

R

<i>Rechtliches Gehör</i>	<i>Rechtsprechung, Änderung</i>
<i>Rechtanwendung, Beobachtung erster Ordnung</i>	<i>Rechtsprechung, Konkretisierungselement</i>
<i>Rechtanwendung, Beobachtung zweiter Ordnung</i>	<i>Rechtssicherheit</i>
<i>Rechtanwendung, als Entscheidung</i>	<i>Rechtsstaat, sprachreflexiver</i>
<i>Rechtanwendung als Gegenzeichnen</i>	<i>Rechtsstaat, Textstruktur</i>
<i>Rechtanwendung, Problemstellung</i>	<i>Regeln, semantische</i>
<i>Rechtanwendung als Rechtserkenntnis</i>	<i>Regelplatonismus</i>
<i>Rechtanwendung, im Namen des Volkes</i>	<i>Regelskeptizismus</i>
<i>Realdaten</i>	<i>Repräsentationsmodell</i>
<i>Recht als Herrschaftsinstrument</i>	<i>Richter, Bindung</i>
<i>Recht als Hypertext</i>	<i>Richterrecht, contra legem / praeter legem</i>
<i>Recht und Moral</i>	<i>Richterrecht, rechtstheoretisch</i>
<i>Rechtsarbeit</i>	<i>Richterrecht, Verfassungsrecht</i>
<i>Rechtserkenntnismodell</i>	<i>Richtlinienkonforme Auslegung, Begriff</i>
<i>Rechtserkenntnisquelle</i>	<i>Richtlinienkonforme Auslegung, Grenze</i>
<i>Rechtserzeugungsreflexion</i>	<i>Rechtsstaatsverständnis, legalistisches</i>
<i>Reine Rechtslehre</i>	<i>Rechtsstaatsverständnis, sprachreflexives</i>
<i>Rechtsnorm, abstrakte, generelle</i>	<i>Rechtsstaatsprinzip</i>
<i>Rechtsnorm, Erzeugung</i>	<i>Rechtsstaatsprinzip als kommunikative Ethik</i>
<i>Rechtsnorm, Strukturmodell</i>	<i>Rechtsvergleichende Auslegung</i>
<i>Rechtsnorm, Typologie</i>	<i>Rechtsvergleichende Auslegung, Begriff</i>
<i>Rechtsnorm, Verbindlichkeit</i>	<i>Rechtsvergleichung, Vorgehensweise EuGH</i>
<i>Rechtsnormtheorie</i>	<i>Rechtsvergleichende Auslegung und funktionelle Gewaltenteilung</i>
<i>Rechtsordnung, Kommunikationssystem</i>	<i>Rechtsvergleichende Auslegung, wertende Perspektive</i>
<i>Rechtsordnung, Sprachlichkeit</i>	<i>Rechtswissenschaft,</i>
<i>Rechtsordnung, geschlossenes System</i>	<i>Rechtserzeugungsreflexion</i>
<i>Rechtsordnung, Textstruktur</i>	

Rechtliches Gehör

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

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

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden.¹⁴⁰ Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat

ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

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

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

JM I, Rn. 222

Rechtanwendung, Beobachtung erster Ordnung

Die europarechtliche Literatur versteht Auslegen bisher nur als Erkennen des normativen Gehalts von geschriebenen Rechtsvorschriften. Gegenstand der Auslegung ist demnach nicht die *Ausdrucksseite* oder der Text als Zeichenkette, sondern von vornherein die *Inhaltsseite* als objektive Bedeutung des Textes. Diese Bedeutung wird schlicht erkannt und nicht etwa vom Leser und Entscheider (mit)erzeugt. Daraus folgt eine Definition wie: „Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext als Träger dieses normativen Sinnes. Der Gesetzestext selbst ist nicht mit dem normativen Sinn gleichzusetzen, sondern dieser liegt sozusagen ‚hinter‘ dem Text als das von den Zeichen und Zeichenverbindungen, die den Wortlaut bilden, Bezeichnete.“

Das ist eine Vorentscheidung für die Beobachtung erster Ordnung.

JM II, S.151 f

Rechtsanwendung, Beobachtung zweiter Ordnung

Daran zeigt sich, dass eine Beobachtung zweiter Ordnung die Rechtsarbeit nicht etwa bestätigend verdoppelt, sondern den Ansatzpunkt wirklicher Verantwortung im juristischen Handeln erst sichtbar machen kann. Die unfruchtbare Alternative von Positivismus und Dezisionismus, von Auslegungsrhetorik und freirechtlicher Praxis kann damit überwunden werden. In der Diskussion um die richterliche Verantwortung hatte die herkömmliche Lehre zwei Bereiche unterschieden: einmal den der Bedeutungserkenntnis, wo der Richter auf den passiven Vollzug des Gesetzessinns beschränkt sein soll. Zum andern den des „Richterrechts“, worin der Richter angeblich Prinzipien erkennt und diese dann genauso mechanisch anwendet wie vorher die Normtexte. Eine Rechtserzeugungsreflexion kann diese „Zweiweltenlehre“ durch eine genauere Problemstellung überwinden. Der Richter ist Rechtsetzer, aber Rechtsetzer zweiter Stufe. Das heißt, die Rechtsnorm ist ihm nicht vorgegeben, sie wird von ihm hergestellt. Aber er muss sie dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext plausibel zurechnen können. Darin liegt die *Geltungsanforderung* des Normtextes, die auf dem Weg über die Gesetzesbindung und andere Vorschriften eine richterliche Dienstpflicht darstellt. Geltung ist 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 darin, 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". Obwohl auch der Richter im Europarecht die Rechtsnorm selbst herstellen muss, ist er bei dieser Arbeit einer Verantwortung unterworfen, die durch methodenbezogene Normen im Primärrecht begründet ist und von Rechtstheorie und juristischer Methodik formuliert werden kann.

JM II, S. 169 f

Rechtsanwendung, als Entscheidung

An die Stelle des herkömmlichen Bildes von Rechts"anwendung" tritt also nicht einfach eine freie und autonome Entscheidung des Richters. Eine Entscheidung treffen bedeutet: „Dass wir dabei nicht aktiv sind, sondern passiv. Und ich möchte den Begriff Verantwortung (...) von den Begriffen Handlung, Freiheit, Initiative usw. trennen. (...) Diese Position wendet sich gegen die Autonomie, dagegen, dass man sich selbst sein Gesetz gibt. Wir übernehmen Verantwortung in einer Situation der Heteronomie, d. h. in dem, was ich Leidenschaft nennen würde, im aktiv-passiven Gehorsam gegenüber dem Gesetz des anderen. Dies bedeutet, dass die Entscheidung – und wir können Verantwortung nicht ohne Entscheidung denken – nichts Aktives ist. Nun, für einen Philosophen ist dies schwer zu schlucken: eine Entscheidung, die die Entscheidung des anderen wäre und eine passive Entscheidung. Aber ich möchte behaupten, dass es so etwas wie eine aktive persönliche Entscheidung nicht gibt und das Rätsel der Verantwortung in dieser Aporie begründet liegt: Eine Entscheidung ist etwas Passives in einem bestimmten Verständnis von Passivität, etwas, das einem aufgetragen ist.“ (Derrida, J., *Als ob ich tot wäre*, 2000)

JM II; S. 168

Rechtsanwendung als Gegenzeichnen

Jede Umsetzung des geltenden Rechts ist unvermeidbar auch dessen Verschiebung, Anreicherung, Komplizierung. Aber eine verantwortliche Umsetzung ist ein Gegenzeichnen des vom Parlament geschaffenen Textes. Gegenzeichnen heißt, „mit meinem Namen gegenzeichnen, aber in einer Weise, die dem anderen treu sein sollte. Ich würde wahr nicht falsch gegenüberstellen, sondern wahr im Sinne von Treue verstehen. Ich will etwas hinzufügen, dem anderen etwas geben, aber etwas, das der andere entgegennehmen und seiner- oder ihrerseits, tatsächlich oder als ein Geist, gegenzeichnen kann. Die Allianz also zwischen diesen beiden Gegenzeichnungen ist Anwendung. Man kann niemals sicher sein, dass es geschieht, es gibt kein Kriterium dafür, keine vorgegebene Norm, niemand kann im voraus Regeln, Normen oder Kriterien anfügen.“ (Derrida, J., *Als ob ich tot wäre*, 2000) Die Rechtsnorm wird konstruiert, aber nicht beliebig, sondern so, dass sie das Gesetz als Normtext anerkennt. Nur dann ist es die Konstruktion einer Rechtsordnung und damit – in diesem Sinn – Rechtsanwendung.

JM II, S. 172 f.

Rechtsanwendung, Problemstellung

Diese traditionelle Verdoppelung des Rechts stellt eine degenerative Problemverschiebung dar. Die „Was-ist-Frage“ der herkömmlichen Lehre mündet in die argumentative Beliebigkeit von Ontologie. Sie muss deswegen durch die Frage ersetzt werden: Wie funktioniert Rechtsanwendung? Es geht bei dieser nicht um die Explikation einer im Text schon vorgegebenen Rechtsnorm. Eher handelt es sich um eine "Komplikation", das heißt eine Verschiebung von Text und Leser durch einen neuen Fall. Der Richter erkennt nicht die Rechtsnorm. Er konstruiert sie. Um diese Konstruktion sichtbar zu machen,

darf in den Text als Ausgangspunkt der richterlichen Tätigkeit nicht schon das hineingelegt werden, was erst noch erzeugt werden muss: die Bedeutung.

Die Problemstellung ist in der Wissenschaft die alles entscheidende Ebene. In der wissenschaftstheoretischen Diskussion hat der französische Philosoph Deleuze sogar vorgeschlagen, das Wahrheitskriterium in das Problem selbst hinein zu verlegen. Er will damit betonen, dass es zunächst nicht darum geht, ob eine Problemlösung richtig oder falsch ist; sondern darum, das Problem zu finden und es in den Begriffen, in denen es gelöst werden kann, zu stellen.

Die Frage nach der Struktur von praktischer Rechtskonkretisierung ist zu unterschiedlich von Ontologie und Rechtsquellenlehre, um auf deren Ebene richtig gestellt werden zu können. Es gibt dort nur Erkenntnis/Nichterkennnis bzw. richtig/falsch; und man bräuchte einen privilegierten Zugang zur Realität, um diese Alternativen zu entscheiden. Eine im Ergebnis offene Diskussion über unterschiedliche Auffassungen ist dann nicht möglich.

Wenn man dagegen die Ontologie vermeidet und zur Beobachtung zweiter Ordnung übergeht, kann man die methodische von der normativen Dimension unterscheiden und gewinnt eine Vielzahl neuer Fragestellungen, die Diskussion erlauben.

Im ganzen zeigt sich, dass das Problem richterlicher Rechtserzeugung im Bereich des Gemeinschaftsrecht nicht richtig gefunden und gestellt werden kann, solange man als Gegenstand der Textarbeit die objektive Bedeutung angibt. Erst wenn man das Textformular, d.h. den Normtext als Zeichenkette, und den Konflikt um seine Bedeutung zum Ausgangspunkt nimmt, wird das Problem richterlicher Rechtserzeugung methodisch und normativ überprüfbar.

Die Notwendigkeit, von der Beobachtung erster Ordnung zu der zweiter Ordnung überzugehen, ergibt sich daraus, dass das Objekt juristischer Erkenntnis nur in Sprache existiert. Sprache lässt sich aber nicht als Gegenstand von außen beobachten, sondern nur als teilnehmende Praxis.

JM II, S. 157, 159 f.

Rechtsanwendung als Rechtserkenntnis

Diese inhaltliche Auffüllung des Gegenstands der Auslegung mit einem vorgegebenen normativen Sinn hat eine interessante Konsequenz: Der Richter ist zwar zunächst an den objektiven Sinn der Texte gebunden. Wenn ein solcher aber nicht zu erkennen ist, besteht eine sogenannte Lücke. So gelangt man zum Problem einer Bindung des Richters jenseits des Gesetzes. Im Bereich des objektiven Sinns ist der Richter als Erkennender streng gebunden. Im Bereich der Lücke ist er von der Gesetzesbindung frei und muss sich an allgemeinen Prinzipien orientieren. Das heißt, mit der vorgängigen inhaltlichen Auffüllung des Gegenstands juristischer Textarbeit ist vorentschieden, dass der Richter eine Doppelrolle ausfüllt: im Bereich des vorhandenen Sinns Rechtsanwender und im Bereich der Lücke Prinzipienanwender. Es ist damit scheinbar schon festgelegt und ontologisch auf zwei Welten verteilt, was in der Praxis erst noch zu analysieren wäre: der tatsächliche Anteil des Richters an der Rechtserzeugung. Nicht zuletzt an der Judikatur des EuGH wird deutlich, dass dieser Ansatz der herkömmlichen Lehre den Zugang zur Analyse der Praxis versperrt. Denn die aktive und rechtsschöpferische Rolle dieses Gerichts lässt sich im Bild des passiv erkennenden Richters nicht unterbringen.

Dieser argumentative Rückzug in die doppelte Geborgenheit sicherer Rechtserkenntnis verläuft in der europarechtlichen Literatur folgendermaßen: „Eine Lücke ist eine Unterbrechung in einem Text oder in einer Serie, eine leere Stelle in einem Ganzen, also das, was fehlt, um den Text zu vervollständigen. Der Lückenbegriff dient in der juristischen Methodenlehre dazu, die Befugnis oder sogar Verpflichtung des Richters zu umschreiben, auch dann eine Rechtsfrage zu beantworten, wenn das anwendbare Normensystem keine ausdrückliche Regelung enthält.“ Aber woher bezieht der Richter jetzt die Sicherheit oder Objektivität seiner Antwort? Der klassische Ansatz sorgt dafür, dass er nicht mit seiner Verantwortung allein bleibt, sondern in der beschützenden Werkstatt des Rechts unterkommt, wo ihm die Prinzipien diese Last abnehmen. Dazu wird der Begriff "Auslegung" auf die Metaebene einer zweiten Objektivität ausgedehnt: Auslegung hat nunmehr als Gegenstand ihrer Erkenntnis nicht nur das geschriebene, sondern auch das ungeschriebene Gemeinschaftsrecht. Damit kommt eine reiche Hin-

terwelt in den Blick, die mit ihrer Vielfalt für den Schrecken entschädigt, den die zum Glück nur vor-dergründigen Lücken im Recht zunächst hervorgerufen haben.

In der europarechtlichen Literatur wird fast durchgängig behauptet, dass es neben dem geschriebenen Primärrecht noch einen großen Bereich an ungeschriebenen Regeln gebe. Besonders werden die "allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts" genannt. Es wird dann sehr Heterogenes aufgezählt: meistens der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor entgegenstehendem innerstaatlichen Recht, den der EuGH in der Entscheidung *Costa/ENEL* entwickelt hat; außerdem der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit bestimmter Vertragsvorschriften oder das vor allem im Agrarrecht wichtige Prinzip der Gemeinschaftspräferenz. Aber die Heterogenität dieser Grundsätze ist nicht besorgniserregend: „Versteht man ‚Auslegung‘ entsprechend der Praxis des EuGH in einem weiten Sinn, so bezieht sich der Begriff nicht nur auf das geschriebene, sondern auch auf das ungeschriebene Gemeinschaftsrecht. (...) Danach umfasst der Begriff der Auslegung über die genaue Ermittlung des Inhalts geschriebener Worte und Sätze hinaus auch die Aufgabe, Lücken in der Gemeinschaftsrechtsordnung auszufüllen. Mit der Lückenausfüllung ist in erster Linie die Entscheidung des EuGH über das Bestehen oder den Inhalt der in die Gemeinschaftsrechtsordnung aufgenommenen allgemeinen Rechtsgrundsätze angesprochen, mithin der Bereich des ungeschriebenen Gemeinschaftsrechts. Diese Definition überzeugt deshalb, weil sich mit ihr sämtliche Quellen des Gemeinschaftsrechts erfassen lassen.“

Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auch auf einen Fundus an Rechtsprinzipien hat die argumentative Bewegung der klassischen Lehre ihr strategisches Ziel erreicht: Die beschützende Werkstatt des Rechts steht fertig vor uns. Aber sie hat ihren Preis. Die Frage, wie der Richter auf ein Rechtsproblem noch antworten kann, wenn die scheinbare Objektivität einer Lesart ins Fragliche gleitet, führt nämlich in eine doppelte Schwierigkeit. Zunächst zeigt sich die methodische Unsicherheit, welche Instrumente der Richter eigentlich zur Verfügung hat, um eine Mehrzahl von Varianten miteinander zu vergleichen und die eine von ihnen den anderen vorzuziehen. Zum andern das normative Problem, wie weit sich der Richter mit seiner Argumentation vom Text entfernen darf, ohne die Rolle des Gesetzgebers zu usurpieren. Diese Doppelung von methodischer und normativer Fragestellung wird von der traditionellen Lehre auf ein einziges ontologisches Postulat reduziert: "Es gibt allgemeine Rechtsgrundsätze". Deswegen bestehe kein methodischer Reflexionsbedarf. Es sei nach wie vor nur eine Erkenntnis zu vollziehen. Deshalb gebe es auch kein normatives Problem funktionaler Gewaltenteilung, denn durch die Bindung an diese Grundsätze sei der Richter klar vom Gesetzgeber geschieden.

JM II, 152 f, 155 f

Rechtsanwendung, im Namen des Volkes

Die Entscheidung wird getroffen "Im Namen des Volkes". Das heißt, seine eigene Entscheidung gibt der Richter im Namen eines anderen: „Prinzipiell ist dies Unsinn, man kann nichts im Namen des anderen geben. Was man geben kann, gibt man prinzipiell nur im eigenen Namen. Wenn es dennoch möglich und notwendig ist, im Namen des anderen zu geben und diese Verantwortung zu übernehmen, bedeutet dies – und was ich jetzt sagen werde, mag sich sehr sonderbar und mit dem gesunden Menschenverstand äußerst unvereinbar anhören –, die Verantwortung, die wir übernehmen oder die wir übernehmen wollen, ist immer die Verantwortung für den anderen. Dies ist das Schwierigste, was es zu tun gibt. Wenn ich Verantwortung in meinem Namen für mich übernehme, und da ich nicht identisch mit mir bin, ich bin mir nur angewendet, dann bedeutet, die Verantwortung für mich selbst zu übernehmen, dass ich nach dem Gesetz eines anderen in mir handle.“ (Derrida, J., *Als ob ich tot wäre*, 2000) Diese Verantwortung, die sich nicht einfach aneignen lässt, ist schwierig. Aber sie wird dem Richter von außen auferlegt, schon durch die Zwänge des Verfahrens und die darin vorgebrachten Argumente; verbunden mit der Pflicht, die Entscheidung zu begründen, im Namen des Volkes.

JM II, S. 169

Realdaten

Methodisch zu unbestimmt, sachlich sehr sorgfältig zieht das Gericht Realdaten aus den Sachbereichen des elterlichen Erziehungsrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) und des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags (Art. 7 Abs. 1 GG) im Sexualkunde-Beschluss heran, so die Unterscheidung einer Wissen vermittelnden Sexualwissenschaft und einer Werte vermittelnden Sexualerziehung, die Rolle der Eltern in der Sexualerziehung der Kinder, deren Abhängigkeit von Lebensweise und Auffassungen der Eltern, die Rolle der Religion als eines sozialen Faktors für die Sexualmoral, die vielfältigen gesellschaftlichen Bezüge des Sexualverhaltens sowie faktische Unterschiede schulischer Sexualerziehung zu der durch die Eltern. Da und soweit diese Faktoren mit den Normprogrammen der Art. 7 Abs. 1 und 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar und ferner für die Entscheidung des vorliegenden Falles erheblich sind, werden sie nicht nur Sachbereichs-, sondern Normbereichselemente. Der Senat setzt sie dafür ein, den dogmatischen Gehalt des elterlichen Erziehungsrechts wie des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags sowie das Verhältnis beider zueinander zu präzisieren.

In einer anderen Entscheidung werden im Rahmen des Sondervotums Tatsachen aus dem sozialen Sektor Familie zwar methodisch wenig reflektiert, aber im Vergleich mit der Mehrheitsentscheidung dennoch sachlich rationaler offengelegt. Es geht dort um die Frage, wieweit die Kosten einer Hausgehilfin zugunsten erwerbstätiger Eltern mit unterschiedlicher Kinderzahl steuerlich verschieden behandelt werden dürfen. Der dissentierende Richter argumentiert mit Realdaten zu den Sachbereichen der Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 GG sowie der Grundrechte nach Art. 6 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG (zum Beispiel „die gegenwärtige Jugendarbeitslosigkeit“, „die faktische Lage der Frauen“, Verhältnis der steuerlichen Behandlung der Kosten einer Hausgehilfin zur allgemeinen steuerlichen Behandlung von Kinderbetreuungskosten, Vergleich einkommensschwacher mit gutverdienenden Ehepaaren). Vom Tatsächlichen her werden drei Familientypen (nur der Ehemann berufstätig - beide Eheleute berufstätig - alleinstehende Elternteile) mit Blick auf ihre steuerliche Behandlung näher untersucht. Diese Typisierung im Faktischen ist mit dem Normprogramm des Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar und zur Konkretisierung des dort normierten „besonderen Schutzes“ in einem Fall wie diesem auch erheblich; sie zählt also nicht nur zum Sachbereich, sondern zum Normbereich des Grundrechts. Da hier das Normprogramm der Generalklausel des Allgemeinen Gleichheitssatzes einer entsprechenden Qualifikation nichts in den Weg . legt, gehört diese Typisierung gleichzeitig auch zum Normbereich des Art. 3 Abs. 1 . GG in der Fragestellung des vorliegenden Falles.

Ferner sind zu den grundrechtlichen Normbereichen von Ehe und Familie neben der Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der §§ 1628, 1629 Abs. 1 BGB vor allem Fälle zur Ehegattenbesteuerung und damit zur wirtschaftlichen Bedeutung einzelner Normbereichsfaktoren von Gewicht. Für die nicht-rechtserzeugten Normbereichsteile werden die „wesentliche Struktur“, für die Garantie unterverfassungsrechtlicher Vorschriften des Ehe- und Familienrechts ein „Normenkern“ herausgearbeitet. Angesichts der traditionellen Geformtheit dieser Institutionen geht das Bundesverfassungsgericht so weit, die Grundstruktur des Normbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG „zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung“ ermitteln zu wollen. Es meint damit die grundlegenden institutionellen Verhältnisse von Ehe und Familie; übersieht aber, dass auch diese bereits von der Rechtsordnung, vor allem vom Bürgerlichen Recht, geprägt sind. Nicht eine „außer“rechtliche Ordnung umschreibt die Strukturprinzipien von Ehe und Familie, sondern eine rechtlich mitgeformte und zudem in der Perspektive des verfassungsrechtlichen Normprogramms von Art. 6 GG erfragte Ordnung. Ein anderes Problem ist, ob nicht der Strukturwandel dieser Institute in der Industriegesellschaft der Gegenwart hätte stärker berücksichtigt werden müssen.

