

# Frank Laudenklos

## Rechtsarbeit ist Textarbeit

Einige Bemerkungen zur Arbeitsweise der  
»Strukturierenden Rechtslehre«

Anlässlich der Neuauflage von Friedrich Müllers »Strukturierender Rechtslehre« und »Juristischen Methodik« unternimmt der Autor den Versuch, das Konzept der »Strukturierenden Rechtslehre« darzustellen. Er skizziert dabei die rechtstheoretischen Voraussetzungen, die Bedeutung für die praktische Rechtsarbeit und die kritische Rezeption des Konzepts.

Die Red.

Wie weit sich akademische Methodenlehre und die Praxis juristischen Entscheidens auseinanderentwickelt haben, hat Josef Esser 1970 unter dem Eindruck eines Seminars über »Juristische Methode der Praxis« ohne Rücksicht auf Irritationen formuliert: »Insgesamt ergab sich, daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet.«<sup>1</sup> Das mag einerseits an der Praxis selbst, d. h. an der geringen Permeabilität richterlicher Arbeitsweise, liegen.<sup>2</sup> Die Praxis gehe nicht von doktrinären Schulmethoden aus, sondern treffe eine rein pragmatische Auswahl von Argumentations- und Interpretationsmitteln.<sup>3</sup> Andererseits bleiben die bekannten sibyllinischen Formeln vom Hin- und Herwandern des Blicks, von hermeneutischem Verstehenshorizont, dialektischer Aufeinanderbezogenheit von Norm und Fall usw. zu allgemein und sind zu wenig auf die spezifische Situation juristischer Entscheidung bezogen, um dem Richter eine Hilfe für die Fallentscheidung zunächst überhaupt anbieten zu können. Diese Konzepte sind stark auf das »Verstehen« des Gesetzestextes ausgerichtet. Ganz unverkennbar sei jedoch, so Esser, daß gerade das Problem des »Verstehens« des Gesetzestextes nicht im Vordergrund der Realität richterlicher Rechtsfindungsarbeit steht.<sup>4</sup> Die Differenz zwischen Entscheidungstheorie und -praxis würde unter diesen Voraussetzungen in ein anderes Licht rücken: Sie wäre vor allem die Folge eines gegenüber den tatsächlichen Vorgängen richterlicher Rechtsarbeit stumm bleibenden methodologischen Konzepts, das der Rechtspraxis keine Hilfe bieten kann, weil es die tatsächlichen Vorgänge nur unzureichend erfaßt. Bedingung der Möglichkeit eines Zusammenführens von Entscheidungstheorie und -praxis ist aus dieser Perspektive, zunächst einmal ganz »undoktrinär« induktiv die tatsächlichen Vorgänge zur Kenntnis zu

<sup>1</sup> Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970, S. 7.

<sup>2</sup> Vgl. Jörg Berkemann, Probleme der Regelbildung in der richterlichen Rechtspraxis, in: M. Herbert, U. Neumann/H. Rußmann (Hg.), Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken (ARSP Beihft NF Nr. 45), Stuttgart 1992, S. 7–22, hier: S. 8.

<sup>3</sup> Josef Esser (Fn. 1), S. 7.

<sup>4</sup> Ebda, S. 8.

nehmen und sich auf sie einzulassen, um auf dieser Grundlage eine Theorie praktischer Rechtsarbeit – mithin eine »Theorie der Praxis« – zu entwickeln.

Die entscheidungstheoretischen und rechtspraktischen Problembereiche, denen sich eine so fundierte Theorie der Praxis stellen muß, sind genau zu bezeichnen. Vor allem das durch die nationalsozialistische Rechtsanwendung und die rechtstheoretischen Figuren eines Denkens in konkreten Ordnungen sowie des konkret allgemeinen Begriffs mit aller Schärfe zum Ausdruck gekommene Problem des *Verhältnisses von Norm und Faktum*, also die Frage nach der Struktur von Rechtsnorm und Normativität, ist hier zu nennen. Daran schließt die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der *Gesetzesbindung* unmittelbar an: Woran ist der Richter gebunden und wie wird diese Bindung überhaupt realisiert? Die Ergebnisse einer Bearbeitung dieser Problembereiche können schließlich nur dann praktische Relevanz erlangen, wenn es gelingt, sie in ein Konzept von *juristischer Methodik* zu überführen, das praktisch verwertbare Lösungsvorschläge für die zur Entscheidung aufgerufenen Funktionsträger anbieten kann.

Zu diesen Fragen ist im Rahmen der Strukturierenden Rechtslehre seit mehr als dreißig Jahren gearbeitet worden. Bereits 1966 hat Friedrich Müller seine normtheoretische Untersuchung »Normstruktur und Normativität« vorgelegt. Das normstrukturierende Konzept ist seitdem durch eine »Juristische Methodik« und viele weitere Untersuchungen systematisch ausgebaut, ergänzt sowie in weiten Bereichen der Rechtsordnung des Grundgesetzes erprobt worden. Die hierbei erzielten Ergebnisse und Präzisierungen wurden 1984 erstmals unter dem Titel »Strukturierende Rechtslehre« zusammengefaßt. Mittlerweile benennt der Name »Strukturierende Rechtslehre« nicht nur dieses Buch, sondern ein Gesamtkonzept, das spezielle Ausarbeitungen auf den Gebieten der Dogmatik des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, der juristischen Methodik sowie der Rechts- und Verfassungstheorie umfaßt.

Rezipiert wird das strukturierende Konzept wenigstens in Deutschland bisher nur am Rande. Aussagen wie die, daß es »derzeit keine ausgebaute Methode [gibt], deren Inhalt spezifisch auf die richterliche Regelbildung gerichtet ist«<sup>5</sup>, muten seltsam an, denn genau damit beschäftigt sich die Strukturierende Rechtslehre von jeher, und die in diesem Rahmen entwickelte Methodik, deren Gegenstand gerade die richterliche »Regelbildung« ist, liegt seit 1971 vor. Die Neuauflagen der »Strukturierenden Rechtslehre« und der »Juristischen Methodik« werden deshalb hier zum Anlaß genommen<sup>6</sup>, das strukturierende Konzept darzustellen. Zunächst werden die rechts-theoretischen Voraussetzungen, insbesondere der Begriff der Rechtsnorm, wie er in der »Strukturierenden Rechtslehre« entwickelt ist, vorgestellt (1.). Hierbei wird auch auf die in diesem Zusammenhang entwickelte Terminologie einzugehen sein. Sodann soll anhand der »Juristischen Methodik« die Bedeutung der rechtsnormtheoretischen Ergebnisse für den Prozeß der praktischen Rechtsarbeit untersucht werden (2.). Dabei wird hauptsächlich zu berücksichtigen sein, ob die Umsetzung der Rechtsnormtheorie in eine für den Rechtsanwender handhabbare Methodik gelungen ist – ob sie also dem zur Entscheidung berufenen Juristen für die problematischen Fälle eine brauchbare Hilfe sein kann. Abschließend folgt ein Blick auf einige Aspekte der kritischen Rezeption des normstrukturierenden Konzepts (3.).

<sup>5</sup> Jörg Berkemann (Fn. 2), S. 8; diese Aussage wird pauschal übernommen von Klaus Fußer, Martin Hensche, »Keine schlafenden Hunde wecken!«: Praktikabilitätsüberlegungen bei der richterlichen Regelbildung, *KritV* 1996, S. 55–76, hier: S. 64.

<sup>6</sup> Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Auflage, Berlin 1994; ders., *Juristische Methodik*, 6. Auflage, Berlin 1996.

## 1. Normstruktur und Normativität

Was passiert tatsächlich in einer »funktionierenden« Rechtsordnung?<sup>7</sup> Was macht der zur Entscheidung berufene Richter oder Verwaltungsbeamte, kurz: der Rechtsarbeiter<sup>8</sup>, wenn er einen geltenden Rechtstext auf einen Fall »anwendet«? Für den Gesetzespositivismus und seine verschiedenen Spielarten<sup>9</sup> war die Antwort auf diese Frage klar: Die Rechtsnorm wird auf der Grundlage einer Trennung von Norm und Faktum, von Recht und Wirklichkeit als etwas in sich Ruhendes, dem Rechtsarbeiter Vorgegebenes, begriffen.<sup>10</sup> Dementsprechend wird Normativität statisch aufgefaßt, als etwas vor dem Fall Fertiges und Anwendungsbereites<sup>11</sup>, das sich unmittelbar dem Gesetzestext entnehmen läßt. Die daraus folgenden Konsequenzen für die Beschreibung der Rechtsarbeit sind bekannt: Juristische Arbeit am zu entscheidenden Fall wird grundsätzlich als *Anwendung* bereits vorfindlicher normativer Rechtsnormen verstanden; diese werden durch *Auslegung* auf den Fall zugeschnitten, bestenfalls *konkretisiert*; Norm und Fall werden durch ein *Hin- und Herwandern des Blicks* zwischen dem Tatbestand der Norm und dem Sachverhalt vermittelt; sodann wird der Fall unter den so gebildeten Obersatz *subsumiert*; in schwierigen Fällen wird diese spezifisch juristische Tätigkeit durch *sozialwissenschaftliche Arbeitsmethoden* ergänzt. Für diese Konzeption einer »lex ante casum« werden weder das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit noch die verfassungsrechtlich geforderte Gesetzesbindung (Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) zum Problem. Die Rechtsnorm wird von Sachelementen nicht beeinflußt, ihr wird nichts hinzugefügt, was ihr zuvor nicht schon eignete: Konkretisierung wird verstanden als das Konkreter-Machen einer von vornherein inhaltlich »reichhaltigen« Norm. Dieser Reichhaltigkeit braucht der für den zu entscheidenden Fall notwendige normative (Regelungs-)Aspekt wie einem Fundus nur entnommen zu werden. Das Entnommene regelt den Fall unmittelbar, braucht nicht mehr verändert zu werden; die Subsumtion kann direkt einsetzen, der Rechtsarbeiter ist durch den Inhalt der Norm gebunden.

