemüht sich vordringlich, den „Sinnzusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften und das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt“, zu ermitteln. Insofern wird der Wortlaut des Normtextes vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als verhältnismäßig wenig ergiebig behandelt. Das Gericht bezeichnet es als legitime richterliche Aufgabe, „den Sinn einer Gesetzesbestimmung aus ihrer Einordnung in die gesamte Rechtsordnung zu erforschen, ohne am Wortlaut des Gesetzes zu haften“. Der Normtext wird chronologisch als erste Auswahlinstanz in Frage kommender Lösungsmöglichkeiten, sachlich als Grenze zulässiger Lösungsalternativen behandelt. Als eine Interpretation *contra legem* würde das Bundesverfassungsgericht eine solche für unzulässig halten, „durch die einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz ein entgegengesetzter Sinn gegeben würde“. Regelungsabsichten des Gesetzgebers, die in einem eindeutigen Normtext nicht ausgedrückt worden sind, müssen bei der Auslegung der Norm unbeachtet bleiben.

JM I, Rn. 26

Normtext, Bindung an

Folgerichtig topisches Denken kann den Normtext nur als einen Topos unter ändern ansehen. Die Topoi als meinungsmäßig diskutierbare, die Entscheidung möglichst überzeugend begründende Gesichtspunkte sind in ihrer Auswahl auf das Problem ausgerichtet. Wenn das Problem es erfordert, müssen auch normfremde Topoi herangezogen werden können. Der nicht zuletzt für das Staats- und Verfassungsrecht verbindliche Primat der Normbindung macht die Vorstellung eines primär topischen Problembezugs unzulässig. Gleichwohl stellt sich in dem theoretischen Rahmen, der von der Nichtidentität von Norm und Normtext, vom Verständnis der Rechtsnorm als einem sachbestimmten Ordnungsmodell, vom Verfahren der Konkretisierung statt von demjenigen gesetzessystematischer Anwendung bestimmt ist, auch bei striktem Normbezug der Konkretisierung und unter dem Gebot rationaler Kontrollierbarkeit der einzelnen Schritte der Rechtsgewinnung wie der Darstellung jede juristische Arbeitsweise als problem- und fallbezogen heraus. Insofern ist sie in der Tat so strukturiert, wie es der topische Ansatz gegenüber jeder gesetzessystematischen Verengung des Blickfelds herausgearbeitet hat.

Es kommt nicht von ungefähr, dass sogar im Zivilrecht, das die Diskussion um topische Rechtsfindung doch in aller Breite einführte, Berufungen auf die Freirechtsschule oder auf sonstige Arten normtextungebundener Rechtsschöpfung allenfalls am Rand und nicht selten auch missverständlich anklingen, dass sie als Votum gegen den primären Normtextbezug der Rechtskonkretisierung jedoch nicht ausdrücklich vertreten werden. Auch unterverfassungsrechtliche Teilbereiche der Rechtsordnung sind durch verfassungsrechtliche Normierungen daran gehindert, positiv geregelte Fragen unter Umgehung der Normen und durch Rückgriff auf Topoi nicht-normativer Herkunft ordnen zu wollen. Auch außerhalb des Verfassungsrechts ist Topik weder ein Verfahren von nur rhetorischer Verbindlichkeit noch eingeeignet auf rechtspolitisches Werten und Argumentieren. Die (wie im einzelnen auch immer be-

nannte) grundsätzliche Ergänzungsbedürftigkeit von Problem- und Systemdenken, besser: von Normbezug und Problembezug der Rechtskonkretisierung, hat sich auch dort herausgestellt. „Geschlossene“ Axiomatik bedarf der Erweiterung durch Prinzipienbildung und Problemdenken aufgrund von Anstößen aus dem Fallrecht ebenso wie auf der ändern Seite eine „offene“ Problementwicklung topischer Natur um der Rationalität und Nachprüfbarkeit ihrer Erwägungen und um der normativen Bindung des Richters und der ändern Staatsgewalten an das Gesetz willen nicht ohne systematische, in ihrer Reichweite und Generalisierbarkeit allerdings normativ begrenzte und bedingte systematische Ableitungszusammenhänge auskommen kann. De lege ferenda, für die Verfahren der Beschaffung von empirischem und wertendem Material im Verfahren der Rechtsetzung, sind „topische“ Verfahrensweisen weniger eingeengt. Für die Aktualisierung gesetzten Rechts jedoch hängt die Feststellung konkreter Ordnungsfolgen in erster Linie von der normativen Regelung ab, die bei aller Schwierigkeit ihrer Konkretisierung in der Regel genügend Anhaltspunkte gibt und den Rückzug auf rechtspolitischen Voluntarismus erspart.