Das ist in einer Reihe anders gelagerter Fälle zum Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG auf breiterer Grundlage geschehen. Im Einkommensteuerrecht wird die Möglichkeit, die Ehe zum Anknüpfungspunkt für wirtschaftliche Rechtsfolgen zu machen, insoweit eingeschränkt, als die Anknüpfung der Natur des geregelten Lebensgebietes, hier der Struktur des Normbereichs, entsprechen muss. Diese liefert Gesichtspunkte für die Frage sachlicher Zulässigkeit einer steuerlichen Sonderbehandlung durch den Gesetzgeber. Wenn im Familienrecht und auf einzelnen Gebieten des Fürsorgerechts die Anknüpfung allein an die Tatsache des Ehestands in der „Natur der Sache“, also im - hier weitgehend rechtserzeugten - Normbereich liegt, so ist das bei rein abgabenrechtlichen Vorschriften nicht ohne besondere Rechtfertigung aus dem Normbereich der Fall. Das Hinzutreten des Grundrechtsschutzes von Ehe und Familie engt den im Steuerrecht sonst gegebenen Spielraum des Gesetzge-

bers entscheidend ein, seine differenzierenden Regelungen und Sondervorschriften wirtschaftspolitisch, finanzpolitisch, volkswirtschaftlich, sozialpolitisch oder steuertechnisch zu rechtfertigen. Auch seine Prüfung der Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung an Art. 6 Abs. 1 i. V. m. 3 Abs. 1 GG hat das Gericht mit rechtserzeugten (Familienlastenausgleich) wie mit nicht-rechtserzeugten Realdaten (Demographie, Doppelberufstätigkeit) abgestützt.

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.

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

JM I, Rn. 44 ff., 235, 438

Recht als Herrschaftsinstrument

Recht ist (auch) Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural als Recht in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen. Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im demokratischen Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats“ zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche (verfassungsrechtliche Sicherungen der Konsensfunktion seiner Rechtstexte: auf der Seite der anordnenden Texte Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör, usw.; auf der Seite

der rechtfertigenden Texte das Gebot der Methodenehrlichkeit (d. h. des Übereinstimmens von Finden und Begründen der Entscheidung), die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der Abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, usw.

Über solche Beispiele hinaus lässt sich die Textstruktur dieser Rechtsordnung insgesamt nach folgenden Ebenen gliedern: a) nach abstrakt anordnenden Texten (Gesetzeswortlauten und - soweit sie über den Fall hinaus verbindlich sein können - Texten von Rechtsnormen) und diese Normtexte rechtfertigenden Texten (amtlichen Begründungen von Gesetzen, „Motiven“ der gesetzgebenden Gremien, Debatten und Verhandlungen, Ausschussberichten und, im Fall der Rechtsnormen, Entscheidungsgründen); sowie b) nach konkret anordnenden Texten (Entscheidungsnormen, welche die Rechtsprechung entwirft oder die die Exekutive erlässt) und diese rechtfertigenden Texten (Entscheidungsgründen in Exekutive und Rechtsprechung).

Der demokratische Rechtsstaat „hat“ nicht, er „ist“ eine Textstruktur. Diese unterscheidet ihn von den anderen Typen der Staatsorganisation; denn der Rest ist allen Typen gemeinsam: „sächliche“ und „persönliche Mittel“ im Sinn des Verwaltungsrechts. Den Gebäuden, deren Möblierung, den Papierstapeln, den Amtspersonen ist es nicht anzusehen, ob sie einen Rechts- oder einen Nicht-Rechtsstaat am Funktionieren halten. Nur die Semantik und die Strukturierungsart der staatsproduzierten Textmasse distinguieren ein rechtsstaatliches System.

JM I, Rn. 200

Recht als Hypertext

Es stellt sich gar nicht erst die Frage, ob es sich bei Recht um Hypertext handelt. „Das Besondere des Hypertextes liegt weniger in seiner elektronischen Materialisierung als in seinem Verknüpfungsverfahren.“ Und als ein solches ist Hypertext den Juristen schon immer und auch dort geläufig, wo nicht ausdrücklich die Rede davon ist. Das vertraute Gesetz“buch“ treibt, apostrophiert als ein solches, einen gewissen Etikettenschwindel. Es ist es eher eine Kollektion stark modularisierter Segmente, eine Paragraphensammlung. In den Normtexten „sind die einzelnen Gliederungsteile bis auf die Satzebene herunter für sich allein verständlich, da keine Kohäsion zu benachbarten Abschnitten besteht.“ Ihre Produktion unterliegt permanenten Verschiebungen, Novellierungen, Ergänzungen und Tilgungen, ohne dass dem Gesetz als einem solchen etwas Einschneidendes geschieht. Das erfährt bereits der Jurastudent leidvoll jedes Mal, wenn die neue Lieferung zur Ergänzung seines „Sartorius“ oder „Schönfelder“ eingetroffen ist und er sich der Mühe einer reorganisierenden Kompilation unterziehen muss. Gesetzbücher, Verordnungen und Richtlinien sind also, bei Licht besehen, Ansammlungen von durch Paragraphen- sowie Abschnittsbezifferung und Betitelung etikettierten Knoten, auf die fallweise entsprechende intratextuelle Anker verweisen. Der Jurist ist gehalten, seinen Text aus der Textmasse, mit der er konfrontiert ist, im konkreten Einzelfall zu „finden“. Die geläufige Nennung von Normtexten anhand ihrer Ortskürzel und Kennziffern in Kommentaren, Schriftsätzen, Entscheidungen und Abhandlungen löst geradezu einen Reflex des Nachschlagens aus, sofern man das Textstück nicht ohnehin bereits abrufbereit im Kopf hat. Doch das ist erst der Anfang. Die Oberfläche des rechtlichen Textwerks ist durchzogen von einem Geflecht an Querverweisen und Hinweisen, wie etwa „Fundstellen von Rechtssätzen“, „Zitierungsketten über Aktenzeichen“, „Fundstellen in der Literatur“, „bibliographische Angaben zu Einzelnormen“. Und „unabhängig von den spezifischen Verweisarten treten folgende Möglichkeiten von Querverweisen innerhalb und zwischen den Gruppen juristischer Informationsquellen auf, nämlich Verweise von Normen auf Normen; von Urteilen auf Urteile, Normen und Literatur; von Literatur auf Literatur, Normen und Urteile“, wobei man „bei Normen und Urteilen (...) von intra- bzw. interhypertextuellen Verknüpfungen sprechen (...), bei Verweisen auf die Literatur dagegen von extrahypertextuellen Verweisen“. Wenn man also „als die wesentlichen Bestandteile von Hypertext“ „ die Modularisierung in Knoten und deren Vernetzung mit Hilfe von Kanten feststellt“, dann ist Recht zweifellos Hypertext par excellence.

JM II, S. 197 f

Recht und Moral

Eine moralische Begründung des Rechts würde aber dessen Legitimationskern zerstören. Das Recht ist weder ein Instrument zur Verwirklichung der Moral, noch ist es selbst moralisch. In einer freiheitlichen Ordnung ist seine Beziehung zur Moral vielmehr mittelbar. Es garantiert die Bedingungen, die es den Einzelnen erlauben, eine individuelle Moral zu entwickeln. Das zeigt sich gerade in den grundlegenden Konflikten einer legal funktionierenden Demokratie. Es geht wie beim Streitfall „Kopftuch als religiöses Zeichen“ gerade darum, inwieweit diese Bedingungen ihrerseits einer individuellen moralischen Entscheidung entzogen werden müssen. Dort, wo eine Gemeinschaft eine solche Grenze für unausweichlich hält, zehrt das Recht zur Aufrechterhaltung seiner Legitimität seine eigene Legitimation teilweise auf. Das moderne Recht als Bedingung der Möglichkeit individueller Moral erweist sich in Konflikten dieser Art notwendig zugleich als Bedingung der Unmöglichkeit individueller Moral. Hier wird es dann unumgänglich, die Differenz von Recht und Moral immer wieder rekursiv auf sich selbst anzuwenden: Wie viel an individueller moralischer (religiöser) Orientierung kann sich die Gemeinschaft erlauben; und wie viel allgemein geltendes Recht braucht sie zur Aufrechterhaltung der Bedingungen individueller Moral? Gerade darin liegt die Autonomie des Rechts. Wenn man diese zugunsten einer Moralisierung des Rechts aufhebt, macht man das zentrale und niemals endgültig zu lösende Gestaltungsproblem der Demokratie unsichtbar. Recht und Moral wären damit zwar zu einer Harmonie gebracht; aber der Demokratie wäre ihre Substanz entzogen. Eine erneute Moralisierung des Rechts wäre ein unzivilisierter Versuch, gegen die Entwicklungsrichtung der Gesellschaft die Überordnung der Moral über das Recht wieder herzustellen.

JM I, Rn. 569

Rechtsarbeit

Die Strukturierende Rechtslehre will das aufklärende Moment an der älteren hermeneutischen Denkweise beibehalten. Verstehen ist nicht „reines“ Erkennen. Es ist als Handeln in den Aktions- und damit in den Lebenszusammenhang des verstehend Handelnden eingebunden. Ohne dessen reflektierte Wirklichkeit ist es wissenschaftlich nicht korrekt erfassbar. Das ist aber nur der eine Teil der Realität, die einbezogen werden muss: systematisch gesehen der subjektive, quantitativ betrachtet der ungleich kleinere. Für juristisches Handeln müssen vor allem die Einzelheiten normorientierter Entscheidungsvorgänge und die normierten Ausschnitte der sozialen Welt erfasst werden, auf welche die Sprachgestalt juristischen Tuns (Normtexte, Entscheidungstexte, Wissenschaftstexte) verweist. Das führt, anders als in philosophischer Hermeneutik oder hermeneutischer Rechtswissenschaft, zunächst zu der Folgerung, die Rechtsmethodik mit der verfassungsrechtlichen Funktionenlehre zu verknüpfen. Es führt weiter dazu, juristische Tätigkeit in Alltagspraxis und Theorie als Arbeit im Sinn der politischen Ökonomie, als Rechtsarbeit zu sehen. Die durchgehende Verbindung des vorliegenden Konzepts einer Strukturierenden Methodik mit der Rechtsdogmatik einerseits, andererseits mit der Rechts(norm)theorie und schließlich mit der Verfassungslehre sowie insgesamt mit dem methodenerheblichen positiven Recht belegte von Anfang an, dass es hier nicht nur und nicht einmal vorrangig um Fragen des „Verstehens“ als eines elementaren, sich in beträchtlichem Ausmaß intuitiv vollziehenden Geschehens handelt. Das Verstehen ist nun aber für die hermeneutische Schule zentral geblieben; und Erscheinungen wie „Judiz“ oder besonders das „Vorverständnis“, das ihr als Problem so teuer ist, bleiben im Rahmen eines die Rolle des Subjekts einbeziehenden (immer auch) intuitiven Text„verstehens“. Über dieses geht schon „Interpretieren“ als Form eines reflektierten Handelns, als gegenüber dem Verstehen eigenständige Handlungsform des Verständlich-Machens hinaus⁵. Die Interpretation schafft zusätzlichen Text, ist selber Text, der im Gefolge einer fortlaufenden Verkettung seinerseits interpretierbar ist und interpretiert werden muss; und der immer wieder, nach Foucaults Wort, „das unendliche Gewimmel der Kommentare“ erzeugt⁶. In eine noch weitere Dimension stößt schließlich die in massive institutionelle Zusammenhänge eingefügte und keineswegs nur auf Wahrheit und Erkenntnis, sondern auch immer auf Macht abzielende „Arbeit mit Texten“. Hier geht es nicht mehr um Verstehen und auch nicht mehr nur, wie beim Interpretieren, um Verständlich-Machen. Mit tatsächlichen Konsequenzen in der sozialen Wirklichkeit (etwa den oft vielfältigen und weitreichenden Folgen eines Gerichtsurteils, eines exekutivischen Handelns, einer Normenkontrollentscheidung, u.s.w.) ist es vielmehr Ziel einer derartigen institutionell gestützten Textarbeit (wobei die Rechtsinstitutionen ihrerseits wieder textgestützt, nämlich auf der Grundlage von Normtexten eingerichtet und ge-

regelt sind), die im Einzelfall heranzuziehenden (Norm-)Texte so aufzubereiten, dass sie „die ihnen institutionell zugeordnete Funktion übernehmen können“; beispielsweise die im Fall entwickelten Rechts- und Entscheidungsnormen als „legal“ zu rechtfertigen⁷. Parallel zu dem Dreiklang von Verstehen - Interpretieren - Arbeit mit Texten können die drei Facetten gesehen werden, die das Vorverständnis aufweist: neben dem allgemein ideologischen (das auf gruppen- / schichtenspezifischen Wegen auf die einzelnen Juristen einwirkt) und dem fachlichen (dem allgemein und dem speziell juristischen) schließlich das Institutionen geprägte. Es entstammt den Funktionsimperativen der Gesellschaft (d. h. Instanzen wie Gesetzgebung, Exekutive, Richterschaft, Anwaltschaft usw. werden gebraucht) und besteht keineswegs nur in Erscheinungen wie Korpsgeist und Standesgebräuchen, sondern - hier weit wichtiger - in (stereo-)typischen Mustern des Herangehens „des“ Richters, „des“ Staatsanwalts, „des“ Rechtsanwalts.

Die Strukturierende Methodik hat, entgegen der hermeneutischen Schule, im Verbund der dogmatischen, der rechts- und der verfassungstheoretischen Schriften, die sich zur Strukturierenden Rechtslehre zusammenfügen, über „Verstehen“ hinaus und ohne Beschränkung auf „Interpretieren“ diese „Arbeit mit Texten“ in den Institutionen des Rechtssystems immer mit angezielt und bearbeitet. Dennoch ist, in einem sehr eingeschränkten Umfang, der Ausdruck „Hermeneutik“ hier nach wie vor im Sinn von rationaler juristischer Methodik mit Bindung an Rechtsnormen und Normtexte beibehalten: also in diesem Umfang immer noch abweichend vom üblichen Sprachgebrauch. Im übrigen wird das, was er darüber hinaus erfasste, hier in Zukunft mit den genaueren Begriffen der strukturierenden Rechts(norm)theorie ausgedrückt. Als Eigenbenennung für diese rechtswissenschaftliche Konzeption wird der Begriff „Hermeneutik“ im folgenden also nicht mehr verwendet; stattdessen als Fremdbezeichnung der Vertreter einer hermeneutischen Rechtslehre.

„Interpretation“ bzw. „Auslegung“ schließlich betreffen die Möglichkeiten juristisch-philologischer Textbehandlung, also der Auslegung von Normtexten. Eine Rechtsnorm ist jedoch mehr als der Normtext. Praktische Konkretisierung ist mehr als Textauslegung. „Methodik“ im hier vorgestellten Sinn umfasst somit im Grundsatz sämtliche Arbeitsweisen der Konkretisierung und Rechtsverwirklichung; auch soweit sie - wie die Analyse der Normbereiche, wie die Rolle Staats-, rechts- und verfassungstheoretischer Argumente, wie dogmatische Inhalte, lösungstechnische und rechts- wie verfassungspolitische Elemente - über Auslegungs- bzw. Interpretationsmethoden im traditionell verengten Sinn hinausgehen.

-: gegen davon aus, der genetische Aspekt der „subjektiven Theorie“ habe bei Widerspruch der Teilergebnisse auch hinter die historische und die teleologische Auslegung zurückzutreten. Diese These ist unbegründet. Dass die genetischen Gesichtspunkte im Zweifel den grammatischen und systematischen den Vorrang zu lassen haben, ist normativ und nur normativ gestützt. Diese normative Ausgangslage betrifft aber nicht allein den genetischen Aspekt. Die Auffassung der herrschenden Lehre, grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung hätten den „objektivierten Willen“ der Norm selbst zu Gegenstand und Ergebnis, der genetische Faktor aus den Gesetzesmaterialien jedoch lediglich den „subjektiven Willen“ des Normgebers (recte: Normtextgebers), ist nach den hier erarbeiteten Regeln nicht haltbar. Es lässt sich nicht generell deklarieren, aus welchen Elementen in einem bestimmten Einzelfall und angesichts bestimmter für ihn zu konkretisierender Vorschriften etwas ermittelt werden könne, das die herkömmliche Lehre und Praxis als objektiven Gehalt oder Willen der Norm hypostasieren. Das Differenzierungskriterium objektiv-subjektiv ist sachlich ebenso unbrauchbar wie die Bezugnahme beider Kriterien auf die Vorstellung eines vorgegebenen, im Einzelfall nur noch zu ermittelnden Willens.

Was soll überhaupt allgemein das Ziel des Verstehens sein: die Vorstellung des Autors, eine diesen übersteigende „objektive“ Bedeutung - und woher ist diese zu nehmen? Oder etwa nur die Vorstellung des Verstehenden?

Und was soll, unter den wesentlich härteren Bedingungen einer verbindlichen Rechtsordnung, das juristische Auslegungsziel bilden: der „Wille des Gesetzgebers“ oder der „Wille des „Gesetzes“? Die das eine beziehungsweise das andere behauptende sogenannte subjektive beziehungsweise objektive Auslegungslehre bekämpfen einander seit Menschen- und Juristengedenken ohne sichtbaren Fortschritt in der Sache.

Für die Strukturierende Rechtslehre und Methodik stellt sich diese Frage nicht als ausschließende Alternative; genauer: überhaupt nicht in dieser von den Geisteswissenschaften bestimmten Form. Rechtsarbeit in der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt sowie in der Wissenschaft, der Beratungs- und Anwaltspraxis ist Entscheiden oder besteht in der Vorbereitung (wissenschaftliche Diskussion, Gutachten, Schriftsätze) bzw. der Nachbereitung (Überprüfung, Kontrolle, Kritik) von Entscheidungen. In einem indirekten Sinn - Vorbereiten späterer Entscheidungen durch das Setzen von Normtexten - gilt das auch für die Funktionen der Legislative. Das Ziel aller Arbeitsvorgänge in Exekutive und Justiz ist nicht die eine oder andere Form des „Verstehens“ oder des „Nachvollzugs“ von etwas Vorgegebenem, von etwas vorher Vollzogenem. Es ist auch nicht ein „Auslegen“ von etwas zuvor Hineingelegtem, das aus diesem Grund nunmehr darin enthalten wäre. Was bei den juristischen Entscheidungsvorgängen tatsächlich geschieht, ist: im Ausgang von Normtexten auf der einen und vom Rechtsfall auf der anderen Seite das Schaffen einer Rechtsnorm und, diese individualisierend, die Entscheidung des vorliegenden Einzelfalls. Sofern dabei von einem „Ziel“ gesprochen werden kann, liegt dieses darin, eine inhaltlich und methodisch korrekte Rechtsnorm zu erarbeiten und dementsprechend den Fall richtig zu entscheiden.

Der „Wille des Gesetzgebers“ ist eine Chimäre. Ein zurechenbarer Willensinhalt eines definierten bewussten Subjekts ist nicht zuletzt unter den heutigen Bedingungen der Legislationsvorgänge in hochdifferenzierten Rechtssystemen nicht vorhanden. Auch der „Wille des Gesetzes“ ist ein Phantom, geht er doch von der sprachwissenschaftlich nicht mehr haltbaren Vorstellung einer vorgegebenen, dem Normtext innewohnenden und unter dem Anspruch der Richtigkeit feststellbaren Bedeutung aus.

Für die Strukturierende Methodik ist aber das, was mit „Wille des Gesetzgebers“ gemeint wird, unter zwei Bedingungen durchaus wichtig. Zum einen gehen vertextete Vorstellungen einzelner Beteiligten am Gesetzgebungsvorgang insoweit in die Ausarbeitung des Normprogramms ein, als sie methodisch mit Normtext und Fall in Beziehung gebracht werden können; mit anderen Worten: zu den Konkretisierungselementen gehören in diesem Umfang auch die genetischen. Und ; zweitens bestimmen die genetischen Elemente die endgültige Fassung des Norm-Programms, damit auch den Maßstab für die Umgrenzung des Normbereichs mit insoweit sie nicht bei etwaigen methodologischen Konflikten durch Vorzugsregel ausgeschaltet werden. Liegt ein solcher Konflikt nicht vor und sind die anderen Konkretisierungselemente wenig aussagekräftig, so kann das Genetische für die Entscheidung eine große inhaltliche Rolle spielen. Das hat aber nichts mit einem „subjektiven Auslegungsziel“ im Sinn der Tradition und nichts mit einem Vorzug für die „subjektive Theorie“ zu tun; so wenig wie mit einem Bekenntnis zur „objektiven Theorie“ in all den ändern Fällen, in denen der genetische Faktor entweder inhaltlich nichts beitragen kann oder durch normtextnähere, im Konfliktfall' stärkere Konkretisierungselemente, wie etwa das grammatische und systematische, im Ergebnis ausgeschaltet wird.

JM I, Rn. 11 ff., 443 f.

Rechtserkenntnismodell

Die Rückzugsbewegung des Rechtserkenntnismodells vom Gesetz in immer weniger greifbare Sphären wiederholt sich in Ansätzen, welche die „Ergebnisse“ der neuen Gerechtigkeitsdiskussion mit den Elementen der von Larenz entwickelten traditionellen Wertungsjurisprudenz verbinden wollen. Programmatisch ist dabei der Titel „Die Rechtsfindung contra legem“, wonach sogar noch dem richterlichen Gesetzesbruch ein Gegenstand der Rechtserkenntnis unterschoben werden soll. Die Dramaturgie des Rührstückes entfaltet sich in drei Akten: im ersten treten die Schurken Relativismus und Nihilismus auf und werfen ihre dunklen Schatten auf die stabil und gesichert scheinende Existenz des Rechts. Im zweiten kommt es zur Krise, worin der Gegenstand der Rechtserkenntnis aufs höchste bedroht erscheint. Aber dann im dritten Akt wird unser Gegenstand zuguterletzt von der Idee der Gerechtigkeit gerettet.

Es ist die praktische Unmöglichkeit, das Modell einer linear kausalen Determination richterlichen Sprechens durch das Gesetz einzulösen, welche die alte Schule zur Entwicklung einer dualistischen Konzeption der Rechtsarbeit zwingt. Danach gibt es einerseits die festen Regeln des Gesetzespositivismus, welche die Reichweite der Gesetzesbindung definieren; und andererseits einen Bereich der Rechtsfortbildung, in dem die Regeln des Gebrauchs gesetzlicher Begriffe erst hergestellt werden müssen. Mit der Behauptung einer noch hinter dem Gesetzestext liegenden zweiten und höherrangig-

gen Ordnung der Gerechtigkeit soll der Bereich der Rechtsfortbildung aber schließlich doch wieder in ein Subsumtionsmodell auf erweiterter Grundlage eingeschrieben werden. Damit bleibt die herkömmliche Auffassung im paradigmatischen Rahmen der vom Gesetzespositivismus entwickelten statischen Rechtsanwendungslehre. Die dynamischen Prozesse der Rechtsverwirklichung gelten nur als vordergründiges Gewimmel, hinter dessen scheinbarer Zufälligkeit für den Kenner die gerechte Ordnung sichtbar wird.