Beobachtet man hingegen die Rechtsprechung<sup>12</sup>, so zeigt sich eine andere, wesentlich differenziertere Struktur von Konkretisierung. So werden Sachgesichtspunkte, die dem Gesetzestext und damit der »Norm« im herkömmlichen Verständnis nicht zu entnehmen sind, zu mitentscheidenden Bestandteilen der Rechtskonkretisierung gemacht. Die Maßstäbe für die Einbeziehung von Sachgesichtspunkten werden jedoch

<sup>7</sup> Vgl. zu dieser für die Strukturierende Rechtslehre zentralen, erkenntnisleitenden Fragestellung bereits Friedrich Müller, Recht-Sprache-Gewalt, Berlin 1975, S. 18.

<sup>8</sup> Diese Terminologie wird vorgeschlagen in: Ebd., S. 16.

<sup>9</sup> Um bereits an dieser Stelle Mißverständnissen vorzubeugen: Wenn die strukturierende Rechtslehre von dem Gesetzespositivismus spricht, verkennt sie nicht, daß es sich dabei nicht um eine einheitliche, sondern um jeweils differierende Positionen handelt, die nur in ihrem historischen Wandel angemessen zu begreifen sind. Es geht ihr jedoch nicht um eine – nach den unterschiedlichen Facetten der jeweiligen Erscheinungsform differenzierende – Phänomenologie des Gesetzespositivismus. Das Stichwort Gesetzespositivismus bezeichnet vielmehr eine diesen unterschiedlichen Ausprägungen gemeinsame Rechtsnormtheorie, deren Grundannahmen u. a. die der Identität von Rechtsnorm und Normtext, der Bindung des Richters durch den zu erkennenden Inhalt der so verstandenen Rechtsnorm, der strikten (normtheoretischen) Trennung von Recht und Wirklichkeit usw. sind und die heute noch die Grundlage verschiedener Methodiken ist. Insofern fallen für die Strukturierende Rechtslehre Positivismus, Neopositivismus (der für die Subsumtion auf überpositive Begriffe verweist), als auch die verschiedenen Spielarten des Antipositivismus (Freirechtsschule, Richterrecht) unter den rechtsnormtheoretisch verstandenen Positivismusbegriff; vgl. Juristische Methodik, S. 166.

<sup>10</sup> Strukturierende Rechtslehre, S. 18.

<sup>11</sup> Beispieldhaft für diese Auffassung: Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Auflage, Heidelberg 1991, S. 453, 460.

<sup>12</sup> In der Strukturierenden Rechtslehre (S. 114–146) wie der Juristischen Methodik (S. 34–64) hauptsächlich die des BVerfG.

nicht erörtert<sup>13</sup>), das Gericht ändert hierfür von Fall zu Fall seine Spielregeln, verfährt »pragmatisch«, allerdings ohne daß an der generellen Struktur des Vorgehens wesentliche Änderungen festzustellen wären. Der Einbezug von Sachelementen erweist sich durchgehend als notwendiges, theoretisch jedoch unreflektiertes Kennzeichen richterlicher Rechtskonkretisierung. Wichtiges Zwischenergebnis dieser »Anreicherung« der Normtexte mit Sachgesichtspunkten ist der Leitsatz, gleichgültig ob er der Urteilsbegründung vorangestellt oder in diese integriert ist. Er stellt die sprachliche Verbindung genau der Sprach- und Realdaten dar, die die konkrete Entscheidung des Falls mittragen. Erst dieses Zwischenergebnis im Prozeß der Konkretisierung ist normativ, und erst unter den Leitsatz kann subsumiert werden. Dieser – und nicht etwa schon der Normtext – wird von der Strukturierenden Rechtslehre als erstes normatives Stadium im Ablauf der Konkretisierung als »Rechtsnorm« bezeichnet. Der Gesetzestext, für die Strukturierende Rechtslehre der Normtext, ist damit also noch nicht normativ.

Das gilt nicht nur für die Konkretisierung von Verfassungsrecht, sondern grundsätzlich für alle Normtexte. Die Frage, ob der Eigentümer eines eingeschlossenen Schiffes eine Nutzungsbeeinträchtigung über § 823 Abs. 1 BGB als Eigentumsverletzung liquidieren kann, ist anhand des Normtextes von § 823 Abs. 1 BGB:

(1) »Wer vorsätzlich oder fahrlässig das [...] Eigentum [...] eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.«

nicht zu entscheiden. Vielmehr muß zunächst in einem weiteren Text:

(2) »Die Verletzung des Eigentums an einer Sache kann nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache erfolgen<sup>14</sup>«

festgelegt werden, daß eine Eigentumsverletzung i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB nicht nur durch eine Substanzbeeinträchtigung erfolgen kann, sondern auch durch eine Beeinträchtigung sonstiger Eigentümerbefugnisse. Aber auch dadurch ist der Fall noch nicht zu entscheiden. Noch ist ungeklärt, welche tatsächliche Wirklichkeitskonstellation die »sonstigen Eigentümerbefugnisse« beeinträchtigen kann. Die Antwort liefert wiederum ein Text:

(3) »Wird ein Schiff durch ein vom Unterhaltpflichtigen eines schiffbaren Gewässers schuldhaft verursachtes Schiffahrtshindernis (hier: Balkensperre eines Anlegers zur Stützung einer bereits teilweise eingestürzten Haus- und Ufermauer) in einem Teil des Gewässers derart eingeschlossen, daß es jede Bewegungsfreiheit verliert, so haftet der Unterhaltungspflichtige dem Schiffseigentümer nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Eigentums für den durch das Festliegen des Schiffes entstandenen Schaden.<sup>15</sup>

Erst anhand dieses Textes kann der Fall entschieden werden, denn er enthält genau die Sachelemente (für die Strukturierende Rechtslehre der Normbereich), die durch den normativen Leitgedanken (für die Strukturierende Rechtslehre das Normprogramm; hier Text 2) des § 823 Abs. 1 BGB aus dem Fallbereich ausgewählt wurden. Erst aus diesem Text geht hervor, wie die im Normprogramm angesprochene Beeinträchtigung der »sonstigen Eigentümerbefugnisse« durch »tatsächliche Einwirkung auf die Sache« erfolgen kann: durch eine Blockade, die dem Schiff jede Bewegungsfreiheit nimmt. Die Elemente dieser Sachkonstellation sind also mitkonstitutiv für eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB.<sup>16</sup> In der Rechtsnorm (hier Text 3) sind folglich

<sup>13</sup> Strukturierende Rechtslehre, S. 115 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>14</sup> Normprogramm aus BGHZ 55, 153, 159.

<sup>15</sup> BGHZ 55, 153, LS 2.

<sup>16</sup> Eingehende Entscheidungsanalyse von BGHZ 55, 153 ff. unter Darstellung der verschiedenen Konkreti-

Normprogramm (Text 2) und Normbereich zu einem potentiell normativen Text vereinigt. Aktuelle Normativität entsteht durch (jetzt tatsächlich unproblematische) Subsumtion des zu entscheidenden Falls unter die Rechtsnorm. Das Ergebnis dieses Vorgangs ist ein weiterer Text, die Entscheidungsnorm, im Zivilprozeß also der Urteilstenor, der die konkrete Rechtsfolgenanordnung trifft.