Die Wortlaute, die Normtexte, haben zwei Aufgaben. Zum einen verpflichten sie die „Betroffenen“, d. h. alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, zu einem bestimmten Verhalten. Dieses wird von ihnen dann verlangt, wenn ihre praktische Situation jener eines „gesetzlichen Tatbestandes“, also der im Normtext grob umschriebenen Konstellation, anscheinend entspricht. Für diesen Nexus „Lage - geschuldete Rechtsfolge“ ist der Normtext sozusagen ein Merkposten. Die Prüfung kann nur grob erfolgen, da die Betroffenen typischerweise nicht juristisch geschult sind: also umgangssprachlich, alltagstheoretisch vermittelt, in aller Regel ohne Gesetzeslektüre, mittels der (im Strafrecht) sogenannten „Parallelwertung in der Laiensphäre“. In dieser Teilfunktion hat der Normtext noch nicht „Normativität“, sondern - und zwar gegenüber allen - erst „Geltung“. Wäre das anders, wäre „Geltung“ also bereits „Normativität“, dann müssten - plakativ gesagt - alle Betroffenen im Bereich der Rechtsordnung Fachjuristen sein; glücklicherweise ist dies nur ein Denkspiel. Der Normtext verpflichtet also alle Teilnehmer am Rechtsverkehr, Fachleute oder Laien, dann, wenn ihr Tun oder Unterlassen tatbestandlich „einschlägig“ ist, rein praktische Quasi-Rechtsnormen („das darf ich nicht“, „das darf ich“, „das muss ich hier so und so machen“) und anschließend praktische Quasi-Entscheidungsnormen zu setzen („das mache ich also nicht“, „das kann ich also tun“, „das mache ich folglich so und nicht anders“). Dabei handelt es sich, genau genommen, um Verhaltensdirektiven als informelle praktische Orientierungen und Entscheidungen.

Derselbe Gesetzestext erfüllt somit bei verschiedenen Adressaten verschiedene Funktionen, erzielt entsprechend unterschiedliche Wirkungen. Die Laien haben Basiskenntnisse des täglichen gesellschaftlichen Lebens aus ihrer schulischen und beruflichen Karriere und ferner diverse Kompetenzen, sich „aus allgemein zugänglichen Quellen“ (so die Formel im Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1) zu unterrichten. Diese liegen in den Medien, aber auch in der Möglichkeit, sich professionell beraten und kundig machen zu lassen. Allerdings ist diese Option durch finanzielle Hürden erschwert, auch durch schichtspezifische bis hin zu Sprachbarrieren.

JM I, Rn. 114 f., 305 ff.

Normtext, Eingangsdatum

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 stützt 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 Text„aus“legung. 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.

JM I, Rn. 275 f.

Normwandel

Noch weit über diese Spruchpraxis hinausgehend, verwendet das Bundesverfassungsgericht in erheblichem Umfang Gesichtspunkte, die weder mit den als kanonisch geltenden Auslegungsregeln Savignys noch mit der ihnen zugrundeliegenden Normvorstellung vereinbar sind: so die Notwendigkeit eines sachgemäßen Ergebnisses; die Möglichkeit eines Bedeutungswandels einer Verfassungsnorm auf Grund faktischer Veränderungen der sozialen Welt; die konstitutive Bedeutung

des von Norm und Entscheidung zu regelnden Sachverhalts, das Berücksichtigen historischer, politischer und sozialwissenschaftlicher Zusammenhänge als die Entscheidung letztlich tragender Aspekte. Dabei ist nicht zu verkennen, dass schon die traditionellen Auslegungsmethoden zahlreiche (allerdings nicht reflektierte und nicht eingestandene) Möglichkeiten enthalten, in die Fallentscheidung Sachelemente einzubeziehen. Doch erzwingen die spezifischen Schwierigkeiten der Normtextinterpretation im Verfassungsrecht eine größere Offenheit dieses Rückgriffs in der Darstellung der Entscheidungsbegründung. Die Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht, ohne die dabei auftauchenden theoretischen und methodischen Probleme zu thematisieren, der „Norm“ im herkömmlichen Verständnis nicht entnehmbare Sachgesichtspunkte zu mitentscheidenden Bestandteilen der Konkretisierung macht, sind eindrucksvolle Belege für die Unumgänglichkeit solcher Offenlegung. Fälle dieses Typus zeigen insgesamt, dass die programmatische Selbstbeschränkung auf die überlieferten Auslegungshilfen angesichts der Probleme der Praxis illusionär ist; dass die herkömmlichen methodischen Hilfsmittel die in Wirklichkeit geübten Konkretisierungsverfahren auch verbal nicht mehr zu decken und zu verdecken vermögen und dass die alltäglich gehandhabten Vorgänge heutiger Verfassungskonkretisierung Anlass geben, die überlieferte Konzeption der Rechtsnorm und ihrer „Anwendung“ in Frage zu stellen.