Die richterliche Tätigkeit wird damit in die beschützende Werkstatt des Rechts eingeschlossen. Hier ist es dem Richter erlaubt, was immer die Parteien auch einwenden mögen, den objektiv vorgegebenen Ansprüchen höherer Art beizupflichten. Dies ist eine außergewöhnliche Sicherheit in einer Welt, die sich ansonsten ständig verändert. Für diese Sicherheit ist die Gerechtigkeit unverzichtbar.

JM I, Rn. 143, 147

Rechtserkenntnisquelle

Die verschiedenen Typen rechtlicher Anordnung sind nicht zu „der“ Rechtsnorm zu verallgemeinern. Aus einem derartigen Abstraktum können nicht Folgerungen abgeleitet werden, die der Aufgabe praktischer Konkretisierung standhalten. Dagegen ist die allen Rechtsvorschriften gemeinsame Normativität ein Maßstab, der den Anforderungen an rechts(norm)theoretische und methodische Direktiven zugrunde gelegt werden kann. So hat sich gezeigt, dass der durch eine folgerichtig reflektierte Theorie und Praxis noch nicht überwundene Gesetzespositivismus mit seinem Verständnis des Rechts als eines lückenlosen Systems, der Entscheidung als einer strikt logischen Subsumtion und mit seiner Ausschaltung aller nicht im Normtext abgebildeten Elemente der sozialen Ordnung einer praktisch nicht durchzuhaltenden Fiktion nachhängt. Noch in Kelsens Behauptung, Norm und normierte Tatsache stünden beziehungslos nebeneinander, zeigt sich der Irrtum eines Ansatzes, der einen inzwischen auch naturwissenschaftlich überholten Wissenschaftsbegriff auf das Recht überträgt, statt die Eigenart rechtlicher Normativität unmittelbar anhand juristischer Konkretisierung zu erforschen. Diese Untersuchung zeigt, dass die Rechtsnorm nicht als abstrakter Sollensbefehl, als hypothetisches Urteil oder als sachleerer Willensakt verstehbar ist. Das Axiom, rechtliche Entscheidungen seien durch formale Logik aus den Normtexten, also aus sprachlichen Gebilden voll ableitbar, führt unversehens Voraussetzungen ein, die als unkontrollierbare, weil nicht eingestandene Fehlerquellen nicht nur die angestrebte formalistische Selbstgenügsamkeit des positivistischen Rechtsanwendungsideals, sondern auch die der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft überhaupt mögliche Rationalität und Method Klarheit in Frage stellen.

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

die ständige Arbeit an der Gewährleistung, Verwirklichung und Fortentwicklung rechtlicher Ordnung des menschlichen Zusammenlebens -, hat sich als durch die hier durchgeführte Strukturanalyse von Normativität begründbar herausgestellt.

JM I, Rn. 153, 400

Rechtserzeugungsreflexion

Juristische Methodik ist, realistisch gesehen, Rechtserzeugungsreflexion, nicht Rechtfertigungskunde im Sinn des Legitimierens von Text„auslegung“. „Konkretisieren der Rechtsnorm“ heißt nicht, die Norm sei schon vor der Konfrontation mit dem Fall, vor dem von diesem veranlassten Vorgang der Falllösung, gegeben. Das meinen der Positivismus, der Neopositivismus und verschiedene Antipositivismen. Nach der aus diesen Strömungen zusammengesetzten noch herrschenden Meinung muss die als solche bereits vorhandene Rechtsnorm nur noch auf den Fall hin konkreter, das heißt enger und genauer gemacht, muss sie vom Allgemeinen auf das Besondere, vom Abstrakten auf das Konkrete, 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, demzufolge die Rechtsnorm als hypothetischer Imperativ, als syllogistisch traktierbarer Obersatz nicht einmal konstitutives Handeln voraussetzte; vielmehr wurde sie als logische Falle angesehen, die zuschnappte, sobald ein (als Untersatz) „passender“ Rechtsfall des Weges kam. Die fragwürdige Annahme, die Rechtsnorm als vor dem Rechtsfall existent anzusehen, die Illusion einer *lex ante casum*, ist dagegen positivistischen und antipositivistischen Ansätzen bis heute gemeinsam.

Es erscheint einleuchtender, erst die *lex in casu* „Rechtsnorm“ zu nennen: hinreichend konkret, um den Ausgang des Verfahrens normativ zu steuern. Recht ist alles, was der (entschiedene) Fall ist. Auf der allgegenwärtigen, aber selten reflektierten Erfahrung, die Rechtsnorm werde erst im Fall hergestellt, beruhen auch die rechtsstaatlichen Begründungspflichten. Andernfalls bedürfte es keiner konkreten (richterlichen und exekutivischen) „Gründe“ für die konkrete Entscheidung; die Amtliche Begründung und die Angaben der beschließenden parlamentarischen Mehrheit im Verfahren der Normtextsetzung würden ausreichen.

„Die Wahrheit ist konkret“ jedenfalls die des Rechts: einzelne Streitfälle normativ, von Rechts wegen zu entscheiden, die sich auf anderen Wegen privaten oder gesellschaftlichen Sich-Vertragens als nicht lösbar herausstellen. Der Konflikt ist „konkret“ im Sinn von einzeln, und dem Recht wird abverlangt, in ihm - in *casu* - normativ zu werden.

Die Wendung gegen die *lex ante casum* der traditionellen Modelle heißt nicht, vom Beginn der Falllösung an herrsche Freiheit von Bindung. Die in dem zu bearbeitenden Fall und für die Entscheidung zu entwickelnde Rechtsnorm, die *lex in casu*, stellt vielfache Bedingungen an methodologische und rechtsstaatliche Standards, um als vertretbar gelten zu können; die hier vorgelegte Methodik ist der Entfaltung solcher Standards gewidmet. Und wenn im übrigen die Justiz gelegentlich die Versuchung verspürt, künftige Fälle zu antizipieren und im selben Begründungstext gleich vorweg „mit zu lösen“ - etwa im Fall eines Verfassungsgerichts, um den Gesetzgeber vorbeugend einzuschüchtern -, wenn sie also *leges post casum* anbietet, dann überschreitet sie ihre positivrechtliche Kompetenz. Die Maßstäbe einer rechtsstaatlichen Methodik erlauben es, solche Fälle erkennbar und damit die normative Disziplinierung der (Verfassungs-)Justiz durch Kompetenzvorschriften und Prozessrecht wirksam zu machen.

Während die Rechtsnorm im Rahmen dieser Rechtsanwendungslehren gleichsam als apriorische Vorgabe fungiert, aus der die jeweilige Falllösung abgeleitet werden soll, will die Rechtserzeugungsreflexion der Strukturierenden Rechtslehre induktiv bei den praktischen Problemen von Rechtsarbeit ansetzen. Unter Rückbindung an das durch das Rechtsstaatsprinzip und andere methodenrelevante Normen der Verfassung gesetzte Postulat, juristische Entscheidungstätigkeit arbeitsfähig, damit auch nachvollziehbar zu gestalten, stellt die Strukturierende Rechtslehre die Analyse der alltäglichen Rechtsarbeit in den Mittelpunkt ihres Vorgehens¹. Es zeigt sich dann, dass die Rechtsnorm auf eine zweifache Weise mehr ist als ihre Sprachfassung. Strukturell ist zunächst zu untersuchen, wie weit die

in Normtext orientierten Entscheidungsvorgängen wirksamen Elemente den gewöhnlich mit den Ausdrücken „Recht“ und „Wirklichkeit“ bezeichneten Bereichen zuzurechnen sind. Dem so aufzuklärenden Verhältnis von Wirklichkeit und Norm ist als zweites Thema der Analyse die Beziehung zwischen Norm und Fall hinzuzufügen. Die herkömmliche Annahme, „die“ Rechtsnorm sei dem Juristen schon anwendungsbereit vorgegeben, verhinderte bislang die Klärung der Frage, in welchem sachlichen Bezug die Norm zu den von ihr zu regelnden Wirklichkeitsausschnitten steht. Daher ist es ein Ziel der hier vertretenen Rechts(norm)theorie und der aus ihr entwickelten Methodik, die Vorschriften auf den beiden Problemachsen Norm-Wirklichkeit und Norm-Fall in einem sachbestimmten, wissenschaftlich gegliederten Vorgang zu konkretisieren. Das lässt nicht nur den Positivismus, sondern ebenso die antipositivistischen Normkonzepte hinter sich. Auch diese bleiben noch dem angeblichen Gegensatz Norm-Wirklichkeit verhaftet; sie suchen ihn nur nachträglich zu vermitteln, ihn sozusagen abzumildern. Dagegen sind die Elemente des Normativen wie die des Wirklichen hier von Anfang an gemeinsam verarbeitet und in einem realistisch strukturierten Ablauf aufeinander bezogen.

In bezug auf das Verhältnis Norm-Fall kann demnach nicht schon der Normtext, sondern könnte erst das Ergebnis einer umfassenden Sprachinterpretation als „Rechtsnorm“ bezeichnet werden. Im Blick auf das Verhältnis Norm-Wirklichkeit genügt nicht einmal das. Hier setzt sich die Rechtsnorm erst aus dem genannten sprachlichen Teilergebnis (Normprogramm) und aus der Bearbeitung von einschlägigen Sachstrukturen (Normbereich) zusammen. Anders ausgedrückt, wird damit auf der Achse Norm-Wirklichkeit der Eintrittspunkt der Sozialwissenschaften in juristische Entscheidungstätigkeit sichtbar, während die Achse Norm-Fall die Wichtigkeit der Sprachwissenschaft für die Rechtsarbeit markiert.

JM I, Rn. 471 ff.

Reine Rechtslehre

Mit seinem Pochen auf bloße, der Lebenswirklichkeit entrückte Positivität des Rechts nahm der Positivismus die Minderung oder den Verlust rechtlicher Normativität in Kauf. Deren spezifische Bedingungen wie die Eigenart von Recht überhaupt gerieten in dem Maß aus dem Blick, in dem das Methodenideal einer sich noch nicht fragwürdig gewordenen Naturwissenschaft unkritisch auf Rechtsvorschriften übertragen wurde. Juristischer Positivismus in diesem Sinn ist nicht nur die Rechtstheorie, die sich bewusst auf positives Recht beschränkt und alle sonstigen, wenn auch herkömmlich als „Recht“ erfassten sozialen Ordnungen aus dem Rechtsbegriff verweist. Damit ist nur der jüngere, der sozusagen entnaturrechtliche Positivismus Kelsenscher Prägung erfasst, der das Manko einer verschwiegen unterstellten inhaltlichen Ideologie methodisch mit der Leerstelle der „Grundnorm“ zu ersetzen sucht. Pragmatisch ist die Kelsensche Position „logischer“ Positivismus ebenso wie der ältere, ideologisch ist sie Dezisionismus, weil sie auf Gerbers und Labands Einbettung des positiven Rechts in höhere „Rechtsbegriffe“ und so auf die damit entstandene Verankerung in den Verhältnissen der Entstehungszeit einer solchen Theorie verzichtet. Der ältere Positivismus ist dagegen, mit Kelsen verglichen, nicht konsequent positivistisch, sondern auf eine bestimmte soziale und politische Lage eingeschworen und auch nur aus seiner Funktion für diese voll erklärbar. Grundlage dieses Rechtsverständnisses ist die Verdinglichung von Rechtsvorschriften und juristischen Begriffen zu schlichter Vorgegebenheit. Diese verlässt leicht den Boden historisch fixierter Positivität und wird zur schlechten Metaphysik. Jede neugeschaffene Verfassung soll auf vorpositive juristische Elemente im Sinn einer auf die Rechtswissenschaft übertragenen Anorganischen Chemie zurückgeführt werden können. Nicht nur einer Verfassung, sondern jeder Rechtsbildung überhaupt ist für diese Sicht „nur die tatsächliche Verwendung und Verbindung der allgemeinen Rechtsbegriffe“ eigentümlich. Jedes mögliche Rechtsinstitut kann mit absoluter Notwendigkeit „einem höheren und allgemeineren Rechtsbegriff“ untergeordnet werden¹. Mit einem methodischen Optimismus, der inzwischen auch den Naturwissenschaften abhanden gekommen ist, werden dort rechtliche Vorschriften als unmittelbare Gegebenheiten im Sinn von Naturdingen behandelt.

Georg Jellineks „Allgemeine Staatslehre“ von 1900 ist mit ihrem doppelten Begriff vom Recht als tatsächlicher Rechtsübung und als einer Gesamtheit von Normen, mit ihrem doppelten Begriff von Staat (Gesamtheit der Willensverhältnisse einer sozialen Gruppe - rechtliche Institution mit Rechtspersönlichkeit) und Staatslehre (Allgemeine Staatslehre als normative - allgemeine Soziallehre vom Staat als Wirklichkeitswissenschaft) repräsentativ für den deutschen Rechtspositivismus der Jahrhundertwende.

Die Übernahme ihrer Positionen in die Verfassungskonkretisierung kann nicht nur bei normwidriger, sondern auch bei normneutraler Unterstellung *praeter constitutionem* deutliche Abweichungen von anderen, als positivrechtlich ausweisbaren Konkretisierungsergebnissen mit sich bringen. In Auseinandersetzung mit dem Methodendualismus der Jellinekschen „Zwei-Seiten-Theorie“ spaltete sich die Systematik der deutschen Staats- und Verfassungslehre in monistische Sichtweisen: in die normlogistische Ineinssetzung von Rechtsordnung und Staat um der Reinheit des Rechts willen bei Hans Kelsen und in die gleichfalls einseitig zugespitzte Auflösung des Dualismus von Norm und Faktum zugunsten politischer Existentialität im Dezisionismus Carl Schmitts. Autoren wie Erich Kaufmann, Rudolf Smend (der Staat als Integrationszusammenhang) und Hermann Heller (der Staat als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit) bemühten sich, über extreme Entgegensetzungen hinauszugelangen und staatliches Dasein wie normatives Verfaßtsein material zu erfassen. Neben sozialwissenschaftlichen Ansätzen (Oppenheimer, Jerusalem, Gumplowicz, Drath) finden sich weiterhin an einem mehrfachen Staatsbegriff orientierte Methoden (Laun, Nawiasky) oder idealistische Konzeptionen von „Repräsentation“ im Sinn des dialektischen Prozesses einer menschlichen Gruppe mit sich selbst, der die „Selbstaufbereitung“ der Gesellschaft zum Staat umfassen und in den Formen von Amt und Gesetz gipfeln soll. All diese und vergleichbare andere Grundpositionen können, wie bekannt, gerade in der komplexen Materie des Verfassungsrechts - auch ohne exakt nachweisbare Verstöße gegen geltendes Recht - entscheidende außer-normative Quellen für Ergebnisse der Verfassungsverwirklichung darstellen.

Auch die allgemeinen geisteswissenschaftlichen Ansätze in der Rechtstheorie können das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit und damit das Ganze der Struktur von Konkretisierung nicht hinreichend erfassen, selbst wenn sie im Grundsatz eine Wechselbezüglichkeit von Normativität und Faktizität betonen. Auch in auf solche Art vermittelnden Lehren sind die soziologischen und „ideologischen“ Gehalte nur Voraussetzung und Gegenstand einer Rechtsnorm, die (wie im Positivismus) im Text schon vorgegeben sein soll. Sie werden nicht als Konstituens einer als Vorgang begriffenen Normativität erfasst. Die vermittelnden Auffassungen lassen sich Grundpositionen der extremen Standpunkte (Gesetzespositivismus, Dezisionismus, Normlogismus, Soziologismus) aufzwingen, so unter anderem die am praktischen Vorgang der Konkretisierung vorbeigehende Entgegensetzung von „Sein“ und „Sollen“. Gleichsam erst nachträglich setzen sie die zunächst übernommenen Abstraktionen in „korrelative“, „dialektische“ oder „polare“ Beziehung zueinander. Dagegen kommt es für eine den Aufgaben der Konkretisierung gerecht werdende Methodik darauf an, nicht länger „die“ Wirklichkeit „dem“ Recht pauschal gegenüberzustellen. Vielmehr ist im hier erörterten Sinn soziale Wirklichkeit zum einen als Geltungsraum von Recht schlechthin, zum ändern als vom einzelnen Normtext vorausgesetzter, rezipierter oder erzeugter Wirklichkeitsausschnitt im einzelnen zu differenzieren. Änderungen der Wirklichkeit führen nicht notwendig und unmittelbar zu Änderungen im Normprogramm. So führt beispielsweise die Entwicklung der neuen Multimediadienste dazu, dass das Konzept des Datenschutzes technikspezifisch und risikoadäquat ergänzt werden muss. Das zwingt den Gesetzgeber dazu, Gesetzgebung als vorläufig und experimentell zu begreifen. Denn nur soweit es das Normprogramm zulässt, kann die Wirklichkeit berücksichtigt werden. Sonst muss die Legislative tätig werden. Weil sie diesen Schritt von einer Methodik der Textauslegung zu einer Methodik der Konkretisierung nicht tun, gelangen auch die Lehren von der normativen Kraft des Faktischen, die Versuche der Ideologiekritik, der Rechtsphänomenologie und der Vorschlag einer normtheoretisch noch ganz unverbundenen Forschungskombination von Rechtssoziologie und juristischer Entscheidungstechnik für die tatsächliche Struktur der Rechtsbildung über den Dualismus von Sein und Sollen in seiner neukantianischen Fassung nicht hinaus.

Die Verschränkung von „Sein“ und „Sollen“ in der Normativität (seit „Normstruktur und Normativität“, 1966) rechtfertigt sich ganz grundsätzlich schon vom Sprachesein der Rechtsarbeit her: beide Gruppen von Faktoren (später, seit 1971 in der „Juristischen Methodik“ „Sprachdaten“ und „Realdaten“ genannt) operieren als Sprechen/Schreiben, als Text. Sprache kann beidem, wenn es das (noch) herrschende Paradigma so will, verschiedene Namen geben (also „Sein“ und „Sollen“). Aber das ändert nichts an den Bedingungen der tatsächlich zu leistenden, der tatsächlich getanen Arbeit. Das differente Benennen kann beiden Faktorengruppen keinen *de facto* getrennten operativen Status verschaffen; tatsächlich wirken sie miteinander, mag man sie noch so gravitatisch als „auseinander unableitbar“ titulieren.

Klar: Aus einem „Sein“ leitet sich logisch kein „Sollen“ ab. Aber sobald jemand es tut, z. B. die Gesetzgebung, ist es schon geschehen. (Die Logik ist so unangreifbar wie die Aerodynamik; gemäß dieser ist bekanntlich noch nie eine Hummel geflogen.)

Überhaupt erweist es sich, dass die sonst in wesentlichen Punkten so verschiedenen herkömmlichen Positionen in der Frage (verfassungs-)juristischer Methodik den theoretischen Rahmen des Gesetzespositivismus nicht überschreiten. Dass sie, wie Dezisionismus und Integrationslehre, in Gegenstellung zum Gesetzespositivismus entwickelt worden sind, ändert der Sache nach an diesem Ergebnis nichts. Schmitt wie Kelsen überwältigen die Sachgehalte geltender Rechtsnormen im Ergebnis gleichermaßen voluntaristisch. Bei beiden ist die Verkürzung der Rechtsnorm auf einen abstrakten Dualismus von Sein und Sollen nachweisbar. Recht als positives Recht, als sachlich so und nicht anders bestimmtes Ordnungsmodell wird bei beiden ausgespart: zugunsten eines puristischen Wissenschaftsbegriffs bei Kelsen, zugunsten existentialistischer Geschichtsphilosophie bei Schmitt. Die scharfe Entgegensetzung von Subjekt und Inhalt der Entscheidung besagt: Die Frage nach inhaltlicher Richtigkeit von Recht wird nicht normativ, sondern existentialistisch gesehen. Für die Aufgaben der Jurisprudenz ergibt das denselben sachleeren Normbegriff, wie ihn der Gesetzespositivismus in die Geschichte der Rechtswissenschaft eingeführt hatte. Der Dezisionismus Schmittscher Prägung hat eine andre Philosophie als der Positivismus, aber - von der Struktur von Norm und Normkonkretisierung her gesehen - denselben Typus von Rechtstheorie: nämlich keine Strukturtheorie des Rechts selbst und der Bedingungen, unter denen es tatsächlich konkretisiert, d. h. als Rechtsnorm im Fall konstruiert wird. Nur wird bei Kelsen ohne den Umweg über eine Geschichtstheorie der Weg zur Entleerung des Rechts von seinen Ordnungsimpulsen und zur Dispensierung der Jurisprudenz von der Entwicklung einer Methodik von spezifisch juristischer Rationalität und Objektivität folgerichtig zu Ende gegangen.

JM I, Rn. 83, 419, 423

Rechtsnorm, abstrakte, generelle

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 gesetzessystematischen 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“.

JM I, Rn. 549

Rechtsnorm, Erzeugung

Da die Norm mehr ist als ein sprachlicher Satz, der auf dem Papier steht, kann ihre „Anwendung“ sich nicht allein in Interpretation, in Auslegung eines Textes erschöpfen. Vielmehr handelt es sich um fallbezogene Konkretisierung dessen, was Normprogramm, Normbereich und die Eigenheiten des Sachverhalts an Daten liefern. Aus dem Sachverhalt des Falls - sei er konkret zu entscheiden oder nur erdacht - werden die Elemente als für den Fall wesentlich herausgehoben, die in den Normbereich passen und vom Normprogramm erfasst werden; Normprogramm und Normbereich ihrerseits werden in demselben Vorgang der Bildung von Normhypothesen in Richtung auf den konkreten Fall gedeutet und dabei nicht selten modifiziert, klargelegt, fortentwickelt. Von wenigen an der Grenze liegenden Normtypen wie numerisch bestimmten Vorschriften abgesehen, ist das formallogische Verfahren des syllogistischen Schlusses für juristische Konkretisierung nie zureichend. Das gilt, wenn es nur genau genug untersucht und mit der hinreichenden methodischen Klarheit reflektiert wird, für die routinemäßige Verfassungs„anwendung“ sowohl in Wissenschaft und Rechtsprechung als auch in Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung. Die Richtigkeit dieser Beobachtung ist nicht auf die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Generalklauseln oder Standards beschränkt, wenn auch das Missverhältnis zwischen der Leistungsfähigkeit formalistischer Schlussverfahren und den tatsächlichen Erfordernissen der Verfassungskonkretisierung bei den zuletzt genannten Normengruppen besonders ins Auge springt. Jede mit Hilfe der natürlichen Sprache erfolgende Formulierung rechtlicher Sachverhalte oder normativer Rechtsfolgen ist zur Deskription oder zumindest zur Evokation gezwungen. Damit enthält sie unvermeidlich im Hinblick auf künftige Rechtsfälle unbestimmte Ausdrücke, ist insoweit konkretisierungsbedürftig. Hinweise auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Konkretisierung müssen aber derselben, für den fraglichen Einzelfall erst zu erzeugenden Rechtsnorm bzw. ihrem systematischen Kontext mit ändern Rechtsnormen entnommen werden. Schon aus diesem Grund kann Konkretisierung nicht wertungsfrei sein. Diejenige politisch oder auf andere Art motivierte Wertung, die sich in der Genese des zu bearbeitenden Normtextes ausdrückt, spielt daher meist auch im Vorgang der Konkretisierung eine gewisse Rolle. Beim Arbeiten mit juristischen Konstruktionsmethoden ist Wertung als eines neben ändern Elementen gleichfalls nicht auszuschalten. Bei der Konkretisierung der sogenannten wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe steht sie als Denkkoperation im Vordergrund. Die wichtigste und umfangreichste Masse von Konkretisierungsfällen - sei es in Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung, in Rechtsprechung oder Wissenschaft - kann redlicherweise nicht als „wertungsfrei“ bezeichnet werden.