Die Beobachtung der Rechtsarbeit ergibt demnach ein völlig anderes Bild, als es der rechtsnormtheoretische Gesetzespositivismus glauben machen will. Die Rechtsnorm wird nicht als Text des Gesetzes aufgefunden, sie muß vom Rechtsarbeiter erst hergestellt werden.<sup>17</sup> Nicht-normativer Normtext und (potentiell) normative Rechtsnorm sind scharf zu trennen, werden aber vom Positivismus beständig in eins gesetzt. Er behauptet, daß schon vorhanden ist, was tatsächlich vom Rechtsarbeiter erst noch geleistet werden muß: nicht nur die Arbeit am Normtext (»Interpretation«), sondern auch die durch das Normprogramm normativ angeleitete Auswahl der die Entscheidung (mit-)tragenden Sachgesichtspunkte (für die Strukturierende Rechtslehre die Normbereichsanalyse) und damit die *Herstellung der Rechtsnorm*. Die Rechtsnorm wird deshalb von der Strukturierenden Rechtslehre nicht länger als in sich ruhend und dem Bereich der Wirklichkeit kategorial entgegengesetzt gedacht. Sie wird als das aufgefaßt, als was sie sich beim Vorgang ihrer tatsächlichen Verwirklichung erwiesen hat, »als verbindliches Modell sachlich bestimmter, in dieser Bestimmtheit aber nicht aufgehender Ordnung, als *sachgeprägtes Ordnungsmodell*«.<sup>18</sup>

Wenn zu Beginn des Entscheidungsprozesses »lediglich« ein nicht-normativer Normtext vorhanden ist und der Rechtsarbeiter die normative Rechtsnorm erst herstellen muß, dann muß das statische Modell von Normativität durch ein dynamisches Ablaufmodell ersetzt werden, um adäquat beschreiben zu können, wie Rechtsarbeit tatsächlich funktioniert. Auch Normativität wird vom Rechtsarbeiter nicht in den Normtexten vorgefunden, ist keine inhärente Eigenschaft von Normtexten, sondern wird vom Rechtsarbeiter erzeugt. Wird die Rechtsnorm als sachgeprägtes Ordnungsmodell aufgefaßt, deren integraler Bestandteil der Normbereich ist, dann steht Normativität für »die dynamische Eigenschaft der [...] Rechtsnorm, die ihr zuzuordnende Wirklichkeit zu beeinflussen (konkrete Normativität) und dabei durch diesen Ausschnitt von Realität selbst wieder beeinflußt und strukturiert zu werden (sachbestimmte Normativität)«.<sup>19</sup>

Methodologisch gewendet bedeutet das, daß die positivistische Subsumtionsdoktrin, die Rechtsnormen in Gesetzesammlungen auffindet und nur noch konkreter machen will, das rechtsstaatlich sensibelste Konkretisierungsstadium, die tatsächlichen Vorgänge bei der Bearbeitung des Gesetzestextes sowie die Auswahl der Sachelemente, die den Fall (mit-)entscheiden, gar nicht beschreiben kann. Eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Darstellung dessen, was sich zwischen den Eingangsdaten des Rechtsfalls und der ersten normativen Textstufe abspielt, ist für eine positivistische Methodik nicht möglich. Bei einer methodologischen Verengung auf Subsumtion und Obersatzbildung bleiben die entscheidenden Vorgänge latent.

sierungs- und Textstufen siehe mein Beitrag, Juristische Methodik bei Friedrich Müller, in: Joachim Rückert (Hrsg.), *Zur neueren Methodik des Zivilrechts*, Baden-Baden 1997 (im Erscheinen).

<sup>17</sup> Strukturierende Rechtslehre, S. 174: »Normkonkretisierung ist Normkonstruktion«, Hervorhebung im Original.

<sup>18</sup> Strukturierende Rechtslehre, S. 231, Hervorhebung nicht im Original. Zum Konzept des sachbestimmten Ordnungsmodells vgl. Strukturierende Rechtslehre, S. 168–174.

<sup>19</sup> Zu diesem Konzept von Normativität vgl. Strukturierende Rechtslehre, S. 256–263, hier S. 258.

Mit der Anerkennung dieser Struktur der Rechtskonkretisierung wird sie nicht etwa unsicherer. Unsicher war sie schon immer, nur wurde sie durch Begriffe wie den der »Rechtsanwendung« als sicher ausgegeben. Die Beschreibung der Vorgänge ist zunächst nur aufrichtiger geworden. Das ist eine notwendige Voraussetzung für die systematische Erfassung und Operationalisierung des Ablaufs der Rechtskonkretisierung. Juristischer Methodik kommt nun die Aufgabe zu, die Strukturanalyse des Konkretisierungsvorgangs durch ein Strukturmodell von Konkreisierung zu ergänzen, das die alltäglichen Arbeitsweisen des Rechtsarbeiters auf den Begriff bringt.<sup>20</sup>

Auf den Begriff muß zunächst vor allem das gebracht werden, was bislang im verborgenen geschehen ist: die Bildung der Rechtsnorm. Ausgangspunkt<sup>21</sup> sind die Fallerzählung und die dem Rechtsarbeiter einschlägig erscheinenden Normtexthypothesen. Diese werden als Sprachdaten vor allem mit Hilfe der in der Rechtswissenschaft entwickelten »canones«<sup>22</sup>, aber auch anhand anderer anerkannter Hilfsmittel zur Normtextbehandlung (z. B. besondere methodische Figuren der einzelnen Rechtsgebiete sowie dogmatische, theoretische, rechtspolitische wie lösungstechnische Elemente) im Hinblick auf die besonderen Probleme des Fallbereichs bearbeitet.<sup>23</sup> Die so häufig ins Feld geführte »teleologische Auslegung« ist für die Strukturierende Rechtslehre kein eigenständiges Auslegungselement. Die Rede von der teleologischen Auslegung benennt nur das zu entwickelnde Ergebnis. Unklar bleibt, wie und vor allem mit welchen Arbeitsmitteln es zu entwickeln ist. Die Frage nach dem »Sinn und Zweck« des zu konkretisierenden Normtextes bildet allerdings eine selbständige Fragestellung bei der Arbeit mit anderen Konkretisierungselementen. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert können teleologische Argumente entwickelt werden. Damit ist zugleich die Grenze teleologischer Argumentation benannt. Wird einem Normtext eine Ratio zugeschrieben, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, so ist diese Zuschreibung eine normgelöste Unterstellung und muß subjektive Wertung bleiben.<sup>24</sup>

Die Interpretation sämtlicher Sprachdaten, also die Bearbeitung des Normtextes mit allen methodisch anerkannten Mitteln, ergibt das Normprogramm, den normativen Leitgedanken der weiteren Konkretisierung. Mit dessen Hilfe, d. h. also *normativ angeleitet* durch den Maßstab des Normprogramms, wählt der entscheidende Rechtsarbeiter aus dem Fallbereich die Teilmenge der für das Entscheidungsergebnis mit-normativen Tatsachen, d. h. den Normbereich, aus. Normbereich und Normprogramm ergeben die Rechtsnorm, unter die subsumiert werden kann. Dadurch wird sie schließlich zur Entscheidungsnorm (Urteilstenor, Entscheidungsformel) individualisiert.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, daß es im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes die Figur einer »Normativität des Faktischen« nicht geben darf. Der an das Gesetz gebundene Richter hat den Fall nach Maßgabe des Gesetzes zu entscheiden. In einer nachpositivistisch differenzierenden Methodik heißt das, daß Fakten nie ungeprüft bzw. am normativen Leitgedanken des Gesetzes vorbei zum

<sup>20</sup> Juristische Methodik, S. 23 f.

<sup>21</sup> Zum Folgenden kurz: Juristische Methodik, S. 266–277.

<sup>22</sup> Also grammatisches, systematisches, historisches (Untersuchungsgegenstand: Vorläufer des geltenden Normtextes) und genetisches (Untersuchungsgegenstand: Materialien, die das Zustandekommen des Normtextes dokumentieren) Auslegungselement, vgl. Juristische Methodik, S. 205.

<sup>23</sup> Strukturierende Rechtslehre, S. 252.

<sup>24</sup> Zu den »canones« vgl. Juristische Methodik, S. 81–85 und passim; zur teleologischen Auslegung vgl. das »Résumé« ebda auf S. 208.

Bestandteil der Rechtsnorm werden dürfen. Sie werden vielmehr im Rahmen der Normbereichsanalyse einer doppelten Prüfung unterzogen<sup>25</sup>: Gefragt wird erstens, ob die Fakten für das Normprogramm, das zuvor (auch) im Hinblick auf eben diese Fakten erarbeitet wurde, immer noch relevant sind, und zweitens, ob sie, wenn das der Fall ist, mit dem Normprogramm vereinbar sind. Sofern sie mit dem Normprogramm nicht vereinbar sind, bleiben sie bloße Fakten und fallen aus dem weiteren Entscheidungsvorgang heraus. Sind sie dagegen nach wie vor relevant und mit dem Normprogramm vereinbar, bilden sie den Normbereich und tragen so als konstitutiver Bestandteil die Entscheidung mit.