Eine Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung legt das Aufgeben der traditionellen Konzeption nahe. Weder die herkömmlichen Auslegungsregeln, zu denen sich das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung bekennt, die es aber zugleich in ständiger Rechtsprechung überschreitet, noch die „Natur der Sache“ oder andere methodische oder rechtstheoretische Aspekte reichen für eine solche Analyse aus. Vielmehr ist jeweils dasjenige normative Element herauszuarbeiten, das - oft abweichend vom Wortlaut der gerichtlichen Begründung den Fall der Sache nach entscheidet, das also ohne wesentliche Änderung des Ergebnisses nicht hinweggedacht werden könnte. Dabei wird deutlich, dass - verdeckt durch die Wortgestalt herkömmlicher juristischer Methodik und ihres Darstellungsstils - zahlreiche zusätzliche normative Faktoren eine Rolle spielen. Sie entstammen zum großen Teil dem Bereich, der herkömmlich als „Wirklichkeit“ pauschaliert und der „Rechtsnorm“ gegenübergestellt zu werden pflegt, der aber im tatsächlichen Vorgang der Konkretisierung als Bestandteil der die Entscheidung tragenden Norm behandelt wird. Unrichtige, normwidrige Entscheidungen sind dabei nicht gemeint. Ebenso wenig fallen die als normativ behandelten Bestandteile „der“ Wirklichkeit mit den Merkmalen des zu entscheidenden Sachverhalts zusammen. Sie sind allgemeiner als die Bestandteile des Sachverhalts, lassen dessen fallgebundene Gegebenheiten typologisch hinter sich und bestimmen die Konkretisierung der Rechtsnorm mit.

Solche Entscheidungselemente reichen vom motivierten Überspielen des Wortlauts der Vorschrift über das Zurückgehen allein auf die subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers im Umkreis der überlieferten Methodik bis zur unmittelbaren Einführung politologischer, volkswirtschaftlicher, soziologischer, statistischer und sonstiger Teilergebnisse in den fallentscheidenden Begründungs- und Darstellungszusammenhang - was im Einzelfall jeweils normwidrig oder nicht normwidrig geschehen kann. Gesichtspunkte solcher und analoger Art durchziehen in Entscheidungen verschiedenen Typs die gesamte bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Stichwortartig seien Erkenntnisse zum allgemeinen Gleichheitssatz als einer auf Sachgegebenheiten verweisenden Generalklausel genannt; zu den speziellen Gleichheitsgeboten und Diskriminierungsverboten der Verfassung, wie den Grundsätzen der Wahlgleichheit, der Chancengleichheit der Parteien, der Gleichberechtigung, der Steuergerechtigkeit und anderen; zur Spezialität der sogenannten Einzelgrundrechte; zur Konkretisierung von Grundsatznormen wie des als allgemeine Handlungsfreiheit verstandenen Entfaltungsgrundrechts; zur dogmatischen Begründung von Instituts- und institutionellen Garantien; zum Norm- und Verfassungswandel auf Grund eines Strukturwandels des normierten Wirklichkeitsausschnitts; zur Verzahnung der zivil- und strafrechtlichen

Rechtsordnung mit dem Verfassungsrecht; zur Verhältnismäßigkeit gesetzgeberischer Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseinschränkung; zur Struktur der parteienstaatlichen Demokratie; zum Auffüllen generalklauselartiger Wertaspekte durch verfassungsrechtlich relevante empirische Befunde; zur Reichweite und gegenseitigen Abgrenzung grundgesetzlicher Kompetenzvorschriften; zur Konkretisierung von Verfassungsbestimmungen nach dem eingestandenem Versagen der herkömmlichen Auslegungsregeln; zur normativen Maßgeblichkeit und Unmaßgeblichkeit staatspolitischer Überlegungen; zur Rationalisierung verfassungsrechtlicher Güterabwägung; zur sachlichen Differenzierung einer möglicherweise vom Grundgesetz positivierten „objektiven Wertordnung“; zu verfassungstheoretischen Voraussetzungen verfassungsgerichtlicher Praxis.

JM I, Rn. 33, 35

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004