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.

Die herkömmlichen Auslegungsregeln können als für sich selbständige „Methoden“ nicht vereinzelt werden. Im Vorgang der Konkretisierung erweisen sie sich nicht nur als einander ergänzend und abstützend, sondern als jeweils schon vom Ansatz her sachlich ineinander verwoben. Sie bilden nicht eigenständig umschreibbare und begründbare Verfahren, sondern erscheinen als verschiedene Facetten in dem Vorgang, am Fall eine Rechtsnorm zu erarbeiten. Aus der praktischen Aufgabe selbst ergeben sie sich als Fragestellungen an einen Normtext, der vergleichbare historische Vorbilder und Gesetzgebungsmaterialien aufweist (historische und genetische Interpretation). Im übrigen richten sie

sich an jede Erarbeitung einer Rechtsnorm: da jede einen Normtext „hat“, das heißt ihm methodisch zurechenbar sein muss - die gewohnheitsrechtliche einen wechselnden, die geschriebene einen authentisch fixierten (grammatische Interpretation); da keine Norm positiven Rechts für sich allein steht, sondern in Zusammenhang zumindest mit der Gesamtrechtsordnung (systematische Interpretation); da schließlich jede Norm auf ihren „Sinn und Zweck“ hin befragt werden kann. Insofern hat Savigny in der Tat Elemente formuliert, die mit der Aufgabe der Konkretisierung im System geschriebenen Rechts notwendig gegeben sind. Ferner kann jede in einem Fall zu erstellende Norm auf die Elemente ihres Normbereichs hin untersucht werden, kann sie lösungstechnisch behandelt, dogmatisch und rechts- bzw. verfassungstheoretisch beurteilt sowie rechts- bzw. verfassungspolitisch bewertet werden. Alle juristischen Funktionen von der Gesetzgebung bis zur wissenschaftlichen Exegese erweisen durch ihre Praxis, dass diese Elemente für die Normkonkretisierung insgesamt nicht zu entbehren sind.

JM I, Rn. 86, 275, 374

Rechtsnorm, Strukturmodell

Der Rechtsarbeiter geht vom vorgelegten oder erdachten Sachverhalt aus und wählt mit dessen Merkmalen aus der Normtextmenge des sogenannten geltenden Rechts diejenigen Normtexthypothesen, die er für einschlägig hält. Er kommt dann von diesen aus zu den Sachbereichen der durch die Auswahl der Normtexthypothesen als einschlägig unterstellten Rechtsnormen, verengt die Sachbereiche aus Gründen der Arbeitsökonomie in der Regel zu Fallbereichen und erarbeitet in der Folge aus der Interpretation sämtlicher Sprachdaten das Normprogramm. Mit dessen Hilfe wählt er aus dem Sach- beziehungsweise Fallbereich die Teilmenge der normativ wirkenden Tatsachen, den Normbereich, aus. Im letzten Abschnitt des Arbeitsprozesses individualisiert er die so erstellte Rechtsnorm zur Entscheidungsnorm. Die Übersicht im hier angefügten Graph veranschaulicht die Elemente und Hauptstadien des Vorgangs einer Normkonkretisierung.

JM I, Rn. 281

Rechtsnorm, Typologie

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- Wissen-

schaft 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.

JM I, Rn. 240 ff.

Rechtsnorm, Verbindlichkeit

Das Gebot einer Normkonkretisierung in Bindung an den Normtext stellt sich im Verfassungsrecht im Vergleich zu anderen Rechtsdisziplinen mit dem größten Nachdruck. Nach geltendem Verfassungsrecht ist der Richter stets an das Gesetz gebunden. Doch sind die Modalitäten dieser Bindung der Sache nach von der Eigenart des zu lösenden Rechtsfalls und der für ihn einschlägigen Normtexte abhängig. Die je nach Rechtsdisziplin oder Teildisziplin wechselnde Problemstruktur bestimmter Sach- und Regelungszusammenhänge umgreift sowohl die ihr zugehörigen Rechtsvorschriften als auch die diesen zugehörigen (möglichen) Rechtsfälle. Wegen der Verschiedenartigkeit der Typen von Normstruktur in der Rechtsordnung ist die Bindung an das Gesetz nicht eine linear schematisierbare oder fixierbare Größe. Was „Bindung des Richters an das Gesetz“ heißt und wieweit diese Bindung aktualisierbar und kontrollierbar ist, hängt von der Funktion wie von der Struktur der in Frage stehenden Rechtsvorschriften in bezug auf die von ihnen zu regelnden Rechtsfälle ab. Verfassungsrecht konstituiert, legitimiert und limitiert die Rechtsordnung des Gemeinwesens. Es ist durch höhere Instanzen innerstaatlichen Rechts nicht mehr abgesichert. Es hat vielmehr die Aufgabe, seinerseits alles innerstaatliche Recht von unterverfassungsrechtlichem Rang abzusichern. Aus diesem Grund sind die Rechtsstaatsgebote der Normklarheit, Tatbestandsbestimmtheit, Methodenklarheit und Rechtssicherheit für den Umgang mit verfassungsrechtlichen Normen besonders wichtig. Auf die begrenzende Rolle des Wortlauts verfassungsrechtlicher Vorschriften wurde hier schon bei der Analyse verfassungsgerichtlicher Methodik hingewiesen. Verfassungsnormen sind von ihren einzigartigen Funktionen her in gesteigertem Grad verbindliche Satzungen. Problemdenken, das vom Primat des Problems ausgeht, kann weder methodisch noch rechtsstaatlich den Anforderungen genügen, die das Grundgesetz an seine Konkretisierung stellt. Zudem ist die heuristische Isolierbarkeit dogmatischer Einzelfragen, wie sie im modernen Zivilrecht auch als fruchtbar und rechtsfortbildend erscheint, ein für die Verfassungskonkretisierung nicht gangbarer Weg. Die formsystematischen und noch mehr die sachsystematischen Zusammenhänge innerhalb des Verfassungsrechts sind von vergleichsweise höchster Dichte.

Dem herkömmlichen Methodendenken gelang es nicht, eine Rangfolge oder sonst ein erkennbares gleichmäßiges Verhältnis unter den canones aufzustellen. Dieses Scheitern war zu erwarten. Methodischen Hilfsmitteln kommt normative Verbindlichkeit nicht zu. Alle Versuche, aus der „Natur der Sache“ praktisch tragfähige Haltepunkte für den Fall widersprüchlicher Teilergebnisse aufzustellen, mussten bei dieser Sachlage kapitulieren. Insofern trifft Savignys Bestimmung der von ihm entwickel-

ten grammatischen, logischen, historischen und systematischen Elemente der Auslegung unverändert den Kern des Problems: Sie sind nicht verschiedene Arten der Auslegung, unter denen beliebig zu wählen wäre, aber auch nicht fixiert aufeinander bezogene „Methoden“. Sie sind vielmehr unterschiedliche, aufeinander angewiesene Teilmomente des Auslegungsgeschäfts. Sie sind Fragestellungen, von denen „bald die eine, bald die andere wichtiger sein und sichtbarer hervortreten“ wird, „so, dass nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerlässlich ist“.

Die Erörterung des Gebots verfassungskonformer Gesetzesauslegung hat zudem bereits ein Beispiel dafür geboten, dass nicht-normative methodische Regeln von methodenbezogenen Normen des geltenden (Verfassungs-)Rechts betroffen und überlagert werden können: 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. 113, 429 f.

Rechtsnormtheorie

Juristische Methodik ist Sachlogik. Es kann zwar eine den juristischen Teildisziplinen gemeinsame Rechtsnormtheorie geben - diese Arbeit baut auf einer solchen auf -, daneben aber nur partikuläre Methodiken von Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht, von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, wenn nicht die Genauigkeit der Sachnähe dem Anspruch allseitiger Sachkompetenz geopfert werden soll. Daher wird hier juristische Methodik am Exempel einer Methodik des Verfassungsrechts erarbeitet. Doch richten sich die dabei behandelten Grundfragen und Einzelprobleme an alle Bereiche praktischer Arbeit am Recht. Die Rede von „partikulären Methodiken“ bedeutet nämlich nicht, die Methodik jedes der großen juristischen Arbeitsgebiete habe jeweils am Nullpunkt anzufangen. Das hier entwickelte Rahmenmodell einer Strukturierenden Methodik versucht, für alle normativdogmatischen Rechtsbereiche den Vorgang der Normkonkretisierung und damit normtextgebundener Rechtsarbeit im Grundsatz zu erfassen. Damit ist sozusagen die Grundausrüstung des Instrumentariums juristischer Arbeitsweise geliefert. Über diese Basis hinaus drückt sich die aus Kodifikationslage, Sachproblematik, Eigenart der Normbereiche, Wissenschafts- und Praxisgeschichte gespeiste Unterschiedlichkeit der rechtlichen Teildisziplinen bekanntlich in speziellen Interpretationsaspekten aus. Diese zusätzlichen Konkretisierungselemente sind hier in bewusster Beschränkung auf das Verfassungsrecht ausgearbeitet und können für die anderen Felder der Rechtsarbeit analog diskutiert und systematisiert werden. Als Rahmenkonzept im Dienst einer die Realität verarbeitenden sowie rechtsstaatlich und demokratisch gebundenen Rationalität ist die Strukturierende Methodik auch in bezug auf andere Wissenschaften (Linguistik, Sozialwissenschaft) zu vielfacher Zusammenarbeit, Korrektur, Ergänzung fähig, auf sie auch angewiesen.

Die Strukturierende Rechtslehre will das aufklärende Moment an der älteren hermeneutischen Denkweise beibehalten. Verstehen ist nicht „reines“ Erkennen. Es ist als Handeln in den Aktions- und damit in den Lebenszusammenhang des verstehend Handelnden eingebunden. Ohne dessen reflektierte Wirklichkeit ist es wissenschaftlich nicht korrekt erfassbar. Das ist aber nur der eine Teil der Realität, die einbezogen werden muss: systematisch gesehen der subjektive, quantitativ betrachtet der ungleich kleinere. Für juristisches Handeln müssen vor allem die Einzelheiten normorientierter Entscheidungsvorgänge und die normierten Ausschnitte der sozialen Welt erfasst werden, auf welche die Sprachgestalt juristischen Tuns (Normtexte, Entscheidungstexte, Wissenschaftstexte) verweist. Das

führt, anders als in philosophischer Hermeneutik oder hermeneutischer Rechtswissenschaft, zunächst zu der Folgerung, die Rechtsmethodik mit der verfassungsrechtlichen Funktionenlehre zu verknüpfen. Es führt weiter dazu, juristische Tätigkeit in Alltagspraxis und Theorie als Arbeit im Sinn der politischen Ökonomie, als Rechtsarbeit zu sehen. Die durchgehende Verbindung des vorliegenden Konzepts einer Strukturierenden Methodik mit der Rechtsdogmatik einerseits, andererseits mit der Rechts(norm)theorie und schließlich mit der Verfassungslehre sowie insgesamt mit dem methodenerheblichen positiven Recht belegte von Anfang an, dass es hier nicht nur und nicht einmal vorrangig um Fragen des „Verstehens“ als eines elementaren, sich in beträchtlichem Ausmaß intuitiv vollziehenden Geschehens handelt. Das Verstehen ist nun aber für die hermeneutische Schule zentral geblieben; und Erscheinungen wie „Judiz“ oder besonders das „Vorverständnis“, das ihr als Problem so teuer ist, bleiben im Rahmen eines die Rolle des Subjekts einbeziehenden (immer auch) intuitiven Text„verstehens“. Über dieses geht schon „Interpretieren“ als Form eines reflektierten Handelns, als gegenüber dem Verstehen eigenständige Handlungsform des Verständlich-Machens hinaus. Die Interpretation schafft zusätzlichen Text, ist selber Text, der im Gefolge einer fortlaufenden Verkettung seinerseits interpretierbar ist und interpretiert werden muss; und der immer wieder, nach Foucaults Wort, „das unendliche Gewimmel der Kommentare“ erzeugt⁶. In eine noch weitere Dimension stößt schließlich die in massive institutionelle Zusammenhänge eingefügte und keineswegs nur auf Wahrheit und Erkenntnis, sondern auch immer auf Macht abzielende „Arbeit mit Texten“. Hier geht es nicht mehr um Verstehen und auch nicht mehr nur, wie beim Interpretieren, um Verständlich-Machen. Mit tatsächlichen Konsequenzen in der sozialen Wirklichkeit (etwa den oft vielfältigen und weitreichenden Folgen eines Gerichtsurteils, eines exekutivischen Handelns, einer Normenkontrollentscheidung, u.s.w.) ist es vielmehr Ziel einer derartigen institutionell gestützten Textarbeit (wobei die Rechtsinstitutionen ihrerseits wieder textgestützt, nämlich auf der Grundlage von Normtexten eingerichtet und geregelt sind), die im Einzelfall heranzuziehenden (Norm-)Texte so aufzubereiten, dass sie „die ihnen institutionell zugeordnete Funktion übernehmen können“; beispielsweise die im Fall entwickelten Rechts- und Entscheidungsnormen als „legal“ zu rechtfertigen.

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, aufweiche 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 abstrakt-begriffliche 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 realmöglicher Sachgehalte. Die „Sache“ wird ersetzt vom Normbereich; die „Natur“ meint dessen unter den Aspekten des Normprogramms selektiv erfragte Grundstruktur.

Juristische Methodik muss durch eine Rechtstheorie fundiert werden: eine Theorie nicht über das Recht (sei sie theologischer, ethischer, philosophischer, soziologischer, politisch-ideologischer Art), sondern durch eine Theorie des Rechts, das heißt durch eine Rechtsnormtheorie. Diese umschreibt die grundlegende Eigenart normativer Struktur, vor deren Hintergrund die praktische Arbeit juristischer Methodik zu sehen ist. Auch diese Aufgabe ist, sowenig wie Rechtstheorie insgesamt, nicht nur

rechtstechnischer Natur. Jeder Typus von Politischem System hat seinen Typus von Rechtstheorie und Methodenpraxis. Es sind aber nicht nur Methoden, sondern auch Methodiken gegenstandsabhängig; und das heißt angesichts des recht besonderen Gegenstands: auch Methodiken haben unmittelbar politische Bedeutung. Das ist wissenschaftsgeschichtlich wie aktuell offenkundig. Über die Abhängigkeit von politischen Optionen hinaus können auch die objektiven Mechanismen der Sozialsteuerung durch Recht jeweils nur in bezug auf das Gesamtsystem gesehen werden. Was eine Rechtsnorm „ist“, hängt entscheidend von der Struktur des Sozialverbands (der „Gesamtgesellschaft“) und der Rolle der Institutionen der Normtexterzeugung, Normsetzung und -Umsetzung, Normenkontrolle und Normtextrevision ab. Eine Norm „ist“ weder im Sinn der Allgemeingültigkeit noch in dem einer verdinglichten Vorgegebenheit etwas Bestimmtes.

Mit der von der Strukturierenden Rechtslehre vorgeschlagenen Rechtsnormtheorie ist der Gesetzespositivismus verabschiedet; und es wird festgehalten, dass die Rechtsnorm als tragender Leitsatz der Entscheidung vom Rechtsarbeiter jeweils erst hergestellt wird. Entsprechend der wissenschaftsgeschichtlichen Bewegung, die sprachtheoretisch vom Sprachsystem zum sprachlichen Handeln führt, ist die Frage nach den Bindungen praktischer Rechtsarbeit damit von der illusionären Spekulation über eine vorgegebene Bedeutung des Normtextes befreit und in den konkreten Prozessen juristischer Argumentation neu gestellt. Gesetzesbindung bezieht sich nicht auf eine der Anwendung vorgegebene Rechtsnorm, sondern stellt sich dar als methodische Erschwerung und Disziplinierung im Vorgang der Herstellung der Rechtsnorm.

JM I, Rn. 3, 9 ff., 126, 157, 215

Rechtsordnung, Kommunikationssystem

Juristische Methodik hat in der Masse der Arbeitsmaterialien aus Rechtspraxis und Rechtswissenschaft genügend Stoff, ihre eigenen Grundbedingungen herauszuarbeiten. Das gilt etwa gegenüber dem bisherigen Stand von Bemühungen, Rechtswissenschaft und Kommunikationstheorie miteinander zu verbinden. Analog der hier seit „Normstruktur und Normativität“ durchgeführten Analyse der theoretischen Voraussetzungen gesetzessystemischer Methodik ist auch von der Kommunikationstheorie aus gezeigt worden, dass die herkömmliche juristische Methodenlehre mit ihrer Konzentration auf die Doktrin der Textauslegung, mit ihrem Zielbegriff der Eindeutigkeit, mit ihrer Vorstellung von einem in der Rechtsnorm fertig vorgegebenen „Inhalt“ und einer vom graphischen Satz abgehobenen und abhebbaren „Bedeutung“ Elemente eines ontologischen Denkstils aufweist. Demgegenüber wird für das Verständnis der Rechtsnormen (richtig: der Normtexte) das Modell des imperativen Kommunikationssystems vorgeschlagen: Namensgebung, auch als Benennung in Normtexten, ist nicht ontologisch verstehbar, sondern primär aus der imperativen Kommunikationssituation, d. h. als Beschreibung einer sozialen Situation zwecks Steuerung künftigen Verhaltens. Diese Beschreibung sozialer Beziehungen, herkömmlich reflektiert in der Lehre vom gesetzlichen Tatbestand, soll nicht begriffen werden als dinglich-ontologische Deskription, sondern als Bestandteil komplexer Kommunikationstechniken. Die Rechtsordnung kann als Kommunikationssystem gesehen werden, als Mechanismus des Austauschs von (eher imperativen als informativen) Nachrichten. Kommunikationstechnik ist verstehbar als imperative Denkhilfe zur Ordnung des künftigen Zusammenlebens von Mitgliedern der sozialen Gruppe.

So aufschlussreich dieser Ansatz im allgemeinen ist, sowenig kann er im einzelnen für die Fortentwicklung juristischer Methodik leisten. Denn für entwickelte Kommunikationssysteme tritt wegen der in ihnen notwendig gestiegenen Komplexität an Stelle des Grundlagenmodells der imperativen Kommunikationssituation doch wieder die dingliche Beschreibung in den Vordergrund. Dem entspricht es, dass die Grundlagen einer über den Gesetzespositivismus hinausweisenden Rechts(norm)theorie seit „Normstruktur und Normativität“ gerade aus der Beobachtung juristischer Arbeit in Praxis und Wissenschaft gewonnen wurden. Sie werden in wichtigen Punkten von Teilergebnissen des kommunikationstheoretischen Ansatzes bestätigt; und das unbeschadet der Tatsache, dass diesem Ansatz für die Analyse eines hochentwickelten Rechtssystems die genannten Grenzen gezogen sind.

JM I, Rn. 202 f.

Rechtsordnung, Sprachlichkeit

Recht ist notwendig an Sprache gebunden. In einem System geschriebenen Rechts treten seine Vorschriften als Normtexte auf, d. h. als amtlich autorisierte Textformulierungen geltenden Rechts. Die Rechtsordnung bildet ein Kontinuum von Texten, die für anders nicht lösbare Konfliktfälle sanktioniert sind durch ‚als solche‘ sprachlose Gewalt, die wiederum ihrerseits durch die zugehörigen Verfahren sprachlich vermittelt wird. Rechtsstaatliches Recht arbeitet möglichst wenig mit bloßer und möglichst weitgehend mit sprachlich geformter, vermittelter und kontrollierbarer konstitutioneller Gewalt. Diese Form von Sprachlichkeit der Rechtsordnung entspricht dem Streben des bürgerlichen Verfassungsstaats der Neuzeit nach Rationalität. Diese ist funktionell zweideutig. Sie ist doppelt wirksam, indem sie einmal Herrschaftsprozesse erleichtern hilft, zum ändern die Voraussetzung für Konsens schafft. Das drückt sich in einer doppelten Form von Sprachlichkeit der Rechtstexte aus: anordnende und rechtfertigende Texte. Diese durchgehende Textstruktur setzt historisch die Organisationsleistungen des Verfassungsstaats der Moderne (wie: innere Souveränität und Monopol legitimer Gewaltausübung, Normenhierarchie und systematischen Rechtsschutz) voraus.

Recht ist (auch) Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural als Recht in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen. Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im demokratischen Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats“ zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche (verfassungs-)rechtliche Sicherungen der Konsensfunktion seiner Rechtstexte: auf der Seite der anordnenden Texte Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör, usw.; auf der Seite der rechtfertigenden Texte das Gebot der Methodenehrlichkeit (d. h. des Übereinstimmens von Finden und Begründen der Entscheidung), die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der Abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, usw.

JM I, Rn. 219 f.

Rechtsordnung, geschlossenes System

Wenn die Strukturierende Rechtslehre von der funktionellen Geschlossenheit der Rechtsordnung im Sinn einer Ergänzung von materiellen Regeln durch Prozessrecht ausgeht, zieht sie aus der Sicht dieses Ansatzes den Vorwurf auf sich, dass der Richter im gesetzesfreien Bereich ohne jede objektive Legitimationsvoraussetzung entscheiden müsse. Daran ist mehreres falsch: einmal reduziert die Strukturierende Rechtslehre die Konkretisierungsleistung des Gesetzes nicht auf den eindeutigen Wortlaut und braucht deshalb einen „gesetzesfreien“ Bereich richterlichen Entscheidens gar nicht erst anzunehmen. Zum ändern hat der Richter auch im Bereich des Gesetzes keinen objektiven Rechtsgegenstand als vorgegebene Legitimationsgrundlage, sondern muss diese Legitimation durch Begründung der geschaffenen Rechtsnorm erst herstellen. Für die Strukturierende Rechtslehre ist ein Urteil eine Entscheidung, die zwar durch Anschlusszwänge im juristischen Sprachspiel erschwert wird, die aber niemals als technische Anwendung einer Erkenntnis des objektiv vorgegebenen Rechtsgegenstandes verstanden werden kann. Der Gesetzgeber und die Gerichte sind also strukturell gekoppelt. Das heißt, gesetzgeberische Vorgaben in Form von Normtexten können in Verbindung mit den Vorschriften des Verfahrens und den sprachlichen Anschlusszwängen und Begründungslasten den Entscheidungsvorgang zwar rechtsstaatlich irritieren, aber nicht substantiell vorab determinieren.