Auch für die vieldiskutierte Frage einer Hierarchisierung der Konkretisierungselemente schlägt die Strukturierende Rechtslehre eine differenzierte Antwort vor. Es geht nicht darum, eine »abstrakte und generelle« Rangfolge festzulegen. Sondern es geht zunächst einmal darum, die Situation zu bestimmen, in der eine Regel zur Bestimmung der Rangfolge überhaupt gebraucht wird. Der Prozeß der Konkretisierung ist grundsätzlich umfassend und unter Berücksichtigung *aller* für den Fall relevanten<sup>26</sup> methodischen Elementen durchzuführen. Diese sind unterschiedliche Fragestellungen, von denen »bald die eine, bald die andere wichtiger sein und sichtbarer hervortreten« wird, so daß »die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerlässlich ist«.<sup>27</sup> Relevant wird die Frage nach Vorzugsregeln erst in der Situation des methodologischen Konflikts, wenn zwischen den mit Hilfe von unterschiedlichen Konkretisierungselementen entwickelten Deutungsvarianten ein frontaler Widerspruch besteht. Erst dieser frontale Widerspruch sich gegenseitig ausschließender Deutungsvarianten im Einzelfall führt zur Notwendigkeit von Vorzugsregeln, die in dieser Situation generell sein müssen, weil sie rechtsstaatlich generalisierbar sind und damit ihrerseits ein wichtiges Element zur Realisierung richterlicher Gesetzesbindung darstellen. Sie bewahren die um die jeweilige Verständnisvariante des Normtextes kämpfenden Parteien vor der Willkür einer Kadi-Justiz, die Vorzugsregeln unter »besonderer Berücksichtigung des Einzelfalls«, d. h. von Fall zu Fall »pragmatisch« und für die streitenden Parteien unvorhersehbar bestimmt. Die Vorrangregel ist damit einer der Faktoren, die dem zwischen den Parteien stattfindenden semantischen Kampf<sup>28</sup> rechtsstaatliches Terrain sichern, indem sie diesen vor einer Instanz stattfinden lässt, die unparteiisch ist und sich nicht aus eigener Machtvollkommenheit auf eine Seite schlägt, sondern den Kampf am Maßstab des Rechts entscheidet. Denn die vorgeschlagene Vorzugsregel »folgt aus der durch die geltende (Verfassungs-)Rechtsordnung statuierten Verfassungs- und Rechtsgebundenheit staatlicher Funktionsausübung«<sup>29</sup> und ist damit normativ: Die Rangordnung der Konkretisierungselemente richtet sich nach der Normtextnähe des jeweiligen Konkretisierungselements. Damit kommt es auf die konkrete Konfliktlage an<sup>30</sup>, welcher nach Normtextnähe und -bezug einzuteilenden Gruppe also die Konkretisierungselemente angehören, die einander widerstreitende Verständnisvarianten erzeugen.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Friedrich Müller, Juristische Methodik – Ein Gespräch im Umkreis der Rechtstheorie, in: *Verwaltungsrundschau* 4/94, S. 133–136, hier: S. 134.

<sup>26</sup> Die praktische Erfahrung zeigt, daß keineswegs alle Konkretisierungselemente in jedem Fall herangezogen und aktualisiert werden können; vgl. *Juristische Methodik*, S. 250.

<sup>27</sup> So für die »canones« Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Romischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, S. 215.

<sup>28</sup> Die Rede vom Semantischen Kampf meint in juristischem Kontext den Streit um die Gebrauchsweisen eines gesetzlichen Ausdrucks, vgl. Rainer Wimmer, Ralph Christensen, *Präkusch-semantische Probleme zwischen Linguistik und Rechtstheorie*, in: Friedrich Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989, S. 40f.

<sup>29</sup> *Juristische Methodik*, S. 251.

<sup>30</sup> Zu den verschiedenen Konfliktlagen vgl. *Juristische Methodik*, Abschnitt 332.2 (S. 250–257).

<sup>31</sup> Zur Gruppierung der Konkretisierungselemente vgl. *Juristische Methodik*, Abschnitt 32 und 32.

Für den problematischen Fall der Bestimmung der Grenze zulässiger Konkretisierungsergebnisse haben aus den angeführten rechtsstaatlichen Gründen die am unmittelbarsten und ausschließlich auf Normtexte bezogenen Interpretationselemente, also das grammatische und das systematische, Vorrang vor allen anderen.<sup>32</sup> Die Anforderungen an die Vorzugsregeln sind damit nicht methodologisch, sondern verfassungsrechtlich begründet. Das methodisch Mögliche ist als solches in seinen Grenzen unabsehbar; methodisch möglich wäre auch eine ganz andere Vorrangregel. Es geht jedoch nicht um eine irgendwie methodische Vorrangregel »überhaupt«, sondern um eine durch die Vorgaben des Verfassungsrechts gesteuerte, interne Relationierung der einzelnen Vorrangaspekte in generalisierter Form, und damit nicht um das *methodisch Mögliche*, sondern um das *rechtsstaatlich Zulässige*.

Gleiches gilt für die Frage nach der Aufgabe der sog. Wortlautgrenze bzw. des synonym gebrauchten »möglichen Wortsinns«<sup>33</sup>, die beide die äußerste Grenze zulässiger Konkretisierung markieren sollen. Die Anforderung, daß die Entscheidung mit dem Wortlaut noch vereinbar sein müsse, ist keine methodologische, sondern eine normativ-verfassungsrechtliche: Sie richtet sich an den über Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG gebundenen Rechtsarbeiter, dessen Entscheidung nur dann als gesetzlich gebunden angesehen werden soll, wenn die darin vorgenommene Konkretisierung noch im Bereich des möglichen Wortsinns liegt. Im demokratischen Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes soll gerade das Verbleiben der konkreten Entscheidung innerhalb der Grenze des Wortlauts die Verwirklichung der fundamentalen Organisationselemente Gewaltenteilung und Volkssouveränität gewährleisten: Der Richter muß seine Entscheidung an Normtexten legitimieren, die nicht er, sondern der Gesetzgeber gesetzt hat.

Eine andere Frage ist allerdings, ob »Wortlaut« bzw. »möglicher Wortsinn« allein und unvermittelt die Grenze rechtsstaatlich zulässiger Konkretisierung aufzeigen können. Nimmt man den Begriff der Wortlautgrenze bzw. des möglichen Wortsinns unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes ernst, dann müßten bereits der vom Gesetzgeber gesetzte Normtext und »sein« Sinn bestimmt genug sein, um ihnen den »noch möglichen« Wortsinn entnehmen zu können. Nur dann wäre es der vom Gesetzgeber gesetzte Text, der Grenzfunktion hat. Die Beobachtung der Rechtsprechung hat jedoch gezeigt, daß gerade die Unbestimmtheit des Rechts, genauer: der Normtexte, in Bezug auf den zu entscheidenden Fall die Interpretation des Normtextes notwendig macht. Wie kann der insofern unbestimmte Ausgangspunkt der Normtextbearbeitung seinerseits die Grenze für das auf den Fall hin viel Bestimmtere sein? Selbst scheinbar ganz eindeutige Fälle verlieren bei näherer Betrachtung ihre Eindeutigkeit: Würde man aus § 823 Abs. 1 BGB folgendes Normprogramm konstruieren:

Die Verletzung des Eigentums an einer Sache kann durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz erfolgen<sup>34</sup>

so würde man auf die Frage, ob diese Konkretisierung im Rahmen des möglichen Wortsinns des § 823 Abs. 1 BGB bleibt, antworten: selbstverständlich!<sup>35</sup> Wirklich »von selbst« verständlich? Ja, jedoch nicht, weil der Wortlaut irgendetwas in dieser Hinsicht »von selbst« besagt, sondern vor allem, weil es bereits viele solcher Normprogramme, in denen das Tatbestandselement »Eigentumsverletzung« so »ausgelegt« wurde, gegeben hat und sie unter dem Stichwort »Substanzverletzung« zu einer

<sup>32</sup> Juristische Methodik, S. 252.

<sup>33</sup> Vgl. statt vieler Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u. a. 1991, S. 322.

<sup>34</sup> Teil-Normprogramm aus BGHZ 55, 153, 159.

<sup>35</sup> Vgl. nur Hein Kotz, Deliktsrecht, 6. Auflage, Neuwied u. a. 1994, Rz. 58: »völlig unproblematisch«.

feststehenden dogmatischen Figur zusammengefaßt worden sind, die nun ihrerseits als Kontext die Interpretation des Normtextes ganz selbstverständlich leitet. Wie sieht es aber ohne Hinzunahme dieses verständnisleitenden dogmatischen Konkretisierungselements aus? Wird denn durch die Beeinträchtigung der Substanz einer Sache das an dieser Sache bestehende Eigentum wirklich verletzt? Wird also z. B. durch die Beschädigung eines Autos das Eigentum des Eigentümers an diesem Auto verletzt? Er ist doch nach wie vor Eigentümer? Wenn das Eigentum des Eigentümers nach Beeinträchtigung der Sachsubstanz weiterbesteht, worin soll die Verletzung liegen? Zwar stellt die Beschädigung eine Beeinträchtigung der *Sache* dar; ob damit auch das *Eigentumsrecht* beeinträchtigt wird, ist für sich genommen alles andere als klar. Beeinträchtigt wird doch nur die Sache, das Auto, nicht das Eigentum – der Eigentümer bleibt ja Eigentümer! Ist mit dem oben formulierten Normprogramm dann nicht bereits die Wortlautgrenze überschritten? Denn von einer Einwirkung auf eine *Sache* sagt der Wortlaut nichts. Nimmt man allein diesen Normtext, müßten sich dann nicht alle vom Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB noch gedeckten Eigentumsverletzungen auf das *Eigentumsrecht* selbst beziehen? Eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz wäre somit vom Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr gedeckt. Dann blieben für die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nur die Fälle der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts z. B. durch Rechtsentzug bei gutgläubigem Erwerb eines Dritten. Gerade in diesen Fällen wird jedoch die Eigentumsverletzung verneint!<sup>36</sup>

Was Klarheit schaffen sollte, der Wortlaut einer »Norm« als sinnvoller Text, ist bei einer ohne jede Konkretisierung vorgenommenen, kontextunabhängigen Betrachtung der Grenzenlosigkeit des methodisch Möglichen ausgeliefert. Von selbst versteht sich also nur, daß der Normtext allein und damit das, was Grenzfunktion haben soll, nicht selbst-verständlich ist. Der vermeintlich klar vorgegebene Sinn<sup>37</sup> des Tatbestandselementes Eigentumsverletzung verschwindet. Was bleibt, ist die bloße Zeichenkette »Eigentum ... verletzt«, deren gesetzgeberischer Sinn jedenfalls ohne zwingenden Kontext nicht einzufangen ist.