Das Prinzip der Einheit der Verfassung wird dahin bestimmt, Verfassungskonkretisierung dürfe nie nur auf die einzelne Norm blicken, sondern müsse sich stets auf den Gesamtzusammenhang erstrecken, in den diese zu stellen ist. Wenn also nur solche Problemlösungen maßstabgerecht erscheinen, die sich frei von einseitiger Beschränkung auf Teilaspekte halten, dann sind auch hiermit Gesichtspunkte innerhalb des Verfahrens systematischer Interpretation getroffen. Selbständigen Charakter hat der Grundsatz von der Einheit der Verfassung dagegen insoweit, als er gebietet, Verfassungsrecht so zu interpretieren, dass Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen und besonders zu verfassungs-

rechtlichen Grundentscheidungen vermieden werden. „Einheit der Verfassung“ im Sinn eines Leitbilds verfassungsrechtlicher Methodik soll dem Interpreten als Ausgangspunkt wie vor allem als Zielvorstellung das Ganze der Verfassung als ein zwar nicht spannungsloses und in sich ruhendes, wohl aber als ein sich sinnvoll zusammenschließendes Normengefüge vor Augen stellen.

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. 145, 383 f.

Rechtsordnung, Textstruktur

Die Textstruktur dieser Rechtsordnung insgesamt lässt sich nach folgenden Ebenen gliedern: a) nach abstrakt anordnenden Texten (Gesetzeswortlauten und - soweit sie über den Fall hinaus verbindlich sein können - Texten von Rechtsnormen) und diese Normtexte rechtfertigenden Texten (amtlichen Begründungen von Gesetzen, „Motiven“ der gesetzgebenden Gremien, Debatten und Verhandlungen, Ausschussberichten und, im Fall der Rechtsnormen, Entscheidungsgründen); sowie b) nach konkret anordnenden Texten (Entscheidungsnormen, welche die Rechtsprechung entwirft oder die die Exekutive erlässt) und diese rechtfertigenden Texten (Entscheidungsgründen in Exekutive und Rechtsprechung).

Der demokratische Rechtsstaat „hat“ nicht, er „ist“ eine Textstruktur. Diese unterscheidet ihn von den anderen Typen der Staatsorganisation; denn der Rest ist allen Typen gemeinsam: „sächliche“ und „persönliche Mittel“ im Sinn des Verwaltungsrechts. Den Gebäuden, deren Möblierung, den Papierstapeln, den Amtspersonen ist es nicht anzusehen, ob sie einen Rechts- oder einen Nicht-Rechtsstaat am Funktionieren halten. Nur die Semantik und die Strukturierungsart der staatsproduzierten Textmasse distinguieren ein rechtsstaatliches System.

JM I, Rn. 221

Rechtsprechung, Änderung

Die von Normtexten geforderte Arbeit muss, bei den hier gemeinten Vorgängen, zu praktischen Entscheidungen führen. Das den Diskurs (vergeblich, aber tatsächlich) abschneidende Urteil ist in dieser abschneidenden Funktion nur Gewalt: einer der strategischen Punkte, an denen Staatsgewalt die Maske abnimmt. Und doch ist dieses Abschneiden, gegeben mit der Existenz eines Staatsapparats dieser Art, zwar tatsächlich, aber vergeblich. Der Staat schlägt auf die Sprache (er kann nicht anders, es ist seine *raison d'être*); doch die Sprache schlägt zurück. Die Texte des Staates sind Gewalt; aber sie bleiben Texte, bleiben Schrift - bis zum Jüngsten Gericht können andere Sätze an ihre (noch so rechtskräftigen, sogar an ihre exekutierten) Urteilssätze geknüpft werden.

Das liegt an einem sehr einfachen Sachverhalt. Die Urteilssätze, die hinsichtlich der Rechtswirkung den Diskurs abschneiden, kann nicht „der Staat“ formulieren. Es sind natürlich immer einzelne Funkti-

onsträger; und diese bleiben als professionell trainierte und ständig geforderte Subjekte, ungeachtet der Rechtskraft ihrer praktischen Entscheidungsakte, im Diskurs. Gelegentlich bekommt das dann wieder Rechtswirkung: wenn die Justiz ihre bisherige Judikatur in einer bestimmten Frage aufgibt, sich zu einem „Wechsel der Rechtsprechung“ durchringt. Beispiele dafür gibt es seit jeher und aus allen Gerichtsbarkeiten. Aktuell und zugleich auf höchstem Normenniveau, dem der Verfassungsjustiz, sind der Fall der Zulässigkeit von Sitzblockaden (Entscheidung vom 10. 1. 1995) ebenso wie jener der Änderung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Fahrverbot bei Geschwindigkeitsüberschreitung (wegen Wandels im Sachbereich: mehr Unfälle aufgrund dichteren Verkehrs, Entscheidung vom 24. 3. 1996) oder die Änderung der Spruchpraxis zur Zulässigkeit von Überhangmandaten im Wahlrecht (Entscheidung 2 BvF 1/91 in NJW 1997, S. 1553 ff.), wo die Begründung für Überhangmandate (und damit auch die Ergebnisse) völlig ausgewechselt werden.

Die zu Entscheidungen berufenen Juristen bleiben also subjektiv auf dem laufenden. Was aber stößt überhaupt den Diskurs an, tatsächlich weiterzulaufen? Er geht über eine endgültige Entscheidung hinaus zum einen „allgemein menschlich“ weiter: Die Menschen sind Sprecher, die Teilnehmer am gesellschaftlichen und rechtlichen Zusammenleben reagieren, diskutieren; es ist durch nichts auszuschließen, dass sie einer bestimmten Art, Recht zu sprechen, beispielsweise sprachlichen Widerstand entgegensetzen. Und zum ändern gehen Rede und Widerrede „allgemein wissenschaftlich“ weiter: insofern Wissenschaft es zur Aufgabe und Funktion hat, sich mit den sie betreffenden Themen so lange zu befassen, als sie aktuell bleiben können (und darüber hinaus geht der Diskurs fach- und wissenschafts-historisch weiter). Beide allgemeinen Vorgänge könnte man „primär diskursiv“ nennen.

Der „sekundär diskursive“ Prozess ist demgegenüber der, den eine inzwischen erheblich veränderte Sachlage erneut und auf (zum Teil) neuer Grundlage hervorruft: so wie der Wandel im Sachbereich (und, je nach gebotener Konkretisierung der betreffenden Normprogramme, auch im Normbereich) im genannten Fall des Fahrverbots bei Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit. Dann ändert sich gegebenenfalls die Rechtsprechung aufgrund eines Faktenwandels (beziehungsweise eines Wandels im Normbereich).

In einem besonderen, nämlich sprachtheoretischen Sinn ist auch die mit Rechtsbehelfen nicht mehr angreifbare Entscheidung ein erst sekundär diskursives Datum. Als Text ist sie grundsätzlich kein Text-Äußeres; aber doch nicht mit demselben Status wie der sonstige Diskurs. Denn diesen schneidet sie (staats-)gewaltsam ab; sie ist gewaltgestützt und in dieser Eigenschaft nicht mehr beeinflussbar, im Sinn von: im vorliegenden Verfahren nicht mehr veränderbar. Aber vielleicht wird sie sich in einem neuen Verfahren als veränderbar erweisen dank eines Wechsels der Entscheidungspraxis als Folge primär und sekundär diskursiver Prozesse.

Die Entscheidungs- und die Begründungstexte des Staates sind, wie seine Normtexte auch, nichts als Pfeiler im Strom: aus Wasser gefertigte Pfeiler, wenn auch mit den Scharfschützen des Gewaltapparats an den Ufern postiert.

Es ist erst am hervorgehobenen Punkt der rechtlich nicht mehr angreifbaren Entscheidung, dass im Namen des Rechts die Elemente Gewalt und Sprache so weit auseinander treten, zueinander in Opposition geraten. Indem der Rechtsdiskurs endgültig angehalten wird, setzt sich allein die (Staats-)Gewalt durch. Im gesamten der Entscheidung vorhergehenden Vorgang befinden sich Sprache und Gewalt in der Gemengelage, die ihr Grundverhältnis bestimmt, und zudem im Aktualzustand des semantischen Kampfes. Der Fortgang von Kommentar und Debatte nach der Entscheidung zeigt, dass diese den Diskurs nicht wirklich beenden kann; sie nimmt ihm nur die Rechtswirkung. Die Fälle von „Aufgabe, Änderung der Judikatur“.

JM I, Rn. 521 ff.

Rechtsprechung, Konkretisierungselement

Den Juristen ist es geläufig, neben dem Wortlaut der anzuwendenden Vorschrift (und - meist unreflektiert - dem Sachgehalt ihres Normbereichs), neben anderen Normtexten, die systematisierend mit ihm verglichen und verarbeitet werden, außer Texten von Materialien und rechtsgeschichtlich feststellbaren Normvorbildern bei der Lösung jedes Falls von einiger Schwierigkeit auch die Aussagen einschlägiger Rechtsprechung, der Lehrbuch-, Kommentar- und monographischen Literatur als praktisch un-

entbehrliche „Quellen“ heranzuziehen. Dass und inwiefern dieses Vorgehen sachlich in der Struktur von Normativität und Konkretisierung begründet ist, wurde hier schon erörtert. Die dogmatischen (und ferner die rechts- und verfassungstheoretischen) Texte sind in der üblichen Terminologie nicht Rechtsquellen, sondern Rechtserkenntnisquellen. Auch sie sind sprachlich formuliert. Daher sind auch sie - nach Maßgabe von Fall und Normtext - ihrerseits der Interpretation, allen Möglichkeiten sprachlicher Auslegung bedürftig und zugänglich. Auch Sätze der Theorie und Dogmatik, mögen sie in rechtswissenschaftlichen Schriften oder in Rechtsprechung enthalten sein, sind wie zumeist die Sprachfassungen von Gesetzen „generell“ und „abstrakt“. Das insofern, als sie die sachliche Eigenart des Rechtsfalls, der ihr Herbeiziehen zur Konkretisierungsarbeit veranlassen wird, und die der angesichts dieses Falls zu erarbeitenden Rechts- und Entscheidungsnorm nach aller Erfahrung nicht vorwegnehmen können. Aussagen von Dogmatik und Theorie wie übrigens auch die lösungstechnischer und rechts- bzw. verfassungspolitischer Art (die ebenfalls sprachlich ausgedrückt werden müssen) teilen damit das Schicksal von Normprogramm, Normbereich und Normtext, von Gesetzesmaterialien, historischen Normvorbildern und das des zu lösenden Falls: nicht ohne weitere Bearbeitung fertig und anwendbar zur Verfügung zu stehen. Es ist das Schicksal sämtlicher Elemente juristischer Konkretisierung. Warum das sachnotwendig so ist - die „Sache“ von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft ist die ständige Arbeit an der Gewährleistung, Verwirklichung und Fortentwicklung rechtlicher Ordnung des menschlichen Zusammenlebens -, hat sich als durch die hier durchgeführte Strukturanalyse von Normativität begründbar herausgestellt.

JM I, Rn. 400

Rechtssicherheit

Die Literatur hat versucht, vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte gegen ihre Normtextformulierung und gegen die Systematik des Grundrechtsteils des Bonner Grundgesetzes mit formalisierten Schranken auszustatten, da solche „als vom Verfassungsgeber gewollt angesehen werden“ müssten. Einer der grundlegenden Irrtümer, von denen dergartige Versuche immer wieder inspiriert werden, besteht in der Befürchtung, eigenständige Schutzgarantien, auf die sich angesichts ihrer vorbehaltlosen Einräumung die Schranken anderer Grundrechte methodisch belegbar nicht übertragen lassen, aus diesem Grund als „höherwertig“ behandeln zu müssen. Auch vorbehaltlos gewährleistete Freiheitsrechte sind jedoch als Rechte durch die Verfassung begründet und durch ihren Normbereich sachlich begrenzt. Die Allgemeine Grundrechtslehre kann genügend von der Normbereichsanalyse und der Bereichsdogmatik der einzelnen Grundrechte zu konkretisierende Gesichtspunkte der Begrenzung und der Vermittlung mit anderen Normen der Verfassungsrechtsordnung erarbeiten. Der immer wieder unternommene Versuch, positivrechtliche Grenzen anderer Grundrechtsgarantien deshalb als auch für vorbehaltlose Garantien verbindlich zu behaupten, weil kein Grundrecht absolut unbegrenzt bleiben könne, führt zu einem methodisch unvermittelten und unbegründbaren „Schrankenschluss“, der zudem keinem praktischen Bedürfnis der Verfassungsdogmatik entspringt. Die Grundrechte sind in sich verständliche, sachlich geprägte und sachlich begrenzte Schutzgarantien. Wegen der positivrechtlichen Gegebenheit ihrer je eigenständigen Verbürgung und der durch die Grundrechtssystematik des Grundgesetzes normierten Differenzierung ihrer Begrenzungsmöglichkeiten scheitern die Versuche, mit unzulänglichen Mitteln des Gesetzespositivismus über den Gesetzespositivismus hinauszugelangen: durch Unterstellen sämtlicher Grundrechte unter die sogenannte Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, durch Unterstellen immanenter Gemeinschaftsvorbehalte oder allgemeiner Nichtstörungsschranken. Die Grundrechte als Verfassungsrecht können nicht mit vorgeblich immanenten Begrenzungen versehen werden, nach denen in der Praxis bereits die Behauptung des Schutzes „höherrangiger Gemeinschaftsgüter“ zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen genügen soll. Dieser früher vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Auffassung fehlt der verfassungsrechtliche Ansatzpunkt. Sie kann überdies, analog den materiellen Gemeinwohlklauseln, keine rechtsstaatlich genügenden Maßstäbe für die behauptete Einschränkung entwickeln. Dass kein Grundrecht „schrankenlos“ im Sinn von unbegrenzt gilt, lässt sich von einer mit Hilfe der Normbereichsanalyse rational zu entwickelnden Bereichsdogmatik der einzelnen Garantien dartun. Es legitimiert aber nicht das Postulat grundrechtsbegrenzender Generalklauseln. Ebenso wenig kann der „Soweit-Satz“ des Art. 2 Abs. 1 GG funktionsdifferierend als Anknüpfungspunkt für die Herausarbeitung allgemeiner Schranken auf alle übrigen Grundrechte übertragen werden. Wird er nicht nur als nichtnormativer Hilfs Gesichtspunkt der Interpre-

tation, sondern als „Verfassungsvorbehalt“ angesehen, so werden hiermit den Grundrechtsverbürgungen apokryphe Begrenzungsnormen von nur scheinbar interpretativer Funktion unterstellt. Verkürzungen des sachspezifischen Geltungsgehalts der Grundrechte sind bereits Eingriffe in die Freiheitsgarantien. Sie können nicht als bloße „Zurückverweisung“ in die Grenzen gemeinförderlicher Grundrechtsaktualisierung verharmlost und legitimiert werden.

Die Ganzheit eines grundrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Wertsystems ist auch mit Hilfe des formalen Prinzips der sogenannten Güterabwägung nicht rationalisierbar. Dieser Grundsatz entbehrt leitender normativer Anhaltspunkte im Grundgesetz, die über die formale Typik der Ausgestaltung der Grundrechtsgarantien und der Abstufung der Gesetzesvorbehalte hinausgehen. Das Prinzip kann keine inhaltlichen Maßstäbe zur Verfügung stellen, die rechtsstaatlichen Anforderungen an Normklarheit, Methoden- und Rechtssicherheit genügen. Im übrigen ist Güterabwägung mit ihrer grundsätzlichen Annahme von Axiomen wie „Vorrang“ oder „Höherwertigkeit“ verfassungsrechtlicher „Interessen“ bzw. Rechtsgüter stets in Gefahr, im praktischen Fall eine Verfassungsnorm zu ausschließlich auf Kosten einer anderen „vorgehen“ zu lassen. Im Fall einer Kollision von Verfassungs- und Unterverfassungsrecht bleiben die Verfassungsnormen verbindlicher Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Gesetzesrechts. Soweit das Prinzip der Güterabwägung auf materielle Erwägungen zurückgreift, die im Einzelfall nicht dem Detail positivrechtlicher Regelung entnehmbar sind, bleibt es mit seiner immer wieder unterlaufenden Bewertung von Grundrechten und grundrechtsausgestaltenden Gesetzen als gleichrangig alle erforderlichen Kriterien von hinreichendem Normrang schuldig. Soweit die Verfassung durch direkte Normierung, vor allem durch formale Vorzugsregel, eine Art von „Höherwertigkeit“ deutlich macht, genauer gesagt: soweit sie eine Höherbewertung politischer oder ethischer Herkunft durch formale Vorzugsnorm verbindlich zur Geltung bringt, ist „Güterabwägung“ entbehrlich. Soweit die Verfassung das nicht tut, reicht der Hinweis auf das nicht-normative: Ganze der Verfassung oder eines verfassungstheoretischen bzw. verfassungsrechtlich postulierten Wertsystems als rechtsstaatliche Basis für Grundrechtseingriffe nicht aus. Die Abstufung der Gesetzesvorbehalte, die Anordnung unmittelbarer Bindung der Legislative an die Grundrechte, die Vorschriften des Art. 19 Abs. 1; und 2 GG, die Einrichtung einer auch die Normenkontrolle umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit und andere Regelungen des Grundgesetzes legen für die Rolle der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich die Verteilung normativer Maßstäblichkeit verbindlich fest. Solche differenzierenden Regeln, Abstufungen und Einrichtungen des Verfassungsgesetzes können beim Versuch, den methodischen Unzulänglichkeiten des Gesetzespositivismus zu entkommen, nicht durch materiale Erwägungen des Einzelfalls „abwägend“ unterlaufen werden, sollen nicht die Grundrechte dem rechtsstaatlich nicht legitimierbaren Vorbehalt letztlich irrationaler Einzelentscheidung überantwortet werden. Verfassungsinterpretation überschreitbare Grenzen, wenn sie eine normativ im einzelnen nicht greifbare Totalität einer vorausgesetzten Wertordnung an die Stelle der Ermittlung der „sachlichen Reichweite eines Grundrechts“ setzt. Nicht nur der grundrechtliche Wesensgehalt, sondern allgemein der normative Sachgehalt kann nur für jedes Grundrecht gesondert ermittelt werden.

Das Gebot einer Normkonkretisierung in Bindung an den Normtext stellt sich im Verfassungsrecht im Vergleich zu anderen Rechtsdisziplinen mit dem größten Nachdruck. Nach geltendem Verfassungsrecht ist der Richter stets an das Gesetz gebunden. Doch sind die Modalitäten dieser Bindung der Sache nach von der Eigenart des zu lösenden Rechtsfalls und der für ihn einschlägigen Normtexte abhängig. Die je nach Rechtsdisziplin oder Teildisziplin wechselnde Problemstruktur bestimmter Sach- und Regelungszusammenhänge umgreift sowohl die ihr zugehörigen Rechtsvorschriften als auch die diesen zugehörigen (möglichen) Rechtsfälle. Wegen der Verschiedenartigkeit der Typen von Normstruktur in der Rechtsordnung ist die Bindung an das Gesetz nicht eine linear schematisierbare oder fixierbare Größe. Was „Bindung des Richters an das Gesetz“ heißt und wieweit diese Bindung aktualisierbar und kontrollierbar ist, hängt von der Funktion wie von der Struktur der in Frage stehenden Rechtsvorschriften in bezug auf die von ihnen zu regelnden Rechtsfälle ab. Verfassungsrecht konstituiert, legitimiert und limitiert die Rechtsordnung des Gemeinwesens. Es ist durch höhere Instanzen innerstaatlichen Rechts nicht mehr abgesichert. Es hat vielmehr die Aufgabe, seinerseits alles innerstaatliche Recht von unterverfassungsrechtlichem Rang abzusichern. Aus diesem Grund sind die Rechtsstaatsgebote der Normklarheit, Tatbestandsbestimmtheit, Methodenklarheit und Rechtssicherheit für den Umgang mit verfassungsrechtlichen Normen besonders wichtig. Auf die begrenzende Rolle des Wortlauts verfassungsrechtlicher Vorschriften wurde hier schon bei der Analyse verfassungsgerichtlicher Methodik hingewiesen. Verfassungsnormen sind von ihren einzigartigen Funktio-

nen her in gesteigertem Grad verbindliche Setzungen. Problemdenken, das vom Primat des Problems ausgeht, kann weder methodisch noch rechtsstaatlich den Anforderungen genügen, die das Grundgesetz an seine Konkretisierung stellt. Zudem ist die heuristische Isolierbarkeit dogmatischer Einzelfragen, wie sie im modernen Zivilrecht auch als fruchtbar und rechtsfortbildend erscheint, ein für die Verfassungskonkretisierung nicht gangbarer Weg. Die formsystematischen und noch mehr die sachsystematischen Zusammenhänge innerhalb des Verfassungsrechts sind von vergleichsweise höchster Dichte.

In ihrer Funktion einer möglichst einklagbaren Gewähr von Rechtssicherheit betreffen die Klarheits- und Bestimmtheitsgebote der Verfassung an erster Stelle die Rechtsprechung. Die Gerichte setzen mit ihren Entscheidungen sozialer Konflikte für den Rechtsunterworfenen belastende Akte. Sie haben diese dadurch absehbar und nachvollziehbar zu machen, dass sie ihre Urteile auf der Grundlage einschlägiger Normtexte und eine diesen methodisch zurechenbare Formulierung von Rechtsnormen fällen. Und sie haben für den Rechtsunterworfenen dadurch berechenbar zu bleiben, dass sie die Interpretationen zur Erarbeitung und Begründung ihrer Judikate methodisch transparent in den mit dem Normtext zu ziehenden Grenzen halten. Weder dürfen die Gerichte diese Grenzen aus Opportunitätsgründen durch den Rückgriff auf normgelöste Gesichtspunkte unterlaufen und damit nach ihrem Belieben entscheiden, noch aus Legitimierungsnöten durch die Kreation eigener Normtextschöpfungen überbieten und damit aus deren Willkür entscheiden.

Für die Grundrechte hat das Bundesverfassungsgericht einen auf den ersten Blick analogen Grundsatz, die sogenannte Grundrechtseffektivität, als Interpretationsprinzip zu entwickeln versucht. Das Gericht hält fest, Grundrechte seien weit auszulegen. Im Zweifel sei ihnen ein extensiver Geltungsbereich zuzuerkennen. Damit kommt die Judikatur in unmittelbare Nähe des Satzes „in dubio pro libertate“. Dieser geht von einer „Freiheitsvermutung“ für den Bürger aus. Bei der Konkretisierung von Verfassungsrecht soll das Ergebnis vorgezogen werden, das die beteiligten Rechte des Bürgers am wenigsten beschneidet. Der Grundsatz wird nur dann an den Schluss der Interpretation gestellt, wenn mehrere gleich vertretbare und begründbare Ergebnisse zur Auswahl stehen. Doch lässt sich eine derartige Regel als auswählende, als letztlich entscheidende Freiheitsvermutung methodisch nicht selbständig entwickeln. Sie könnte wie die rechtsstaatlichen Gebote der Normklarheit, Methodenbestimmtheit und Rechtssicherheit, von denen die nicht-normativen methodischen Regeln überlagert sind, nur aus dem geltenden Verfassungsrecht begründet werden. Es ist aber fraglich, ob Grundrechte und andre subjektive Berechtigungen auf dem Boden des Grundgesetzes im Konfliktsfall prinzipiell individualistisch verstanden werden können. Fragwürdig ist die Ausgangsvermutung für die Freiheit auch unter den sowohl positiv-rechtlichen als auch verfassungstheoretischen Aspekten sozialer Konflikthaftigkeit - nicht zuletzt unter Grundrechtsträgern - und der Gegenläufigkeit von Interessen und Rechten. Ob wirklich „der“ Freiheit in Gestalt einer bestimmten am Rechtsfall beteiligten Norm oder ob einer ändern beteiligten Vorschrift der „Vorzug“ zu geben ist oder ob das Ergebnis in eine Richtung geht, die sich mit diesem Entweder-Oder nicht kennzeichnen lässt, ist generell weder methodisch noch verfassungsrechtlich zu sagen. Im übrigen ist es nicht genau, das Prinzip als „Vermutung“ auszugeben. Der juristische Begriff der Vermutung wird herkömmlich auf (im Einzelfall nicht voll geklärte) Tatsachen angewendet. Das schließt es nicht aus, am Ende der Interpretation Auswahlprinzipien für mehrere normativ gleich vertretbare Lösungen einzusetzen, lässt aber den gewählten Begriff als nicht empfehlenswert erscheinen. Wichtiger sind in jedem Fall die angedeuteten sachlichen Einwände, vor denen dieses Argument keinen Bestand hat.

Zweifellos abwegig ist der Grundsatz der sogenannten Grundrechtseffektivität. Das Bundesverfassungsgericht hat dort eine literarische Aussage, die sich auf die Alternative „Programmsatz“ oder „aktueller Rechtssatz“ und ausdrücklich nicht auf die Frage der Inhaltsbestimmung von Grundrechten bezog, offenkundig missverstanden.

JM I, Rn. 70, 72, 113, 164, 394

Rechtsstaat, sprachreflexiver

Ohne mit der Entwicklung in der Sprachwissenschaft in Austausch gestanden zu haben, weist die Strukturierende Rechtslehre mit der pragmatischen Wende in der Linguistik weitgehende Parallelen auf, die noch stärker und vor allem konkreter zur praktischen Semantik bestehen. Beide übernehmen

nicht abstrakte Konzepte, um sie dann im Weg deduktiver Ableitungen auf einen bestimmten Gegenstandsbereich anzuwenden. Beide setzen bei den tatsächlichen Arbeitserfahrungen in ihrem jeweiligen Sektor an. Die eine rückt die Theorie der Sprachhandlung in den Mittelpunkt und hebt auf die Sprecher, und zwar auf alle Sprecher als die Subjekte des Sprachhandelns ab, damit auf den Handlungscharakter und -Zusammenhang von Sprache. Die andere, auf der Seite der juristischen Theorie und Methodik, geht von der Rechtsverwirklichung als einem tatsächlichen Vorgang aus, dessen einziges Subjekt der den Fall entscheidende Funktionsträger ist. Und sie sieht Rechtskonkretisierung im Kontinuum verfassungsrechtlich überformter gesellschaftlicher, politischer, ökonomischer Strukturen und Funktionen.

Die objektiven Parallelen betreffen also zunächst den handlungstheoretischen Grundansatz beider Konzeptionen. Eine andere Analogie bildet ihre Annäherung an den Regelbegriff als Regel- bzw. Rechtsnormerzeugung statt als Auffinden angeblich vorgegebener, feststehender Regeln oder Rechtsnormen. Die Betonung der zentralen Rolle des handelnden Subjekts in Abkehr von überkommenen Vorstellungen der Sprache als einem naturhaft auferlegten normativen System bzw. der Rechtsnorm als einer vorhandenen Entität zeigt eine weitere Übereinstimmung. Die Strukturierende Rechtslehre identifiziert seit langem die Norm so wenig mit dem Normtext wie die praktische Semantik die Regel mit der Regelformulierung, oder allgemeiner wie die heutige Linguistik den Text mit dem Textformular. Insofern können beide auch nicht auf irgendwelche Spielarten von Bedeutungsobjektivismus setzen; auch nicht in Gestalt logisch-semantischer Sprachauffassungen, die eine Präzision der Rechtstexte idealisieren oder hypostasieren. Das auf diesem Weg erneuerte Konzept von Rechtsstaat ist als „(sprach)reflexiver Rechtsstaatsbegriff“ bezeichnet worden.

Die linguistische Diskussion bestätigt insoweit auch jenen Ansatz der Strukturierenden Rechtslehre, demzufolge praktische Rechtsarbeit einen Text nicht etwa als substantiellen nur noch entfaltet, sondern, aus strukturellen Gründen des Sprachsystems, seine Bedeutung im Fall erst gestaltet. Rechtstheoretisch gewendet bedeutet dies, dass dem entscheidenden Juristen zwar der vom Gesetzgeber geschaffene Normtext als Textformular vorgegeben ist, nicht aber schon der Text der Rechtsnorm.

Versteht man mit Morris unter „Semiotik“ das Ensemble aus Syntaktik (Beziehung der Zeichen untereinander), Semantik (Beziehung von Zeichen und Bedeutung), und Pragmatik (Beziehung von Zeichen und Benutzer), dann ergibt sich das folgende - vereinfachte - Bild: Der Gesetzespositivismus ist ein vorwiegend syntaktisches Konzept (Regelplatonismus plus „geschlossenes“ bzw. „schließbares“ System) ; die Antipositivismen im Denkstil der Hermeneutik erscheinen als semantische Ansätze („offene“ Systeme plus noch immer Regelplatonismus). Der nachpositivistische Vorschlag ist in seinem Abschied vom Regelplatonismus pragmatisch: Vorstellungen von Geschlossenheit oder Schließbarkeit sind nur fromme Wünsche; statt „offenem System“ geht es um methodische Organisation und damit sequenzenweise rationale Strukturierung des Rechtshandelns im Raum der Unfixierbarkeit.

, Absicht des Positivismus war es, die Jurisprudenz möglichst weit zu verwissenschaftlichen und eine rationale Dogmatik zu liefern. Diese Ziele haben es nicht verdient, zugunsten geringerer Anforderungen an Rationalität aufgegeben zu werden. Die von der Freirechtslehre, der Interessen- und der soziologischen Jurisprudenz, der Integrationslehre und dem Dezisionismus, der Hermeneutik, Topik und Rhetorischen Rechtswissenschaft sowie anderen Antipositivismen immer wieder versuchte „Überwindung“ des Positivismus ist kein sich selbst legitimierender Zweck. Die Strukturierende Methodik fällt nicht hinter den dogmatischen Standard an Technizität zurück, den der Positivismus anstrebte. Es geht darum, das vom Positivismus unter anderem aufgrund seiner irrigen Normauffassung Verdrängte endlich aufzugreifen und verallgemeinerungsfähig in Dogmatik, Methodik und Theorie auszuarbeiten. Das - zum Teil notwendig innovative - Konzept von Rechtsstaat, das bei diesem Vorhaben in Methodik, Rechtstheorie und Verfassungslehre entwickelt worden ist, wird inzwischen als „(sprach)reflexiver Rechtsstaatsbegriff“ bezeichnet.

JM I, Rn. 212 f., 299

Rechtsstaat, Textstruktur

Die Strukturierende Rechtslehre identifiziert seit langem die Norm so wenig mit dem Normtext wie die praktische Semantik die Regel mit der Regelformulierung, oder allgemeiner wie die heutige Linguistik

den Text mit dem Textformular. Insofern können beide auch nicht auf irgendwelche Spielarten von Bedeutungsobjektivismus setzen; auch nicht in Gestalt logisch-semantischer Sprachauffassungen, die eine Präzision der Rechtstexte idealisieren oder hypostasieren. Das auf diesem Weg erneuerte Konzept von Rechtsstaat ist als „(sprach)reflexiver Rechtsstaatsbegriff“ bezeichnet worden.

Die linguistische Diskussion bestätigt insoweit auch jenen Ansatz der Strukturierenden Rechtslehre, demzufolge praktische Rechtsarbeit einen Text nicht etwa als substantiellen nur noch entfaltet, sondern, aus strukturellen Gründen des Sprachsystems, seine Bedeutung im Fall erst gestaltet. Rechtstheoretisch gewendet bedeutet dies, dass dem entscheidenden Juristen zwar der vom Gesetzgeber geschaffene Normtext als Textformular vorgegeben ist, nicht aber schon der Text der Rechtsnorm.

Versteht man mit Morris unter „Semiotik“ das Ensemble aus Syntaktik (Beziehung der Zeichen untereinander), Semantik (Beziehung von Zeichen und Bedeutung), und Pragmatik (Beziehung von Zeichen und Benutzer), dann ergibt sich das folgende - vereinfachte - Bild: Der Gesetzespositivismus ist ein vorwiegend syntaktisches Konzept (Regelplatonismus plus „geschlossenes“ bzw. „schließbares“ System) ; die Antipositivismen im Denkstil der Hermeneutik erscheinen als semantische Ansätze („offene“ Systeme plus noch immer Regelplatonismus). Der nachpositivistische Vorschlag ist in seinem Abschied vom Regelplatonismus pragmatisch: Vorstellungen von Geschlossenheit oder Schließbarkeit sind nur fromme Wünsche; statt „offenem System“ geht es um methodische Organisation und damit sequenzenweise rationale Strukturierung des Rechtshandelns im Raum der Unfixierbarkeit.

Die Textstruktur dieser Rechtsordnung insgesamt lässt sich nach folgenden Ebenen gliedern: a) nach abstrakt anordnenden Texten (Gesetzeswortlauten und - soweit sie über den Fall hinaus verbindlich sein können - Texten von Rechtsnormen) und diese Normtexte rechtfertigenden Texten (amtlichen Begründungen von Gesetzen, „Motiven“ der gesetzgebenden Gremien, Debatten und Verhandlungen, Ausschussberichten und, im Fall der Rechtsnormen, Entscheidungsgründen); sowie b) nach konkret anordnenden Texten (Entscheidungsnormen, welche die Rechtsprechung entwirft oder die die Exekutive erlässt) und diese rechtfertigenden Texten (Entscheidungsgründen in Exekutive und Rechtsprechung).

Der demokratische Rechtsstaat „hat“ nicht, er „ist“ eine Textstruktur. Diese unterscheidet ihn von den anderen Typen der Staatsorganisation; denn der Rest ist allen Typen gemeinsam: „sächliche“ und „persönliche Mittel“ im Sinn des Verwaltungsrechts. Den Gebäuden, deren Möblierung, den Papierstapeln, den Amtspersonen ist es nicht anzusehen, ob sie einen Rechts- oder einen Nicht-Rechtsstaat am Funktionieren halten. Nur die Semantik und die Strukturierungsart der staatsproduzierten Textmasse distinguiert ein rechtsstaatliches System.

JM I, Rn. 213, 221

Regeln, semantische

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

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

Schönfärberei und führte zurück in das Gespensterreich platonischer Ideen. Es geht vielmehr um einen semantischen Kampf.

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

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

Die Sprache ist weder eine dem Sprecher vorgeordnete und von ihm unabhängige quasi-natürliche Größe noch ein dem Belieben des jeweiligen Sprechers und seiner Intentionen überantwortetes reines Kunstprodukt. Als „Phänomen der dritten Art“, ähnlich dem Marktphänomen der „invisible band“, liegt die Sprache zwischen diesen Extremen und enthält in ihrer spezifischen Objektivität einen gestaltenden Aspekt, welcher den Gegenstand der Sprachkritik bildet¹³⁰.

Ohne mit der Entwicklung in der Sprachwissenschaft in Austausch gestanden zu haben, weist die Strukturierende Rechtslehre mit der pragmatischen Wende in der Linguistik weitgehende Parallelen auf, die noch stärker und vor allem konkreter zur praktischen Semantik bestehen. Beide übernehmen nicht abstrakte Konzepte, um sie dann im Weg deduktiver Ableitungen auf einen bestimmten Gegenstandsbereich anzuwenden. Beide setzen bei den tatsächlichen Arbeitserfahrungen in ihrem jeweiligen Sektor an. Die eine rückt die Theorie der Sprachhandlung in den Mittelpunkt und hebt auf die Sprecher, und zwar auf alle Sprecher als die Subjekte des Sprachhandelns ab, damit auf den Handlungscharakter und -Zusammenhang von Sprache. Die andere, auf der Seite der juristischen Theorie und Methodik, geht von der Rechtsverwirklichung als einem tatsächlichen Vorgang aus, dessen einziges Subjekt der den Fall entscheidende Funktionsträger ist. Und sie sieht Rechtskonkretisierung im Kontinuum verfassungsrechtlich überformter gesellschaftlicher, politischer, ökonomischer Strukturen und Funktionen.

Der Weg vom Normtext zur Rechtsnorm ist gerade nicht als Anwendung objektiver semantischer Regeln zu verstehen. Es handelt sich vielmehr um einen aktiven Semantisierungsvorgang. Erst in der juristischen Argumentation gewinnt der bloße Text seine Bedeutung, erst hier wird der tragende Leitsatz der Entscheidung hergestellt. Bei anderen Vertretern der Diskurstheorie, vor allem bei Jürgen Habermas, hat es sich bereits herumgesprochen, dass sich semantische Regeln nicht auf die von Alexy unterstellte Art verdinglichen lassen. Es wäre deshalb auch für diesen Teil der Diskussion an der Zeit, das additive Modell aus Semantik plus juristischer Argumentation durch eine integrale Analyse der juristischen Argumentation als semantischer Praxis zu ersetzen. Dann würde deutlich, dass der vom Gesetzgeber geschaffene Normtext nicht die Norm schon enthält und nur noch durch Argumentation vervollständigt werden muss, sondern dass der Normtext überhaupt erst auf dem Weg über eine juristische Argumentation zur Grundlage für die Erzeugung einer Rechtsnorm werden kann.

Die vorliegend entwickelten Konkretisierungselemente haben die Aufgabe von Argumenten; sie mögen auch als solche bezeichnet werden, so lange dabei nicht fragwürdige Ausgangspunkte der Argumentationslehre hinein gemischt sind. Diese wurde nicht spezifisch juristisch entwickelt, sondern aus der Philosophie importiert; sie sieht in veralteter Statik das Recht als Erkenntnisgegenstand und nicht - wie hier - als Ergebnis der Arbeit im Entscheidungsvorgang. In ihrer altbackenen Form bleibt sie noch immer rechts- und sprachpositivistisch; in ihrer aufgeklärten Version bekämpft sie positivistische Konzepte, die von dem hier vorliegenden seit Jahrzehnten systematisch überholt sind, (wie z. B. Subsumtion und Syllogismus, Identifizierung von Normtext und Norm, Zielvorstellung der „einzig richtigen“ Entscheidung). Mit ihrer Addition von Argumentation und Semantik bleibt sie jedenfalls sprachpositivistisch (vorgebliche Anwendung objektiver semantischer Regeln).

JM I, Rn. 190, 211 f., 256

Regelplatonismus

Der von der Philosophie ausgehende Ansatz der Sprachkritik wird durch die neuere Entwicklung in der Sprachwissenschaft noch vertieft. Diese zieht die Folgerungen aus jener Traditionslinie einer Reflexion auf Sprache, die sich gegen die lange vorherrschende aristotelische Auffassung von Sprache als Nomenklatur wendet. Diese Unterströmung beginnt im deutschsprachigen Raum mit der Kritik Hamanns und Herders an den ‚Purismen‘ eines rationalistischen Systemdenkens von Sprache. Sie wird fortgesetzt in den Humboldtschen Ausarbeitungen eines Begriffs von Sprache als tätiger Welterschließung und hat in Wittgensteins kompromissloser Auffassung von „Sprache als Praxis“ ihren Höhepunkt. Vor dem Hintergrund dieser Tradition und unmittelbar an die angloamerikanische Philosophie der ‚normalen Sprache‘ anknüpfend, tritt in der Sprachwissenschaft mit der pragmatischen Wende dann auch die sprachsystembezogene und statische Sicht des linguistischen Strukturalismus zunehmend hinter eine sprecherbezogene und die Sprachdynamik berücksichtigende Perspektive zurück. Die in den neueren Sprachwissenschaftlichen Ansätzen vorausgesetzte Bedeutungstheorie wird sprachhandlungstheoretisch begründet. Darin liegt der Gegensatz zur traditionellen semantischen Theorie, welche die Bedeutung als feste Entität ansah. Bedeutungen waren danach durch willkürliche Festlegungen zu einem bestimmten Zeitpunkt mit einer bestimmten Lautstruktur ein für allemal verbunden worden, und man konnte über diese Bedeutungen in der gleichen Art und Weise sprechen, wie man über Gegenstände spricht. Demgegenüber führt die sprachhandlungstheoretische Position dazu, anknüpfend an Wittgenstein den Grund der Bedeutungen mit ihrer Theorie im praktischen Gebrauch zu suchen. Bedeutung ergibt sich danach aus Begründungen und Erklärungen für den Sprachgebrauch in einer bestimmten Situation. Texte erscheinen dann nicht länger als eine der Erkenntnis fest vorgegebene Größe, sondern sind als der Ausfüllung bedürftige Textformulare nur in und aus der Produktions- und Verstehenssituation analysierbar. Die Offenheit der Bedeutung für den konkreten Gebrauch macht es möglich, den Vorgang der Interpretation zwischen den Extremen von „subjektiver Willkür“ und „objektiver Erkenntnis“ sowohl nach der Seite ihrer Gebundenheit als auch nach der ihrer Freiheit zu begreifen.

Als Folge dieser Einsicht tritt der aktive, sprachgestaltende Aspekt des Sprechens deutlicher hervor, damit auch der normative Anteil an der Formulierung sprachlicher Regeln. Die Sprache ist, so gesehen, weder eine dem Sprecher vorgeordnete und von ihm unabhängige quasi-natürliche Größe noch ein dem Belieben des jeweiligen Sprechers und seiner Intentionen überantwortetes reines Kunstprodukt. Als „Phänomen der dritten Art“, ähnlich dem Marktphänomen der „invisible hand“, liegt die Sprache zwischen diesen Extremen und enthält in ihrer spezifischen Objektivität einen gestaltenden Aspekt, welcher den Gegenstand der Sprachkritik bildet.

JM I, Rn. 210 f.

Regelskeptizismus

Es ist kein Zufall, dass die Strukturierende Rechtslehre wie auch die vorliegende Methodik keine sachlichen Entsprechungen zu einer herkömmlichen logischen Semantik oder zu bloßer Wortsemantik aufweisen; dass sie dagegen vielfach Ansatzpunkte gewählt haben und, unabhängig von der Linguistik, zu Positionen gekommen sind, die von der linguistischen Pragmatik geteilt werden¹⁷. Nach dem hier entwickelten Konzept geht es in der tatsächlichen Rechtsarbeit nicht etwa vorrangig um Autorintention und autorbezogene Semantik („Wille des Gesetzgebers“); geht es um sehr viel Komplexeres als um lexikalisch fundierbare Wortsemantik; geht es keineswegs in erster Linie um „Verstehen“ und nicht einmal nur um „Interpretieren“. Sondern es geht zentral um eine institutionell getragene und gebundene sowie eine demokratisch und rechtsstaatlich verpflichtete, nicht selten sogar zusätzlich zu den ‚einschlägigen‘ Vorschriften noch weitergehend normierte Arbeit mit Texten. Buchstäblich alles („Bedeutung“, „Gesetzesinhalt“, „Einhaltung der Wortlautgrenze“, „legales Handeln bei der Rechtsanwendung“ und ähnliche traditionelle Aspekte) hängt davon ab, was der Benutzer (der entscheidende Jurist bzw. der Entscheidungen der Praxis vorbereitende oder kommentierende Rechtswissenschaftler) mit den fraglichen Zeichen (den von ihm in die Bearbeitung des Rechtsfalls eingeführten Normtexten) wie anstellt; und ob er dabei oder ob er dabei nicht den verallgemeinerungsfähigen Standards seiner demokratisch/rechtsstaatlich dominierten, auch von methodenrelevanten Vorschriften geprägten Argumentationskultur genügt. Hier geht es ersichtlich weder um Soziologismus noch um Normen-

oder Regelskeptizismus. Es ist nicht so, als gebe es keine Normen; es gibt Rechtsnormen - aber an anderen Orten als im Gesetzbuch, zu anderen Zeitpunkten als bei der Verkündung im Gesetzblatt, von anderen produziert als vom parlamentarischen „Legis“lator. Es ist auch nicht so, als stünden „Recht“ und „Wirklichkeit“ entweder unableitbar nebeneinander oder als könnten sie konturlos ineinander fließen. Fakten provozieren zwar Normen, beeinflussen sie, tragen sie mit; aber sie bleiben von dem, was wir „Normen“ nennen, unterschieden und unterscheidbar. Und es ist auch nicht so, als käme juristisches Entscheiden „freirechtlich“, freihändig oder sonstwie „frei“ zur Geltung. Die Entscheidungen, die den Juristen täglich abverlangt werden, kommen vielmehr angesichts des Legitimierungscodes „Demokratie/Rechtsstaat“ normativ keineswegs aus einem Nichts.

JM I, Rn. 554

Repräsentationsmodell

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

die Kommunikationsgeschichte, sondern auch das Ganze des betreffenden Sprachspiels in den Blick bringt.