Hier zeigt sich deutlich die Brüchigkeit der positivistischen Doktrin: Sinn läßt sich einem Normtext nicht einfach »entnehmen«. So können auch die Wortlautgrenze und der vom möglichen Wortsinn abgesteckte Bereich keine vorfindlichen sprachlichen Größen sein, sie müssen vom Rechtsarbeiter für den konkreten Rechtsfall wie alles andere erst erarbeitet werden. Auch im Schrifttum zur juristischen Methodik wird der »mögliche Wortsinn« nicht ausschließlich durch Bezugnahme auf den Normtext erfragt. Unter »möglichem Wortsinn« wird fast durchgehend das verstandenen, »was nach dem allgemeinen oder dem jeweils als maßgeblich zu erachtenden Sprachgebrauch [des] Gesetzgebers – wenn auch nur unter besonderen Umständen – noch als mit diesem Ausdruck gemeint verstanden werden kann«.<sup>38</sup> Die Sprachvorstellung des Gesetzgebers ermitteln heißt indes nichts anderes, als in den üblichen Konkretisierungsprozeß einzutreten und anhand der dargestellten Konkretisierungselemente den Normtext zu bearbeiten. Wie anders wäre der Sprachgebrauch des Gesetzgebers zu ermitteln als durch eine Analyse der Grammatik des Normtextes, durch Klärung des systematischen Kontextes, in den der Gesetzgeber den

<sup>36</sup> Vgl. MunchKomm.-Mertens, 2. Auflage, § 823 Rz. 75.

<sup>37</sup> Zur Unhaltbarkeit des Dogmas eines vom Willen des Autors beherrschbaren Sinnzusammenhangs und den daraus folgenden rechtstheoretischen und methodologischen Konsequenzen für juristische Entscheidungsvorgänge vgl. jetzt, unter Rekurs auf Jacques Derrida, Juristische Methodik, S. 287–296.

<sup>38</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u. a. 1991, S. 322; ebenso – auf den Sprachgebrauch abstellend – Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 5. Auflage, S. 43 f. und Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien u. a. 1991, S. 467 f.

fraglichen Normtext gestellt hat (systematische Auslegung), durch einen Blick in die Gesetzgebungsmaterialien (genetische Auslegung), durch Berücksichtigung der dogmatischen Figuren, die der Gesetzgeber möglicherweise positivieren wollte oder gegen die er möglicherweise den Normtext gesetzt hat (dogmatisches Konkretisierungselement) usw. Die Vorstellung, daß der Normtext *Ausdruck* des gesetzgeberischen Willens sei und demzufolge auf den dahinter liegenden Willen des Gesetzgebers verweise, muß sich die Bedingungen moderner Gesetzgebung in parlamentarischen Körperschaften entgegenhalten lassen. Der Normtext ist als Arbeitsergebnis der Legislative ein Verfahrensergebnis und damit Ausdruck des Verfahrens als Gesamtheit. Einzelne, im Verlauf der parlamentarischen Debatte gemachte Aussagen sind keine Bestandteile des Endergebnisses, sondern lediglich Züge im Verlauf seines Entstehens. Hinter dem Gesetz liegt also nichts als das gesamte parlamentarische Verfahren selbst.<sup>39</sup> Gesetzgebungsmaterialien müssen folglich ihrerseits wie jeder Text interpretiert und auf den Normtext bezogen werden. Damit ist auch die Erarbeitung der Wortlautgrenze tatsächlich nichts anderes als die Konkretisierung des Normtextes durch Verarbeitung aller relevanten Sprachdaten im Hinblick auf eine bestimmte Fragestellung. Grenzfunktion kann also nur das Arbeitsergebnis dieser Konkretisierung, d. h. der konkretisierte Wortlaut und damit das Normprogramm haben.<sup>40</sup> Jedoch nicht etwa lediglich dieser vom Rechtsarbeiter produzierte *Text*, sondern das Normprogramm und die methodisch schlüssig zu begründende und ehrlich darzustellende *Produktion dieses Textes*.

Statt zu fragen, ob ein bestimmtes Ergebnis noch unter den möglichen Wortsinn eines gesetzlichen Ausdrucks fällt, wäre also realistischer zu fragen, ob ein bestimmtes Ergebnis noch auf den Normtext plausibel zurückgeführt werden kann oder nicht.<sup>41</sup> Nur wenn das bejaht werden kann, ist die Grenze rechtsstaatlich zulässiger Konkretisierung nicht überschritten. In diesem Kontext kann jetzt die Frage nach der Realisierung des verfassungsrechtlichen Gesetzesbindungspostulats im Rahmen einer nachpositivistischen Rechtsnormtheorie und einer konsequent als Rechtserzeugungsreflexion ausgestalteten juristischen Methodik beantwortet werden. Gesetzesbindung heißt nicht länger die Bindung des Richters *durch* den aufzufindenden Inhalt einer vorgegebenen Rechtsnorm. Sondern sie verlangt die Bindung des Richters *an* den Normtext als Eingangsdatum der Rechtserzeugung und an die nach rechtsstaatlichen Standards geformte Struktur des Rechtserzeugungsprozesses.

Die Wortlautgrenze bzw. der scheinbar ohne weiteres Zutun ermittelte mögliche Wortsinn ist vor diesem Hintergrund eine Illusion. Die Bindung des Richters und die Realisierung der Gewaltenteilung *durch* diesen nicht mehr als eine Fiktion. Wer behauptet, er ermittle »lediglich« den möglichen Wortsinn, macht nichts anderes, als den Normtext zu konkretisieren, um so zu einer auf den Fall zugeschnittenen Bedeutungsvariante zu gelangen. Dieser Konkretisierungsvorgang wird jedoch nicht als das ausgewiesen, was er ist. Da scheinbar nichts anderes zu tun ist, als genau hinzusehen und den Sprachgebrauch des Gesetzgebers zu ermitteln, wird nicht klar, wie tatsächlich gearbeitet wird. Die Ergebnisse müssen hingenommen werden, überprüfbar sind sie nicht. Das ist die Ideologie einer dem rechtsnormtheoretischen Positivismus verhafteten Methodik: Sie tut nicht, was sie sagt, sagt aber auch nicht, was sie tatsächlich tut.

Die im Rahmen der Strukturierenden Rechtslehre entwickelte Juristische Methodik

<sup>39</sup> Julian Roberts, Suchen, sich verständigen, Kampfen: das Umfeld der Sprache, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1994, S. 841–860, hier: S. 859.

<sup>40</sup> Vgl. dazu Juristische Methodik, S. 296 f.

<sup>41</sup> Diese Zurechnung muß für den gesamten Konkretisierungsprozeß in der beschriebenen Weise dargestellt werden, also von der Entscheidungsnorm über die Rechtsnorm zurück zum Normtext.

bietet dem Rechtsarbeiter hingegen die Möglichkeit, seine Arbeit mit ihrer Hilfe kritisch zu reflektieren und sie unter Berücksichtigung seiner Aufgabe im demokratischen Rechtsstaat zu strukturieren. Hierfür hält sie ein induktiv entwickeltes und auf die tatsächlichen Bedingungen praktischer Rechtsarbeit hin ausgerichtetes Instrumentarium bereit, das sich nicht lediglich in einer die wirklichen Vorgänge latent haltenden Metaphorik erschöpft, sondern mit dieser positivistischen Tradition konsequent bricht. Der Blick wandert eben nicht nur zwischen Norm und Sachverhalt hin und her, er bleibt vielmehr innerhalb der einzelnen Stadien des Konkretisierungsprozesses an unterschiedlichen Punkten hängen. Dort macht der Rechtsarbeiter etwas, und das läßt sich beschreiben. Er ist nicht bloß passives Organ, gleichsam der sprechende Mund<sup>42</sup> des »eigentlich« sprechenden Normtextes<sup>43</sup>, sondern er handelt, er produziert Texte (das Normprogramm, die Rechts- und Entscheidungsnorm usw.) ausgehend vom Normtext. Diese Texte treten an die Stelle der ursprünglichen, jedoch nicht-normativen Texte, indem unter *sie* subsumiert wird und indem *sie* vollstreckt werden.<sup>44</sup>

Die genaue Ausarbeitung der einzelnen Arbeitsschritte dieser Textproduktion im Rahmen einer juristischen Methodik ist Voraussetzung für eine Genauigkeit, die notwendig ist in einem Staat, der seine Legitimität gerade darin findet, »möglichst weitgehend mit formalisierter, kontrollierbarer, sprachlich vermittelter konstitutioneller Gewalt auszukommen«.<sup>45</sup> Nur eine der Komplexität tatsächlicher Rechtsarbeit adäquate Methodik<sup>46</sup> kann diese Genauigkeit zwar nicht garantieren, jedoch wenigstens ermöglichen, wenn sich der Rechtsarbeiter auf sie einläßt. Damit wird diese Methodik nicht präskriptiv.<sup>47</sup> Mit ihrer konsequenten Anbindung an die normativen (methodenbezogenen) Vorgaben der Verfassung transformiert sie diese Vorgaben, indem sie sie in ein dem Rechtsarbeiter zur Verfügung stehendes, handhabbares Konzept juristischer Methodik überführt, das zu den Problemen praktischer Rechtsarbeit dezidiert Stellung nimmt und – wie oben am Problem der Vorrangregeln und der Relevanz von Fakten für die Rechtskonkretisierung beispielhaft gezeigt – Lösungen anbieten kann.