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

JM I, Rn. 208

Richter, Bindung

Erst wenn man die Bestimmbarkeit des Normtextes im Gesamtrahmen der für die Konkretisierung wichtigen Umstände betrachtet, lässt sie sich als normative Anforderung präzisieren: Bestimmbarkeit heißt nicht, dass der Normtext die Entscheidung schon vorgibt. Denn Subjekt der Konkretisierung ist - beispielsweise - der Richter, und seine Entscheidung lässt sich nie vollkommen in Gründe auflösen. I Damit ist die positivistische Illusion von sprachlicher Bestimmtheit verlassen. Das heißt aber andererseits nicht, dass die Entscheidung als absolute Größe außerhalb der Welt des Rechts „dezisionistisch“ residiert. Sie wird vielmehr innerhalb des Rechts erschwert und beeinflusst (in Luhmanns Ausdrucksweise: „irritiert“) durch die Sprache des Gesetzes, durch die methodischen Anforderungen, das Verfahren und die Bindungen des Richters. Erst wenn man Determination durch („irritierende“) Beeinflussung der Entscheidung ersetzt, wird Bestimmbarkeit eine sinnvolle und damit einlösbare Größe. Anders gesagt: Der Rechtsstaat kann sinnvoll nichts Illusionäres fordern, also nicht die Bestimmtheit (Fixiertheit) von Rechtsbegriffen und ihren Bedeutungen. Dagegen verlangt er etwas Realisierbares: die Bestimmbarkeit des Verfahrens und der Ergebnisse von Rechtsarbeit, also ehrliche Methodik, nachvollziehbare und in diesem Sinn transparente Arbeitsvorgänge.

Von hier aus lassen sich dann auch die sprachlichen Anforderungen formulieren, die an einen Normtext zu stellen sind, wenn er diese Aufgabe erfüllen soll: Damit sich im Rahmen eines geordneten Verfahrens und einer bestimmten Argumentationskultur rechtliche Bindungen an einen Normtext entfalten können, bedarf es einer Ausdrucksweise von hinreichend scharfer Intensionstiefe. Dieser Begriff ist bezogen auf das Ziel der Beeinflussung des Entscheidungsvorgangs und macht eine große Menge nicht systematisierender juristischer Erfahrungen formulierbar. Es gehört zum Erfahrungswissen der Praxis, dass ein Normtext vom Sachverhalt her um so mehr der Möglichkeit einer Manipulation offen steht, je weniger Merkmale er aufweist. Im Extremfall wäre ein Normtext der Form „Jeder Gauner ist zu bestrafen“ der Bildung -beliebiger individuierender Handlungssätze weitestgehend ausgeliefert. Dagegen setzt ein ausdifferenzierter Normtext mit möglichst vielen Merkmalen der Bildung solcher Handlungssätze prinzipiell mehr Schwierigkeiten entgegen, die durch Universalisierung aus dem grammatisch allgemeinen Handlungssatz des Normtextes gewonnen werden und als korrekt abgeleitet gelten können. Daraus könnte man nun folgern, einer aufzählenden Kasuistik sei der Vorrang gegenüber einer abstrakt-generellen Formulierung einzuräumen. Doch eine solche Kasuistik hätte den unter Juristen bekannten Nachteil, dass man nicht nur in der Gefahr stünde, die Vielfalt des Regelungsgegenstandes zu verfehlen, sondern auch die Gesetzbücher zu nicht mehr handhabbarer Größe aufzublähen. Wenn man nun statt dessen einer abstrakt-generellen Formulierung den Vorzug einräumen will, muss man in Hinblick auf die dann größere sprachliche Offenheit anderweitige Vorkehrungen gegen die Missbrauchsgefahr treffen. Man muss also bei abstrakt-genereller Formulierung viel größere Sorgfalt auf die drei weiteren Bedingungen für das Funktionieren eines Rechtssatzes legen, nämlich auf die Garantien einer transparenten Argumentationskultur, eines rechtsstaatlichen Verfahrens und entsprechender Bindung des Richters. Um die Gefahren beider Strategien möglichst herabzusetzen, bietet sich eine kombinierte Anwendung der genannten gesetzgeberischen Regelungstechniken an. Eine offene Aufzählung von Beispielen kann ergänzt werden durch eine abstrakt-generelle Formulierung, so dass deren Offenheit durch den Vergleich mit den konkreten Beispielfällen eingeschränkt werden kann. Grammatische und systematische Auslegung bieten dann für die Konkretisierung oft schon ausreichende Anhaltspunkte. Allgemein formuliert: Je präzisere Kontexte ein Gesetzgeber für die anschließenden Interpretationen bereit stellt, um so größer ist das Ausmaß an Einfluss auf die Entscheidung.

JM I, Rn. 182 f.

Richterrecht, contra legem / praeter legem

Gegenüber diesem uferlosen Gebrauch sollte das Problem auf die Fälle eingegrenzt werden, in denen sich ein Richter oder eine Stelle der vollziehenden Gewalt „über das Gesetz hinwegsetzt“; sei es mangels einer Vorschrift (praeter legem), sei es gegen eine solche (contra legem). Normstrukturell sind diese echten Fälle von Richterrecht durch das Nichtvorhandensein eines Normtextes gekennzeichnet, daher auch durch das Fehlen eines korrekten Normprogramms; ferner durch das Vorherrschen rein tatsächlicher Sachargumente und durch deren Verbleiben in der nicht-normativen Gestalt des Sach- und Fallbereichs, ohne dass sie zu einem normativ relevanten Normbereich werden könnten.

Da unter „Normtext“ nur der von den legislativen Instanzen formulierte und in Geltung gesetzte amtliche Wortlaut von Rechtsvorschriften zu verstehen ist, bleibt zu präzisieren: Bei einem richterrechtlichen Entscheidungsakt setzt das Gericht nicht nur, wie stets, eine Rechts- und eine Entscheidungsnorm, sondern auch und bereits einen Quasi- (oder Pseudo-)Normtext.

JM I, Rn. 107

Richterrecht, rechtstheoretisch

Die Umschreibung eines Falles von Richterrecht hat eine rechtstheoretische, eine methodologische und eine normative Seite. Von der Rechts(norm)theorie her kommt die systematische Unterscheidung von Normtext, Rechtsnorm und Entscheidungsnorm. Methodologisch geht die Frage dahin, ob Richterrecht vorliegt; ob also die im Fall erstellte Rechtsnorm auf einen Normtext zurückgeht, der in der vorhandenen Normtextmenge des „geltenden Rechts“ enthalten ist, oder auf einen im Verlauf der Falllösung erst formulierten Quasi-Normtext. Normativ ist die Frage nach der (verfassungs-)rechtlichen Zulässigkeit solcher Tuns. Denn unter Aufgreifen eines nach Ansicht des Gerichts dringenden gesellschaftlichen Regelungsbedarfs, dem die Legislativorgane (noch) nicht genügt haben, hat hier eine im System der Gewaltenteilung nur zum Bilden von Rechts- und Entscheidungsnormen berechnete Instanz zusätzlich einen Quasi-Normtext gesetzt. Das aber widerspricht geltendem Verfassungsrecht. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“. Diese Vorschrift stellt damit lediglich das Gewohnheitsrecht neben das geschriebene Recht, enthält jedoch nicht die Möglichkeit der Umdeutung von Art. 20 Abs. 3 GG in eine Ermächtigungsnorm zur Setzung von Pseudo-Normtexten. Diese Auffassung wird bekräftigt durch die Spezialnorm des Art. 97 Abs. 1 GG, der davon spricht, die Richter seien „nur dem Gesetze unterworfen“, womit auf die der Textstruktur des Rechtsstaats eigentümliche Art eine verbindliche Ausrichtung an Normtexten verlangt wird.

Zentral in diesem Zusammenhang ist das Gewaltenteilungsprinzip. Im Bereich der Justiz würde sonst das außerhalb parlamentarischer Verfahren gesetzte Richterrecht ohne inhaltliche Vorsteuerung durch Normtexte zu einem Amtsrecht werden, das angesichts der schöpferischen Natur auch schon der normalen Konkretisierung den Parlamenten in dem betroffenen Bereich de lege lata überhaupt kein Funktionsreservat mehr beließe. Die traditionelle Doktrin zum (zivilrechtlichen) Richterrecht argumentiert so, als lautete Art. 92 GG: „Die rechtsprechende und - so weit sie es für erforderlich halten - die gesetzgebende Gewalt ist den Richtern anvertraut“. In der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes darf die Gerichtsbarkeit aber nicht zum Prätor, ihr Richterrecht nicht funktionell zum amtsrechtlichen Edikt werden, das die demokratisch entstandene und verantwortete Menge der Rechtssätze (die Normtexte) überspielt.

Hier kann nun auch die vom Demokratieprinzip herkommende Seite richterlicher Gesetzesbindung neu formuliert werden. Die ausführenden Gewalten Exekutive und Rechtsprechung sind nicht nur rechtsstaatlich konstituiert, eingerichtet und kontrolliert, sie sind auch demokratisch gebunden. Der einerseits legislatorische, andererseits judikative und bürokratische Anteil an der Erzeugung von Recht im allgemeinen kann mit den Begriffen von Volksrecht und Amtsrecht gebündelt werden. „Volksrecht“ soll demokratisch erzeugtes Recht heißen. Hierfür gibt es die Möglichkeit des Referendums, des Volksentscheids: je nach verfassungsrechtlicher Konstruktion kann es sich um Streitentscheidung, das heißt um Rechtsnorm- und Entscheidungsnormsetzung handeln, normalerweise aber um einen materiellen Beschluss ohne Orientierung an schon vorhandenen Normtexten. Wo diese Möglichkeit, wie unter dem Grundgesetz, weitestgehend ausgeschaltet ist, wo es auch keine Richter- und Beam-

tenwahl durch das Volk gibt und wo kein imperatives Mandat vorkommt, dort ist die einzige durch einen realen politischen Vorgang demokratisch verankerte Möglichkeit der Rechtsetzung eben das Bilden von Eingangsdaten für Rechtsentscheidungen, das parlamentarische Formulieren und Setzen von Normtexten.

Konkretes Recht des Einzelfalls in Form von Entscheidungsnormen wird normalerweise nicht direkt demokratisch erzeugt. Das Setzen von Entscheidungsnormen ist politisch geprägten demokratischen Verfahren in aller Regel entzogen. Die den Fall unmittelbar regelnden Akte sind dem Amtsrecht vorbehalten, nämlich den gerichtlich oder bürokratisch erzeugten 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.

JM I, Rn. 108 ff.

Richterrecht, Verfassungsrecht

Die Position, die dem verfassungsrechtlichen Richterrecht zugewiesen wird, schwankt zwischen der Annahme originärer rechtsschöpferischer Gewalt, die dem Verfassungsgeber nicht ein Monopol, sondern nur eine Prärogative der Normsetzung zuerkennen will, und seiner Reduktion auf formallogische Verfassungs„anwendung“ mittels syllogistischer Schlüsse. Ferner sind in einem ersten funktionellen Ansatz als Maßstäbe für verfassungsrechtliches Richterrecht unter dem Grundgesetz das Gebot der Legitimität, das der Objektivität, der Rationalität, der Stabilität, der Kontinuität und der Publizität genannt worden.

Im seit jeher bekannten Sinn, bei dem juristische Entscheidungstätigkeit nur unter dem Blickwinkel einer Rechts„anwendungs“lehre verstanden wird, erscheint richterliches Tun nur deshalb und insoweit als kreativ, als es sich nicht in Subsumtion erschöpft. So besteht Rechts„fort“bildung banal nur in all dem, was über den Normtext hinausführt; so wird als „Richterrecht“ unzutreffend jeglicher Überschuss zum Syllogismusmodell bezeichnet. Richterrecht stellt nach dieser Ansicht das Bilden all derjenigen Entscheidungsnormen dar, die nicht direkt „dem Gesetz“ entnommen werden; die, anders gesagt, nicht von dem unmittelbaren, uninterpretierten Normtext vorgegeben sind, sondern erst einer Konkretisierung bedürfen.

Gegenüber diesem uferlosen Gebrauch sollte das Problem auf die Fälle eingegrenzt werden, in denen sich ein Richter oder eine Stelle der vollziehenden Gewalt „über das Gesetz hinwegsetzt“; sei es mangels einer Vorschrift (*praeter legem*), sei es gegen eine solche (*contra legem*). Normstrukturell sind diese echten Fälle von Richterrecht durch das Nichtvorhandensein eines Normtextes gekennzeichnet, daher auch durch das Fehlen eines korrekten Normprogramms; ferner durch das Vorherrschen rein tatsächlicher Sachargumente und durch deren Verbleiben in der nicht-normativen Gestalt des Sach- und Fallbereichs, ohne dass sie zu einem normativ relevanten Normbereich werden könnten.

Da unter „Normtext“ nur der von den legislativen Instanzen formulierte und in Geltung gesetzte amtliche Wortlaut von Rechtsvorschriften zu verstehen ist, bleibt zu präzisieren: Bei einem richterrechtlichen Entscheidungsakt setzt das Gericht nicht nur, wie stets, eine Rechts- und eine Entscheidungsnorm, sondern auch und bereits einen Quasi- (oder Pseudo-)Normtext.

JM I, Rn. 105 ff.

Richtlinienkonforme Auslegung, Begriff

Die richtlinienkonforme Auslegung ist von der gemeinschaftsrechtskonformen noch unter zwei Aspekten zu unterscheiden. Sie ist in ihrem Anwendungsbereich enger und umfasst nur die Behandlung des nationalen Rechts im Hinblick auf jeweils eine spezielle nach Art. 249 Abs. 3 EG ergangene Richtlinie. Ferner handelt es sich hier um die Interpretation in Übereinstimmung mit Recht, welches noch in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die richtlinienkonforme Auslegung ist also nur ein besonderer Teilaspekt der gemeinschaftsrechtskonformen. Sie hat aber die größte Relevanz für die Praxis. Denn die Richtlinie ist das zentrale Instrument der Rechtsetzung durch Gemeinschaftsorgane. Ferner sind Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch die Wahl der Mittel den mitgliedstaatlichen Stellen. Die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zum Gemeinschaftsrecht und die zwischen den nationalen Rechtsordnungen lassen es einleuchtend erscheinen, dass Konflikte bezüglich der Umsetzung aufkommen. Um diese zu lösen, ist die konforme Auslegung nationalen Rechts im Anwendungsbereich der Richtlinie ein Mittel von kaum zu überschätzender Wichtigkeit.

JM II, S. 131 ff.

Richtlinienkonforme Auslegung, Grenze

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

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

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

Ein weiteres Problem liegt in der Frage, ob die richtlinienkonforme Interpretation eine Ergebniskontrolle der nationalen darstellt, oder ob sie in die nationalen Canones nur einfließt. So wirke etwa auf die grammatische Auslegung die richtlinienkonforme dadurch ein, dass sie einen gemeinschaftsbezoge-

nen Sprachgebrauch ins Spiel bringe. Die unklare Vorstellung eines 'Einfließens' ist allerdings zu vermeiden. Gerade wenn die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle für die nationale darstellen soll, kann sie in die nationalen Konkretisierungsvorgänge nicht schon 'einfließen'.

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

JM II, S. 134 ff.

Rechtsstaatsverständnis, legalistisches

Der Weg vom Obrigkeitsstaat zum Rechtsstaat führt von der Semantik zur Pragmatik. In der Vergangenheit wurde das Verständnis demokratischer Selbstcodierung legalistisch verkürzt: das Volk gibt sich im demokratischen Prozess Gesetze; wenn der Richter deren Inhalt ausspricht und anwendet, kommt der Volkswille zum einzelnen zurück. Man verlässt sich dabei allein auf das Gesetz als Text. Das prozessuale Verfahren und die dort vorgebrachten Argumente, der Richter und seine Ausbildung, die kritische Kommentierung der Praxis durch Wissenschaft und Öffentlichkeit und noch weitere Umstände spielen in diesem Modell keine prinzipielle Rolle. Es sei vielmehr der objektive Inhalt des Gesetzes, der sicherstellt, dass die Selbstcodierung des Volkes in der staatlichen Praxis einlösbar bleibt. Eine auf ihre Bedeutungsinhalte hin problemlos durchsichtige und beherrschbare Sprache ist in dieser Sicht Grundvoraussetzung von Demokratie und Rechtsstaat. Damit mündet eine legalistische Verkürzung der Demokratietheorie in eine idealistische Verkürzung der Sprachtheorie; und beide verbinden sich zur Ikone rechtsstaatlicher Demokratie, welche abgehoben und anschlusslos über der staatlichen Praxis schwebt.

Die zum Einlösen dieses Konzepts nötige Grundvoraussetzung ist nicht verfügbar. Sprache ist nicht hinreichend transparent, und die Bedeutung von Texten verschiebt sich bei jeder Übertragung auf neue Kontexte; und diese sind wegen ihrer Unabschließbarkeit nie ganz beherrschbar. Deswegen ist man angehalten, nach der Verabschiedung idealistischer Sprachtheorien das Projekt der rechtsstaatlichen Demokratie neu zu denken.

Die oft konstatierte Krise des Rechtsstaats liegt darin, dass man trotz der begrenzten Steuerungsfähigkeit des Gesetzes nicht einfach zur altliberalen Vorstellung einer Herrschaft des Gesetzes zurückkehren kann. Vielmehr müssen die auf der materiellen Stufe des Rechtsstaats entstandenen Aufgaben von wachsender Staatstätigkeit und erhöhter Steuerungsanforderung an die Gerichte bewältigt werden, ohne dabei hinter die technischen Standards des formalen Rechtsstaats zurückzufallen.

Die Lösung dieses Problems verlangt einen Neuansatz, für den verschiedene Bezeichnungen vorgeschlagen werden: prozedurales Recht, mediales Recht, reflexives Recht, usw. Die Rechtsprechung wird danach nicht mehr als Rechtsanwendung, sondern als Rechtsproduktion begriffen. Das Rechtssystem erscheint nicht mehr als Gesamtheit der Normen, sondern als Gesamtheit der Handlungen, die Normen erzeugen, und das heißt als Kommunikationssystem. Von dieser Voraussetzung aus kann man die Judikatur als Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit der Legislative und eben nicht mehr als bloße Rechtserkenntnis aus dem Gesetzestext begreifen. Dann stellt sich für den Rechtsstaatsgedanken ein neues Problem: das Normieren des Normierens. Das war aber gerade das Ausgangsproblem der Strukturierenden Rechtslehre seit Mitte der 60er Jahre. Der Rechtsstaat greift zu kurz, wenn er nur die "Anwendung" des Rechts fordert, denn dieses wird vom Richter und dem konkreten Verfahren mit geschaffen. Weder das Gesetzbuch noch die Methodik können das Recht vorgeben. Erst im Prozess gewinnt es seine normative Bestimmtheit. Deswegen muss dieser Vorgang der Rechtserzeugung von den verfassungsrechtlichen Vorgaben her überformt werden. Damit bleibt im Prozess die Widerständigkeit des materiellen Rechts als Argumentationsinstanz erhalten. Das Verfahren stellt unter Ausnutzung der Konfliktperspektive der Beteiligten im Prinzip sicher, dass die relativ bessere Lesart des Gesetzes sich durchsetzt. Weil die Einheit der Rechtsordnung als stabiles Sinnzentrum weder methodisch noch im Verfahren verfügbar ist, bleibt der zum konkreten Verfahren relative Stand der Argumente das Beste, was erreicht werden kann.

JM II, S. 370 ff.

Rechtsstaatsverständnis, sprachreflexives

Wenn man also die Steuerungskraft des Gesetzes und die Rolle der Gerichte in der heutigen Gesellschaft realistisch einschätzt, sollte man den Rechtsstaatsgedanken von der zu einfachen Vorstellung bloßer Rechtsanwendung ablösen, das legalistische Rechtsstaatsverständnis verabschieden und es als sprachreflexives Rechtsstaatsverständnis reformulieren. Eine vom Rechtsstaatsprinzip her geprägte Rechtserzeugungslehre wird besser den Ansprüchen gerecht, die im Rahmen einer Wissensgesellschaft an Gesetz und Gerichte gestellt werden, ohne durch vorschnelle Rematerialisierungen hinter den fraglos erhaltenswerten technischen Stand des überlieferten formalen Rechtsstaatsbegriffs zurückzufallen.

Führt nun aber der Abschied von den geschilderten kommunikationstheoretischen Vereinfachungen dazu, dass der Gesetzgeber beim Konkretisieren der von ihm gesetzten Normtexte ganz außerhalb der Betrachtung bleiben sollte? Bei realistischem Blick auf die sprachtheoretischen Bedingungen ergibt sich, dass zwar die überwiegende Aktivität der Sinnggebung auf der Seite des Rechtsarbeiters liegt; dieser muss aber das genetische Konkretisierungselement, soweit es für die Lösung seiner Probleme einschlägig ist, einbeziehen und bleibt insoweit an die politischen Ziele des Gesetzgebers gekoppelt.

Wenn man dagegen mit der Tradition den Gesetzgeber zum Subjekt des Sinnggebungsprozesses macht, schafft man, statt die Forderung nach demokratischer Genese der Rechtsentscheidung praktisch einzulösen, nur eine Fiktion. Erst wenn man die Möglichkeiten des Gesetzgebers, die Entscheidung eines konkreten Streitfalls zu beeinflussen, realistisch sieht, lässt sich genauer sagen, was demokratische Genese der Rechtsentscheidung heißen kann: „Das direkte Setzen von Entscheidungsnormen ist politisch geprägten demokratischen Verfahren in aller Regel entzogen. Es bleiben nur demokratische Entscheidungen im Bereich der öffentlichen Gewalt, die vielfach vermittelt sind, die in solcher Abschwächung das direkte Setzen von Rechts- und Entscheidungsnormen in künftigen Einzelfällen vorweg zu beeinflussen versuchen. Jene die Fälle unmittelbar regelnden Akte sind dem Amtsrecht vorbehalten (...). Die ehrliche Verpflichtung auf eine rationale Arbeitsmethode der Juristen, die sich rechtsstaatlicher Nachprüfbarkeit bewusst unterwirft und dadurch ihre Verfassungsbindung zu verwirklichen bestrebt ist, kann dazu führen, dass die in Normtexten formulierten Ergebnisse demokratischer Politik dann auch tatsächlich den Rechtszustand in der Gesellschaft prägen. Das Amtsrecht darf das Volksrecht nicht überspielen, sich nicht von ihm abkoppeln, es nicht auszutricksen versuchen“. Eine demokratische Genese der Entscheidung wird also dadurch gewahrt, dass die Gerichte ihre selbstgesetzten Rechts- und Entscheidungsnormen im Rahmen der Standards einer rechtsstaatlichen Argumentationskultur den vom Gesetzgeber hervorgebrachten Normtexten vertretbar zurechnen können. Verletzt wird das Prinzip dieser demokratischen Genese dagegen durch ein gerichtliches Vorgehen, das wie in den spektakulären Fällen des echten „Richterrechts“ die Entscheidung der Streitfälle allein selbstformulierten Normtexten zurechnet (5) und damit die demokratisch entstandenen anderen Normtexte, typischerweise (auch) die des Verfahrensrechts, überspielt.

Geltung eines Gesetzes heißt also unter der Bedingung eines demokratischen Rechtsstaats, dass in der Begründung der Entscheidung ein Legitimationstransfer vom Normtext auf die Entscheidungsnorm rechtsmethodisch plausibel vollzogen wird.

JM II, S. 373 f.

Rechtsstaatsprinzip

Im Hinblick auf die richterliche Gewalt enthält das Rechtsstaatsprinzip die Notwendigkeit von Kontrolle. Es fordert, dass beim Ausüben staatlicher Gewalt bestimmte Legitimitätsmaßstäbe eingelöst werden: „Seine Legitimität findet der bürgerliche Rechtsstaat gerade darin, möglichst weitgehend mit formalisierter, kontrollierbarer, sprachlich vermittelter, konstitutioneller Gewalt auszukommen und möglichst wenig die deswegen entlegitimierte 'bloße', d. h. die aktuelle Gewalt einsetzen zu müssen.“ (Müller, F., *Recht – Sprache – Gewalt*, 1975) Die Legitimierungsweise des Rechtsstaats ist dabei als

eine doppelte gedacht: einmal als Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit im Sinn der Betriebsrationalität. Dann aber auch als inhaltliche Legitimität, wonach die individuellen Interessen der bürgerlichen Gesellschaft von staatlichen Eingriffen abgeschirmt werden und in den grundrechtlich garantierten Aktionsformen ihre Eigengesetzlichkeit als Pluralismus verschiedener Lebensformen entfalten können. Auf der Ebene praktischer Rechtsarbeit entfaltet sich der Anspruch des Rechtsstaatsprinzips als Forderung nach Rationalität und Kontrolle an Stelle sprachloser Gewalt. Ein Urteil als bloß rechtspolitische 'Dezision vom Ergebnis her' wäre in diesem Sinn als bloße Gewalt anzusehen, als Herrschaft von Menschen über Menschen; statt als Herrschaft, die durch Recht und durch Prozesse sprachlicher Vermittlung mediatisiert ist. Ein Richter als apokrypher Gesetzgeber, der seine Entscheidung an die von der Legislative formulierten Normtexte nicht in methodisch nachvollziehbarer und verallgemeinerungsfähiger Weise rückbindet, zerstört neben der stabilisierenden Funktion der Rechtsordnung auch die rechtsstaatliche Legitimität. Der Richter soll statt dessen „rechtmäßig“ entscheiden, nicht durch Dezision kraft selbst gesetzter Gewalt, sondern nur kraft abgeleiteter Gewalt. Der vom Gericht erarbeitete und die Entscheidung tragende Leitsatz muss daher in methodisch nachvollziehbarer Verbindung zu dem vom Gesetzgeber erlassenen Normtext stehen. Nur dann hat das Gericht die in der Entscheidung steckende Gewalt nicht geschaffen, sondern sie funktionell vermittelt. Nur dann handelt es sich um konstitutionelle Gewalt, die allein rechtsstaatlich legitim ist. Unter dem Rechtsstaatsprinzip gilt somit, dass der Richter auf eine normtextorientierte Entscheidung verpflichtet wird, welche den tragenden Leitsatz mittels kontrollierbarer und nachvollziehbarer methodischer Maßstäbe am Normtext legitimieren kann.

JM II, S. 356 f

Rechtsstaatsprinzip als kommunikative Ethik

Der verfassungstheoretische Neuansatz der Strukturierenden Rechtslehre lässt sich damit als (sprach)reflexiver Rechtsstaatsbegriff kennzeichnen. Der Richter muss, sprachlich gesehen, einen Bedeutungskonflikt entscheiden, indem er eine Sprachnorm aufstellt. Fraglich ist, ob er bei dieser Sprachnormierung selbst unter normativen Anforderungen steht. Der Bedeutungskonflikt führt also zu einem Paradox: "Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müsste nur noch 'erkannt' werden." (Luhmann, N., Das Recht der Gesellschaft, 1993) Was kann also an einer Entscheidung über einander ausschließende Lesarten normiert werden? Beide sind verständlich und gehören damit zur Sprache. Zu entscheiden ist, welche von beiden die bessere sei. Es geht nicht um das Auffinden einer allgemeinen Sprachregel, sondern um eine konkrete Sprachnormierung: Welche von beiden – je in sich verständlichen – Lesarten des Gesetzes ist vorzuziehen?

Hier liegt nun der Ansatzpunkt der verfahrensbezogenen Normen aus dem Umkreis des Rechtsstaatsprinzips. Die aus diesem und aus anderen methodenbezogenen Vorschriften abgeleiteten Forderungen nach Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit juristischen Handelns beziehen sich auf den Prozess der Sprachnormierung. Deren Notwendigkeit, die sich aus dem Konflikt der Lesarten ergibt, macht zugleich auch Sprachkritik als eine metakommunikative Auseinandersetzung über die Sprachnorm möglich. Wenn Kommunikation kein durch vorgegebene Regeln automatisierter Vorgang ist, sondern Raum für sinnkonstitutive Akte bietet, dann enthält sie auch die Möglichkeit einer kommunikativen Ethik, die diese gestalterischen Eingriffe kritisierbar macht. Die linguistische Diskussion kann die strukturelle Möglichkeit von Bindungen beim Vorgang der Regelerzeugung dartun, indem sie auf die Sprachreflexion in ihrer Rolle für die Entwicklung einer kommunikativen Ethik hinweist. Der Rechtsstaat mit seinen Anforderungen an das Begründen juristischer Entscheidung kann insoweit als ein Institution gewordenen Sonderfall kommunikativer Ethik angesehen werden. Er kodifiziert eine bestimmte Kultur des Streitens, die als Auseinandersetzung über sprachliche Normierung auch im alltäglichen Handeln vorkommt, die aber im juristischen Bereich durch Rechtsprechung und Lehre spezifisch ausgeprägt wird. Zur Konkretisierung seiner Maßstäblichkeit muss der Ist-Zustand der praktischen Rechtsarbeit an deren Soll-Vorgaben gemessen und dort, wo erforderlich, zu begrifflich verallgemeinerungsfähigen Strukturen fortentwickelt werden.

JM II, S. 372 f.

Rechtsvergleichende Auslegung

Die rechtsvergleichende Auslegung ist eine der neuen Methoden des EuGH. Dabei ist sie in den Mitgliedstaaten nicht etwa unbekannt. Sie wird von der Wissenschaft als wichtiges Instrument juristischer Textarbeit eingefordert. Die häufige Anwendung scheitert nur daran, dass Komparatistik in der Alltagspraxis der Gerichte zu aufwändig ist. Wenn diese Art der Argumentation von einem nationalen Gericht vorgenommen wird, ist es klar, dass Lösungen anderer Rechtskreise nicht "eins zu eins" übernommen werden können, sondern einer Bewertung an Hand der verfassungsrechtlichen Vorgaben und auch der Systematik der einfachgesetzlichen Rechtslage bedürfen. Nationale Richter bleiben an ihre eigenen Gesetze gebunden und können im Spielraum des methodisch und verfassungsrechtlich Möglichen höchstens einzelne Lesarten variieren.

Die Lage beim EuGH ist vergleichbar, und doch wieder anders. Vergleichbar ist zunächst, dass auch der EuGH die nationalen Lösungen nicht einfach übernehmen kann. Auch er braucht eine Bewertung, und zwar vom Gemeinschaftsrecht her. Deswegen handelt es sich auch beim EuGH um eine wertende Rechtsvergleichung. Die Wertung ergibt sich dabei aus der Perspektive auf eine immer enger werdende Gemeinschaft hin. Der Unterschied zur Situation nationaler Gerichte liegt aber darin, dass dem EuGH eine gesetzgeberähnliche Rolle zukommt. Art. 6 Abs. 2 EU und Art. 288 Abs. 2 EG ordnen nicht nur an, bei der Auslegung von Grundrechten die Traditionen der Mitgliedstaaten rechtsvergleichend zu berücksichtigen. Diese Vorschriften gehen weit darüber hinaus. Sie gebieten dem EuGH, die Gemeinschaftsgrundrechte und die Grundsätze des Staatshaftungsrechts unter Bezug auf die Traditionen der Mitgliedstaaten überhaupt erst zu schaffen. Die überkommenen Regeln funktioneller Gewaltenteilung werden hiermit durchbrochen. Das Gericht stellt insoweit unter Bindung an die vom Gesetzgeber geschaffene Normtexte nicht nur Rechtsnormen her, sondern es setzt selber normtextähnliche Rechtsquellen und nähert sich so einem Gesetzgeber erster Stufe an.

JM II, S. 306

Rechtsvergleichende Auslegung, Begriff

Die rechtsvergleichende Auslegung spielt in der Methodenkultur der Mitgliedstaaten keine erhebliche Rolle. Für die Praxis der Gerichte ist sie zu zeitraubend und voraussetzungsvoll. Wenn sie überhaupt anerkannt wird, ist sie meistens wissenschaftlichen Monographien vorbehalten. Dabei kann sie wichtige Perspektiven liefern. Der Vergleich mit anderen Rechtskulturen macht Stärken und Schwächen der eigenen Lösung sichtbar. Damit werden Spielräume für Alternativen deutlich, und die Lesart der nationalen Texte kann sich innerhalb der sonst anerkannten methodischen Grenzen verschieben. Die Art. 6 Abs. 2 und 288 EG machen diese Methode nun aber für die Gerichte der Gemeinschaft verpflichtend. Damit wird es möglich, das Potenzial und die Risiken dieser Figur besser einzuschätzen.

JM II, S. 104

Rechtsvergleichung, Vorgehensweise EuGH

Grundsätzlich bedeutet Rechtsvergleichung das Miteinandervergleichen von verschiedenen nationalen Rechtsordnungen. Dafür steht dem EuGH eine eigens geschaffene Abteilung „Forschung und Dokumentation“ zur Verfügung, in der Juristen aus allen EU-Ländern vertreten sind. Auf Vorschlag des Berichterstatters, des Generalanwalts oder eines anderen Mitglieds des Gerichtshofs kann in jeder Rechtssache eine „note de recherche“ angefordert werden, in der auf der Grundlage einer genau vorgegebenen Fragestellung die Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten und in ausgewählten Drittländern (häufig dem Recht der Vereinigten Staaten) berichtet wird. Die rechtsvergleichenden Ergebnisse werden der Studie vorangestellt. Deren Bewertung wird dann allein vom Gerichtshof vorgenommen. Auch die Zusammensetzung der Spruchkörper des EuGH mit Vertretern möglichst unterschiedlicher Rechtstraditionen ermöglicht im übrigen eine ständige Rechtsvergleichung, indem die einzelnen Richter ihre vom nationalen Rechtsdenken geprägten Ansichten in die Beratungen einbringen.

Bei der oben dargestellten Diskussion des vom EuGH im Weg der rechtsvergleichenden Auslegung entwickelten Staatshaftungsrechts war zu erkennen, dass er bei der Ausgestaltung der Haftungskrite-

rien einen erheblichen Spielraum hat und dass seine Kompetenz in diesem Bereich „rechtsschöpferische Züge“ trägt. Die Aufgabe des EuGH, die ihm von Art. 288 Abs. 2 EG übertragen wird, ähnelt der des IGH in Den Haag, gemäß Art. 38 Absatz 1 c seiner Satzung nach den “general principles of law recognized by civilized nations“ zu entscheiden. Die Methode dient sowohl der Gewinnung ungeschriebenen als auch der Konkretisierung geschriebenen Gemeinschaftsrechts.

Dabei erteilt Art. 288 Abs. 2 EG dem Gerichtshof eine streng bindende Anweisung für den seltenen Fall, dass zwischen sämtlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einmal Übereinstimmung besteht. Wo solche übereinstimmenden Regeln nicht existieren, dürfen und müssen vom Gerichtshof neue geschaffen werden.

JM II, S. 313 f.

Rechtsvergleichende Auslegung und funktionelle Gewaltenteilung

Der Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung wirft hier noch besondere Probleme auf. Er verlangt von den Gerichten, sich auf eine Rolle als Gesetzgeber zweiter Stufe zu beschränken. Normtexte zu setzen bleibt Vorrecht der demokratisch legitimierten Legislativorgane. Die Richter haben dagegen die Aufgabe, die Bedeutung dieser Normtexte für einen Einzelfall zu entwickeln. Im Bereich des Art. 288 Abs. 2 EG schafft der EuGH allerdings Formulierungen, die als Normtexte fungieren. Es ist aber hervorzuheben, dass das Gericht die Normsetzungsprärogative der Gemeinschaftsorgane immer wieder anerkennt und sich nur im Bereich des Art. 288 Abs. 2 EG für berechtigt hält, Grundsätze auf dem Weg über wertende Rechtsvergleichung zu formulieren. Tatsächlich ist dieses Vorgehen gerechtfertigt: „Art. 288 Abs. 2 EG liefert ein eindeutiges Beispiel für eine verbindliche Methodenanweisung. Die Behauptung, Ermittlung, Vergleich und Synthese der mitgliedstaatlichen Rechtsinhalte werde darin dem Gerichtshof von den Vertragsparteien bloß 'empfohlen', ist unhaltbar. Mehr noch als am imperativen Wortlaut der Vorschrift stößt sie sich an der Überlegung, dass die Aufgabe, den umfassenden Bereich des Amtshaftungsrechts mit Normen auszufüllen, nach dem Prinzip der Gewaltenteilung eher dem Gesetzgeber zukommt als dem Richter. Verzichtet der Gesetzgeber zwar auf eine einzelne Regelung, äußert sich dafür aber 'ersatzweise' und ausdrücklich zum Weg der Rechtsfindung, so kann kein Zweifel an der Verbindlichkeit dieses methodischen Hinweises bestehen. Wer aus Art. 288 Abs.2 EG klagt, muss sich darauf verlassen können, dass ein dem Amtshaftungsrecht aller (!) Mitgliedstaaten gemeinsamer – und somit auch dem Kläger vertrauter – Grundsatz vom Gerichtshof nicht beliebig beiseite geschoben wird.“

Weil also die Konkretisierung des Art. 288 Abs. 2 EG zu dem Ergebnis führt, eine Durchbrechung der funktionellen Gewaltenteilung werde gerade in diesem Bereich von den Normen des Primärrechts gefordert, ist der EuGH zu diesem Vorgehen auch primärrechtlich ermächtigt. Ferner sprechen noch rechtspolitische Erwägungen für die Position des Gerichts. Denn die Francovich-Judikatur ist unter dem Gesichtspunkt des Europas der Bürger positiv zu bewerten. Es handelt sich um ein zusätzliches Instrument dafür, dass das Gemeinschaftsrecht beim Bürger „ankommt“. Diese Praxis bildet zusammen mit der gemeinschaftskonformen Auslegung des nationalen Rechts einen Ersatz für die fehlende horizontale Direktwirkung von Richtlinien als zusätzliche Sanktion für ein Fehlverhalten des Mitgliedstaats. Ein solches Fehlverhalten stellt nicht nur ein Versäumnis gegenüber der Gemeinschaft(srechtsordnung) dar, sondern auch gegenüber den eigenen Staatsangehörigen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen für den Eintritt der Schadensersatzpflicht nicht eben weit gefasst sind.

Insgesamt kann man die Arbeitsweise des EuGH bei der rechtsvergleichenden Auslegung im Bereich des Staatshaftungsrechts akzeptieren, weil sich für die Durchbrechung der funktionellen Gewaltenteilung im Primärrecht eine spezielle Ermächtigung findet und weil sich das Gericht bisher an die durch den partikularen Charakter dieser Ermächtigung definierten Grenzen gehalten hat.

JM II, S. 321 f.

Rechtsvergleichende Auslegung, wertende Perspektive

Die Zulässigkeit der rechtsvergleichenden Auslegungsmethode ist im Gemeinschaftsrecht selbst angelegt. Nach Art. 288 Abs. 2 EG und dem gleichlautenden Art. 188 Abs. 2 des EAG-Vertrags muss die Gemeinschaft im Bereich der außervertraglichen Haftung, d.h. der Amtshaftung, den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“, ersetzen. Die beiden Normtexte verweisen den Gerichtshof somit ausdrücklich auf das Amtshaftungsrecht der Mitgliedstaaten, also auf die Lösungen, welche die nationalen Rechtssysteme für die Problematik bereitstellen.

Allerdings bezieht sich dieser Verweis ganz allgemein auf die gemeinsamen Rechtsgrundsätze, nicht allein auf jene Vorschriften, die in den Mitgliedstaaten die Staatshaftung regeln. Der Wortlaut des Art. 288 Abs. 2 EG („gemeinsam“) scheint Indiz dafür zu sein, dass der EuGH nur solche „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ in das Gemeinschaftsrecht übernehmen darf, die sich in allen Mitgliedstaaten nachweisen lassen. Diese Begrenzung birgt jedoch die Gefahr, in einer Art „Bilanzierungsverfahren“ unter Abstrich aller nicht übereinstimmenden Elemente die für die Gemeinschaftshaftung relevant bleibenden Rechtssätze auf einen kleinen Rest an Gemeinsamkeiten zu beschränken. Ein solches Vorgehen würde dazu führen, die Haftung der Gemeinschaft auf dem niedrigsten gemeinsamen Nenner zu bestimmen und die für den Geschädigten nach Rechtsgrundlage und Umfang des Ersatzanspruchs am wenigsten günstige Regelung anzuwenden. Darüber hinaus sind übereinstimmende Prinzipien des Amtshaftungs- und des allgemeinen Schadensersatzrechts, die mit dem Begriff „allgemeine Rechtsgrundsätze“ gemeint sind, kaum gleichzeitig in allen Mitgliedstaaten anzutreffen. Zudem kann sich der Beurteilungsgegenstand ändern, weil neue Mitgliedstaaten in den Kreis der Rechtsvergleichung aufzunehmen sind. Vor allem nach der geplanten Erweiterung der EG würde Art. 288 Abs. 2 EG bei einem derartigen Verständnis (Feststellung des kleinsten gemeinsamen Nenners) praktisch nie zu einer Haftung der Gemeinschaft führen. Dabei wird Art. 288 Abs. 2 EG auch nicht durch den Vertrag von Nizza geändert, der gerade die Probleme der Osterweiterung regeln soll. Folglich sind auch die neuen Mitglieder in die Rechtsvergleichung aufzunehmen, ohne dass es einer Neuermittlung bedarf. Auch muss der Gerichtshof nicht das arithmetische Mittel der nationalen Lösungen oder diejenige zugrundelegen, die von einer Mehrheit der Mitgliedstaaten getragen wird. Es herrscht Einigkeit, dass vielmehr nicht ein rezeptives, sondern ein „wertendes Vorgehen, bei dem insbesondere die speziellen Vertragsziele und die Besonderheiten der Gemeinschaftsstruktur berücksichtigt werden müssen“, erforderlich ist. (Der EuGH hat daher zu werten und nach der für das konkrete Problem besten Lösung zu suchen. Fraglich ist aber, ob man dabei auf eine Rechtsordnung abstellen kann, die sich als die „überlegenste“ erweist. Es lässt sich jedenfalls nicht einfach diejenige heranziehen, welche den Kläger am günstigsten stellt. Kein einzelnes nationales Staatshaftungsrecht kann einem anderen gegenüber so stark bevorzugt werden; es sei denn, es ist gemeinschaftsfreundlicher, das heißt es gewährleistet hinsichtlich der Verwirklichung der Gemeinschaftsziele ein Optimum. Die Vertragsbindung des Gerichtshofs verlangt, eine rechtsvergleichend abstrakt als beste anerkannte Lösung dann nicht als Gemeinschaftsrechtssatz zu übernehmen, wenn sie der im Vertrag normierten Zielverwirklichung weniger entspricht als eine andere, wenn auch nicht so fortschrittliche Lösung. Im Rahmen der vom EuGH bei der Rechtsvergleichung getroffenen Wertung ist vor allem ein Abwägen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Verwirklichung der Gemeinschaftsziele und den privaten Belangen der klagenden Gemeinschaftsbürger erforderlich. Hat die Gemeinschaft jedoch durch ihr Organ rechtswidrig gehandelt, kann kein Interesse an der praktischen Wirksamkeit und am Fehlen einer Kompensation derartiger Rechtsverstöße bestehen: Gemeinschaftsinteresse heißt nach Art. 220 EG auch Wahrung des Rechts.

JM II, S. 315 ff.

Rechtswissenschaft, Rechtserzeugungsreflexion

Der Ausdruck „Konkretisierung“ hat seine Begriffskarriere vor einem Hintergrund gemacht, der nach wie vor in positivistischer Manier die Rechtsnorm nicht vom Normtext unterscheidet. In der strukturierenden Rechtslehre ist dagegen das Konzept von Konkretisierung nicht ein modernisiertes oder ange-

reichertes herkömmliches Schema von Rechtsfindung, sondern ein Modell, das auf einer neuartigen Gesamtvorstellung aufbaut.

Rechtswissenschaft in diesem Sinn ist Rechtserzeugungsreflexion, nicht Rechtfertigungskunde im Sinn des Legitimierens von Text„auslegung. „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

Juristische Methodik ist, realistisch gesehen, Rechtserzeugungsreflexion, nicht Rechtfertigungskunde im Sinn des Legitimierens von Text„auslegung“. „Konkretisieren der Rechtsnorm“ heißt nicht, die Norm sei schon vor der Konfrontation mit dem Fall, vor dem von diesem veranlassten Vorgang der Falllösung, gegeben. Das meinen der Positivismus, der Neopositivismus und verschiedene Antipositivismen. Nach der aus diesen Strömungen zusammengesetzten noch herrschenden Meinung muss die als solche bereits vorhandene Rechtsnorm nur noch auf den Fall hin konkreter, das heißt enger und genauer gemacht, muss sie vom Allgemeinen auf das Besondere, vom Abstrakten auf das Konkrete, 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, demzufolge die Rechtsnorm als hypothetischer Imperativ, als syllogistisch traktierbarer Obersatz nicht einmal konsumtives Handeln voraussetzte; vielmehr wurde sie als logische Falle angesehen, die zuschnappte, sobald ein (als Untersatz) „passender“ Rechtsfall des Weges kam. Die fragwürdige Annahme, die Rechtsnorm als vor dem Rechtsfall existent anzusehen, die Illusion einer *lex ante casum*, ist dagegen positivistischen und antipositivistischen Ansätzen bis heute gemeinsam.

Es erscheint einleuchtender, erst die *lex in casu* „Rechtsnorm“ zu nennen: hinreichend konkret, um den Ausgang des Verfahrens normativ zu steuern. Recht ist alles, was der (entschiedene) Fall ist. Auf der allgegenwärtigen, aber selten reflektierten Erfahrung, die Rechtsnorm werde erst im Fall hergestellt, beruhen auch die rechtsstaatlichen Begründungspflichten. Andernfalls bedürfte es keiner konkreten (richterlichen und exekutivischen) „Gründe“ für die konkrete Entscheidung; die Amtliche Begründung und die Angaben der beschließenden parlamentarischen Mehrheit im Verfahren der Normtextsetzung würden ausreichen.

„Die Wahrheit ist konkret“ - jedenfalls die des Rechts: einzelne Streitfälle normativ, von Rechts wegen zu entscheiden, die sich auf anderen Wegen privaten oder gesellschaftlichen Sich-Vertragens als nicht lösbar herausstellen. Der Konflikt ist „konkret“ im Sinn von einzeln, und dem Recht wird abverlangt, in ihm - in *casu* - normativ zu werden.

JM I, Rn. 274, 471

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004