<sup>42</sup> Zur Kritik dieser Vorstellung ausführlich Ralph Christensen, *Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzespositivistischen Textmodells*, in: Friedrich Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinare Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989, S. 47 ff.

<sup>43</sup> Da der Gesetzestext nicht-normativ ist, hätte er, wenn er denn sprechen sollte, über den konkreten Fall nichts zu sagen. Er muß, wenn man bei diesem Bild bleiben will, erst zu einem Sprechen gebracht werden, jedoch nicht – durch Anschluß eines (richterlichen) Mundes – zu seinem eigenen Sprechen, sondern zum Sprechen des Richters, sodaß der *Richter sein Sprechen* an den Normtext binden kann.

<sup>44</sup> Der Rahmen für die Produktion dieser Texte ergibt sich wieder aus Texten, so daß man von einer rechtsstaatlichen Textstruktur sprechen kann; vgl. zu dieser: *Juristische Methodik*, S. 136 ff.

<sup>45</sup> Friedrich Müller, *Recht - Sprache - Gewalt*, Berlin 1975, S. 31.

<sup>46</sup> Es handelt sich, ganz im Gegensatz zu Einschätzung Bernd Rüthers' (*Richterrecht – rechtswidrig oder notwendig*, AÖR 1988, S. 268, 282), nicht um eine »selbstgewählte terminologische Absonderung«, sondern um eine an den beobachteten Problemen praktischer Rechtsarbeit ausgerichtete und an deren Komplexität angepaßte Terminologie. Die Forderung des »auf den Begriff bringen(s)«, d.h. einer Unterscheidung des Gesamtvorgangs »Rechtskonkretisierung« in einzelne funktionale Stadien und deren Benennung ist notwendig um die tatsächlichen Vorgänge adäquat beschreiben und damit überhaupt erst sprachlicher Kommunikation und Kontrolle unterwerfen zu können.

<sup>47</sup> So aber z. B. Wolfgang Seiler, *Hochstrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht*, Baden-Baden 1992, S. 20, Fn. 26.

Ingeborg Maus kritisiert das strukturierende Konzept vor allem aus demokratietheoretischer Perspektive. Eine Rechtsnormtheorie, die »den Regelungsbereich der Norm unter spezifischen Aspekten in die Norm hineinverlagert«<sup>48</sup>, sei nicht geeignet, »dem Gesetzgeber ein Stück des unter justizstaatlichen Entwicklungen verlorenen Terrains zurückzugewinnen«. Die inhaltliche Entscheidung und Vermittlung von Recht und Wirklichkeit werde vom Gesetz auf die Rechtskonkretisierung verlagert, und demokratische Legitimität der Legalität werde nicht mehr am Gesetzgebungsverfahren, sondern an juristischer Methodik festgemacht. Die Strukturierende Rechtslehre stelle nicht auf demokratische Partizipation, sondern auf einen Konsens der Entscheidungsbetroffenen ab, der mit dem Bestand einer juristischen Methodik als rationaler, wissenschaftlicher Disziplin identifiziert werde. Rechtsstaatliche Methodik erscheine als Demokratie-Ersatz.<sup>49</sup>

Diese Kritik setzt zunächst voraus, daß es überhaupt möglich ist, durch Konstruktion einer entsprechenden Rechtsnormtheorie dem Gesetzgeber ein Stück verlorenen Terrains zurückzugewinnen. Wie diese Rechtsnormtheorie aussehen muß, sagt Maus nicht ausdrücklich. Jedenfalls müsse sowohl die »Negation jedes eigenständigen Sinns der Rechtsnorm« als auch deren »Verdinglichung« vermieden werden. Diese voluntaristere und verschleiere den »eigentlichen Vorgang der Rechtsanwendung«, jene erlaube es, noch als Arbeit am Recht auszugeben, was an anderer Stelle bereits als Arbeit gegen das Recht bezeichnet werde.<sup>50</sup> Beides führt damit – so wäre ergänzend hinzuzufügen – in die gleiche Richtung: weg vom Gesetzgeber. Um das zu vermeiden, wird unter Verweis auf Gadamer behauptet, daß »der Text *selbst* einen Sinn [hat]«<sup>51</sup>, und damit eine methodologische Grundannahme gemacht, die sich bereits im oben dargestellten Beispiel zu § 823 Abs. 1 BGB als unhaltbar erwiesen hat. Die methodologischen Konsequenzen dieser Voraussetzung führen zurück zu einem positivistischen Konzept juristischer Methodik. Der eigenständige Sinn des Textes soll »nur durch den Vorentwurf eines Sinnes im Vorverständnis des Interpreten erschlossen werden [können]«. Das Ziel ist klar: »Verstehen dessen, was da steht.« Der Weg dorthin ist es weniger. Wie sich das Vorverständnis konstituiert, welche Rolle Tatsachen dabei spielen, an welcher Stelle sie relevant werden – alles das geht im allgemeinen hermeneutischen »Verstehensprozeß« unter und wird völlig unkontrollierbar.<sup>52</sup> Vor allem fehlt es durch die Begrenzung juristischer Arbeit auf das Verstehen von Texten an einem tragfähigen methodischen Konzept für den Selektionsvorgang der Realdaten, der von Maus zu Recht als »neuralgischer Punkt jeder Rechtsanwendung« bezeichnet wird.<sup>53</sup> Was vermieden werden sollte, wird durch die unbesehene Übertragung des hermeneutischen Konzepts, wie Gadamer es entwirft,

<sup>48</sup> Ingeborg Maus, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Abendroth, Blanke, Preuß u. a., *Ordnungsmacht?*, Frankfurt am Main 1981 (Zit.: Zur Problematik), S. 153 ff., hier: S. 159; vgl. auch dies., Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodologie oder: wider den Imperialismus in der juristischen Methodendiskussion, *KritV* 1991 (Zit.: Plädoyer), S. 107 ff., hier: S. 118. Dort wird nunmehr zutreffend vom Normbereich als Bestandteil der Norm gesprochen.

<sup>49</sup> Dies., Zur Problematik (Fn. 48), S. 172.

<sup>50</sup> Dies., Plädoyer (Fn. 48), S. 119.

<sup>51</sup> Dies., ebd., S. 118; Hervorhebung nicht im Original.

<sup>52</sup> Vgl. dazu die treffende Analyse von Peter Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus. Thesen zur neueren Methodendiskussion, in: Abendroth u. a., *Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation*, Frankfurt am Main 1977, S. 87, 94 f.: »Aus der wissenschaftlichen und methodologischen Not macht die herrschende Lehre vor allem in Gestalt der Topik und der Hermeneutik sogar noch eine Tugend, indem als Überwindung des Gesetzespositivismus gefeiert wird, was in Wirklichkeit die Eliminierung rationaler und demokratischer Gesetzgebung ist.«

<sup>53</sup> Ingeborg Maus, Plädoyer (Fn. 48), S. 118.

gefördert: die Arbeit mit dem Text gegen den Autor des Textes und damit gegen den Gesetzgeber.

Zwar ist die Einbeziehung von Tatsachen in das Zwischenergebnis der Konkretisierung, das die Strukturierende Rechtslehre »Rechtsnorm« nennt, tatsächlich der »neuralgische Punkt jeder Rechtsanwendung«. Es ist aber keineswegs so, daß dieser Selektionsvorgang nicht mehr »normativ zu steuern [ist], weil in den Prüfungsmaßstab dieser Selektion das zu Prüfende bereits eingegangen ist«.<sup>54</sup> Prüfungsmaßstab ist das Normprogramm, in das als Ergebnis der Interpretation aller Sprachdaten noch keine Realdaten eingegangen sind und das somit das zu Prüfende gerade noch nicht enthält.<sup>55</sup> Auf diese Weise normativ angeleitet und als eigenständiges Konkretisierungsstadium methodisch diszipliniert, wird genau das Gegenteil von dem erreicht, was Maus als Defizit des strukturierenden Konzepts auszumachen meint: daß nämlich die Willkür in der Selektion der Sachverhaltsmerkmale der normativen Struktur selbst zugerechnet werde und der Richter damit Legitimationszwängen und Begründungspflichten entheben sei.<sup>56</sup> Da der Rechtsarbeiter die Rechtsnorm herstellt und durch bewußte Selektion von »Sachverhaltsmerkmalen« am Maßstab des Normprogramms Normativität erst produziert, gibt es keine vom Rechtsarbeiter unabhängigen normativen Ergebnisse mehr. Diese Situation ist es, die – wird sie deutlich ausgesprochen – dem Rechtsarbeiter erhöhte Begründungsanforderungen auferlegt. Es genügt nun nicht mehr, lediglich »Gefundenes« oder »Erkanntes« zu benennen; vielmehr muß die Arbeit der Normkonstruktion in einer auf die tatsächlichen Vorgänge bezogenen Rechtserzeugungsreflexion dargestellt werden. Nur so wird klar, daß Normativität keine Eigenschaft von Normtexten ist und daß auch Normstruktur nichts ist, das einfach vorgefunden wird und dem dann zur Entlastung des Rechtsarbeiters etwas zugeschrieben werden könnte. Normstruktur ist nichts anderes als ein »wissenschaftliches Interpretationsmodell für die Bedingungen des Zustandekommens und des Funktionierens rechtlicher Vorschriften«<sup>57</sup> und liegt damit jenseits dieser verdinglichenden Verständnisweisen.

Das Ausklammern derjenigen Konkretisierungsvorgänge, die aus demokratietheoretischer Perspektive zum Problem werden, mag von der Absicht getragen sein, demokratische Partizipation stärkere Wirksamkeit zu verschaffen.<sup>58</sup> Erreicht wird indessen nur das Gegenteil, wenn man den tatsächlichen Ablauf praktischer Rechtsarbeit ignoriert und sich eine Rechtsnormtheorie zurechtlegt, die selbst die Spezifik juristischer Arbeit *am* Text nur unzureichend erfassen kann.<sup>59</sup> Die Arbeit *mit* dem Text, d. h. die Selektion von Realdaten, wird unkontrollierbarer, unterbleiben wird sie nicht. Aufgabe einer Rechtsnormtheorie muß es statt dessen sein, den Prozeß der Rechtskonkretisierung zunächst einmal hinsichtlich seiner tatsächlichen Abläufe zu analysieren und diese dann in einem Modell theoretisch zu verarbeiten. Dazu gehört, daß die einzelnen Stationen der Rechtskonkretisierung voneinander abgegrenzt werden und daß klargemacht wird, welche Zwischenergebnisse in den einzelnen Stationen produziert werden. Dazu gehört aber auch, die Beziehung der einzelnen Stationen untereinander zu bestimmen und damit die Bedeutung der Zwischenergebnisse für das weitere Verfahren festzulegen. An genau diesem Punkt kommen grundgesetzliche Fundamentalnormen wie auch methodenbezogene Normen der

<sup>54</sup> Dies., ebd.

<sup>55</sup> Strukturierende Rechtslehre, S. 252 f.; Juristische Methodik, z. B. S. 276.

<sup>56</sup> Ingeborg Maus, Plädoyer (Fn. 48), S. 119.

<sup>57</sup> Juristische Methodik, S. 139.

<sup>58</sup> Vgl. Ingeborg Maus, Zur Problematik (Fn. 48), S. 172.

<sup>59</sup> Die Spezifik juristischer Textartheit, die sich mit dem Begriff »Verstehen« nur unzureichend erfassen läßt, ergibt sich aus der Einbindung des Rechtsarbeiters in eine staatliche Rechtsinstitution und deren Vorgaben. Vgl.: Juristische Methodik, S. 294.

Verfassung ins Spiel. Sie strukturieren die einzelnen Konkretisierungsstationen, indem sie deren Verhältnis zueinander bestimmen. So konnte gezeigt werden, daß der Vorrang der Sprachdaten gegenüber den Realdaten und die Analyse des Normbereichs am Maßstab des Normprogramms direkte Folgen normativer Anforderungen des Verfassungsrechts sind. Das rechtsnormtheoretische Modell der Strukturierenden Rechtslehre segnet also nicht etwa das Vorgehen einer zweifelhaften Praxis ab. Statt dessen werden die Stationen der Rechtsarbeit zur Kenntnis genommen und an den Strukturvorgaben des demokratischen Rechtsstaats ausgerichtet. Das Demokratieprinzip erfordert in Verbindung mit der verfassungsrechtlich normierten richterlichen Gesetzesbindung, daß der Rechtsarbeiter seine Entscheidung soweit wie irgend möglich in Anbindung an den demokratisch legitimierten Normtext entwickelt. Diese Anforderung ist jedenfalls nur dann erfüllt, wenn sich »sachlogische Strukturen« nicht am Normprogramm vorbei Normativität erschleichen und wenn sich im Fall eines methodologischen Konflikts eben nicht die in Zitierkartellen entwickelte dogmatische Figur, sondern die am unmittelbarsten auf den Normtext bezogenen Argumente durchsetzen. Nur so kann verhindert werden, was Maus befürchtet: daß sich die Normbereichsanalysen des Rechtsarbeiters gegenüber dem Regelungsbereich, den der Gesetzgeber im Auge hatte, verselbständigen.<sup>60</sup>

Es kann also nicht darum gehen, durch eine an den Problemen vorbeigehende Rechtsnormtheorie dem Gesetzgeber verlorenes Terrain zurückzugewinnen. Verlorenes Terrain kann er sich nur selbst zurückerobern, indem er die Bedingungen praktischer Rechtsarbeit ständig im Blick behält, bei der Produktion von Normtexten deren technische Umsetzung im Justizalltag berücksichtigt und die Normtextproduktion darauf abstimmt.<sup>61</sup> Denn es ist keineswegs so, daß der Gesetzgeber »gänzlich unfähig [sei], bestimmenden Einfluß auf die Entscheidungen des Richters zu nehmen«. Wenn Manfred Herbert so die Position der Strukturierenden Rechtslehre charakterisiert, dann liegt dem ein bizarres Mißverständnis zugrunde.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber kann die Entscheidung des Richters sehr wohl beeinflussen, aber *nicht allein durch den Normtext*.<sup>63</sup> Der Gesetzgeber erhebt in der Tat, wie Herbert ausführt, »mit dem Erlass eines Gesetzes einen verbindlichen normativen Anspruch, dem nach dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzesbindung – *soweit wie möglich* [...] – Folge zu leisten ist«.<sup>64</sup> Fragt sich nur, was möglich ist. Möglich ist es, den Normtext tatsächlich zum Ausgangspunkt der Entscheidung zu machen, ihn zunächst also ernst zu nehmen und nicht von vornherein zu verbiegen (zu »korrigieren«, oder »offensichtlich« vom Gesetzgeber nicht Gemeintes auszunehmen). Nicht möglich ist es hingegen, den Richter im Hinblick auf den konkret zu entscheidenden

60 Zu: Ingeborg Maus, Zur Problematik (Fn. 48), S. 172.

61 Vgl. dazu Strukturierende Rechtslehre, S. 272: »Gesetzgebung erscheint nämlich als vorweggenommene Fällösung, Normtextsetzung folglich als gleichsam umgekehrte und den späteren Entscheidungsvorgang in seiner Umkehrung vorwegnehmende Setzung von Entscheidungsnormen. [...] Damit Normtexte mit einer auch nur grundsätzlichen Chance für die durch sie bezeichneten Wirkungen gesetzt werden können, muß ein Mindestmaß an rechtsstaatlich rationalen und methodisch regulären Entscheidungsvorgängen von den Setzern der Normtexte [...] anzipiert werden.«

62 Manfred Herbert, Besprechung: Friedrich Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, in: Rechtstheorie 1994, S. 533 ff., hier: S. 536; nahezu textidentisch auch ders., Rechtstheorie als Sprachkritik. Zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 260–264. Zitiert wird die Besprechung.

63 Der Gesetzgeber kommt, entgegen Jürgen Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich, in: Faktizität und Geltung, S. 541, 563, nicht erst unter den Bedingungen sozialstaatlicher Politik ohne »regulatorisches Recht« aus. Allein durch die semantische Form des Gesetzes konnte der Gesetzgeber Justiz und Verwaltung noch nie binden. Es handelt sich hierbei um ein Strukturproblem der Rechtskonkretisierung, das auch bei einer höheren Dichte und Genauigkeit der sprachlichen Elemente des Normtextes nicht verschwindet. Vgl. die im Text folgenden Ausführungen.

64 M. Herbert (Fn. 62), S. 536; Hervorhebung nicht im Original.

Fall unmittelbar durch den »zu erkennen[den]«<sup>65</sup> Inhalt des Normtextes zu binden und so die Entscheidung zu beeinflussen. Der bloße Normtext ist nicht-normativ und kann als solcher den konkreten Fall nicht verbindlich regeln. Das kann, wie sich im oben dargestellten Fall einer Eigentumsverletzung durch Nutzungsbeeinträchtigung gezeigt hat, erst eine vom Normtext zu unterscheidende Textstufe (die Rechtsnorm), und zwar auch in den von Herbert als unproblematisch angeführten Fällen. Auf die Frage, ob jemand, der sich beim Ausfüllen einer Bestellkarte verschrieben hat, seine Willenserklärung nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten kann, ist zunächst zu antworten: ja, wenn dieses Verschreiben ein Fall des § 119 Abs. 1 BGB ist. Ob es ein solcher Fall ist, kann nicht lediglich anhand des Normtextes entschieden werden. Dieser sagt über den konkreten Fall gar nichts aus: In § 119 Abs. 1 BGB steht nichts über ein Verschreiben. Vor dem Hintergrund einer starken bedeutungsidealistischen Tradition kann es nicht deutlich genug formuliert werden: Ohne ein Hinzutreten des Richters und dessen Handlungen »hat« der Text überhaupt keine Bedeutung, schon gar nicht »für« den zur Entscheidung stehenden Fall. Er ist eine bloße Zeichenkette, sprichwörtlich »toter« Buchstabe.<sup>66</sup> Ob das Verschreiben ein »Irrtum« über den »Inhalt« der »Erklärung« war, oder ob der Besteller eine »Erklärung diesen Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte«, muß zunächst durch den Richter festgelegt und dargetan werden. Jemandem, der die Regeln des juristischen Sprachspiels nicht kennt, wird es schwer fallen zu bestimmen, ob der Fall des Verschreibens ein Fall des § 119 Abs. 1 BGB ist. Die Tatsache, daß dieser Fall in der juristischen Praxis keine Frage (mehr) aufwirft, daß der Fall für den Zivilrichter klar ist, zeigt, worum es geht: Er kennt die Regeln dieses Sprachspiels, er weiß, daß das Verschreiben ein Fall des § 119 Abs. 1 BGB ist. Kurz: Er weiß, wie § 119 Abs. 1 BGB *gebraucht* wird. Dieses Wissen über den Gebrauch ist aber alles andere als der »Inhalt« des Normtextes des § 119 Abs. 1 BGB.<sup>67</sup> Die Kenntnis des Gebrauchs ist das Wissen um »mitgebrachte Verwendungsweisen, welche in der Gestalt von Entscheidungen oder juristischer Dogmatik das neu zu findende Verständnis beeinflussen«.<sup>68</sup> Nur wenn man das klar ausspricht, kann die Relevanz dieser mitgebrachten Verwendungsweisen für die Rechtsarbeit bestimmt und kontrolliert werden. Wenn grammatisches und systematisches Konkretisierungselement einer (oftmals dogmatisierten) mitgebrachten Verwendungsweise nicht entgegenstehen, kann diese auch den konkreten Fall wieder steuern. Sie kann aber auch von Ergebnissen, die mit normtextnäheren Konkretisierungselementen erarbeitet wurden, verdrängt werden. Die Rede von einem zu erkennenden Inhalt erhebt die veränderbaren Verwendungsweisen dagegen in einen Status unveränderbarer, substantieller Bedeutung und schiebt dem Gesetzgeber damit etwas als von ihm gemacht unter, was tatsächlich erst im Rahmen einer interpretativen Praxis erzeugt wurde.

Nun zeigt sich, was die von Herbert angeführten einfachen Fälle einfach macht: die stabilisierende Funktion einer mitgebrachte Verwendungsweisen systematisch sammelnden und verarbeitenden Dogmatik. Wenn in diesen Fällen das dogmatische Konkretisierungselement das Verständnis des Normtextes steuert und damit der Fall sofort entschieden werden kann, dann deutet das nicht auf eine besondere *Bestimmtheit* i.S. einer »Eigenschaft« des Normtextes, sondern auf dessen erleichterte *Be-*

<sup>65</sup> Ders., S. 537.

<sup>66</sup> Vgl. Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, § 432: »Jedes Zeichen scheint *allein* tot. Was gibt ihm Leben? – Im Gebrauch *lebt* es« (Hervorhebungen im Original), in: ders., Tractatus logico-philosophicus u.a., Frankfurt am Main 1984, S. 416.

<sup>67</sup> So aber M. Herbert (Fn. 62), S. 537; er spricht dort vom Inhalt der Rechtsnorm, meint jedoch in der hier verwendeten Terminologie den Normtext.

<sup>68</sup> Christensen/Wimmer (Fn. 28), S. 43.

*stimmbarkeit* hin. An der theoretischen Ausgangssituation ändert sich nichts: Alle Normtexte sind, für sich genommen – d. h. ohne Kontexte, ohne mitgebrachte Verwendungsweisen usw. – auf den Fall hin zunächst gleichermaßen *unbestimmt*. Sie sind hingegen – und das unterschlägt Herbert – in sehr unterschiedlichem Maße *bestimmbar*. Diese Bestimmbarkeit kann der Gesetzgeber durch die sprachliche Struktur, die er einem Normtext gibt, d. h. durch die Dichte und Genauigkeit der einzelnen sprachlichen Elemente, bis hin zur fast vollständigen Determination der Bestimmbarkeit, steuern.<sup>69</sup> Aber auch in dieser Situation ist der Normtext im Hinblick auf den Fall nicht »bestimmt«. Auch hier muß der Rechtsarbeiter die Bedeutung des Normtextes für den zu entscheidenden Fall erst fixieren. Daß es nicht um eine bedeutungsidealistische Bestimmtheit geht, die den Richter in die Lage versetzt sehen will, »den Inhalt der einschlägigen Rechtsnorm zu erkennen«<sup>70</sup>, sondern daß es für den Rechtsarbeiter vielmehr um eine je unterschiedliche Bestimmbarkeit geht, zeigt gerade das von Herbert angeführte Beispiel des § 242 BGB. Dieser *kann* – wie auch die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe – bei der Konkretisierung erhebliche Probleme aufwerfen. Er ist jedoch auf den Fall hin einfach zu bestimmen, soweit bereits verfestigte Fallgruppen vorliegen, d. h. soweit eine stabile interpretative Praxis besteht. Kein Richter wird heute noch daran zweifeln, daß der Geltendmachung einer Verjährungsrede der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegengesetzt werden kann, wenn der Schuldner durch sein früheres Verhalten dem Gläubiger Anlaß dazu gegeben hat, von einer Unterbrechung der Verjährung abzusehen, denn dieses Verhalten des Schuldners fällt unter die Fallgruppe des »venire contra factum proprium« und verstößt damit gegen Treu und Glauben.<sup>71</sup> Auf die rhetorische Frage von Herbert, ob denn z. B. die §§ 119 und 242 BGB in gleicher Weise unfähig seien, »dem Interpreten etwas Verbindliches vorzugeben«<sup>72</sup>, muß die Antwort also lauten: ja, wenn mit dem »verbindlich Vorgegebenen« mehr als der Normtext gemeint ist.

Mit der Abkehr von unhaltbar gewordenen linguistischen Fiktionen macht die Strukturierende Rechtslehre die »Krise der Kommunikation« nicht zum »Normalfall«.<sup>73</sup> Das hieße, den doppelten Ansatz des strukturierenden Projekts, der Kritik und konstruktiv-methodische Strukturierung der Rechtsarbeit umfaßt, zu verken-nen. Nur sollten die vermeintlich klaren Fälle nicht dazu verleiten, aus den Augen zu verlieren, wie diese Klarheit gemacht wird, wie die Fälle klar werden. Die Strukturierende Rechtslehre zeigt, wie Kommunikation funktioniert, die sich unter den spezifischen Bedingungen praktischer Rechtsarbeit abspielt. Und sie zeigt deutlich, was nicht funktioniert: eine Bindung des Rechtsarbeiters durch bloße Zeichenketten. Der Text selbst kann die Entscheidung nicht beherrschen. Der Rechtsanwender be-herrscht vielmehr den Text und macht ihn sich für die Entscheidung gefügig. Erst der konsequente Bruch mit texttheoretischen Fiktionen kann die demokratietheoreti-sche Problematik ausreichend deutlich machen. Der Gesetzgeber muß seine inhalt-lichen Vorstellungen in (Norm-)Texten äußern, deren Bedeutung er (zumal für die je konkrete Anwendungssituation) nicht determinieren kann, d. h. in einer Form, die für sich genommen nicht garantieren kann, die gesetzgeberischen Vorgaben vom Parlament in den Prozeß der Konkretisierung hinüberzurücken und dort zu entfalten. Gleichzeitig erfordern jedoch Demokratieprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz, daß es eben gesetzgeberische Vorgaben sind, an denen die Fallentscheidung auszu-

69 Vgl. z. B. Juristische Methodik, S. 151

70 M. Herbert (Fn. 62), S. 537.

71 Vgl. nur Karl Larenz, Schuldrecht Bd. I, München 1987, S. 133.

72 M. Herbert (Fn. 62), S. 537.

73 So aber M. Herbert (Fn. 62), S. 537

richten ist. Dieses Paradox, den Rechtsarbeiter binden zu wollen, ohne ihn in der dafür vorgesehenen Form tatsächlich binden zu können, zeigt die Bedeutung, die juristischer Methodik im demokratischen Rechtsstaat zukommt. Ein Staat, in dem die »Richtigkeit« und »Gleichheit« des Gesetzes durch das besondere Verfahren seines Zustandekommens, durch die demokratische Genesis im Rahmen der prozeduralen Vorgaben der Verfassung, gewährleistet sein sollen und dessen Anspruch es ist, Gerechtigkeit nicht nur im abstrakten Gesetz aufzuheben, sondern auch in dessen konkreter Anwendung zu aktualisieren, ist in einer nicht zu überschätzenden Weise auf eine juristische Praxis angewiesen, die an die durch das Gesetzgebungsverfahren erzeugte Legitimität *anschließt* und diese nicht ständig unterläuft. Juristische Methodik schafft für diese Praxis eine nach rechtsstaatlichen Vorgaben ausgerichtete, prästabilisierte Arbeitsumgebung, auf die sich der Gesetzgeber verlassen können muß, wenn er den Normtext in sie hineinstellt. Ihre Aufgabe ist es also, eine Arbeitstechnik zu entwickeln, die es ermöglicht, die Kopplung demokratischer Politik und rechtsstaatlicher Form richterlicher Tätigkeit in die Praxis umzusetzen. Denn der Normtext als Ergebnis demokratischer Politik kann nur unter den Bedingungen rechtsstaatlicher Form juristischer Arbeit seine ihm zugedachte Funktion erfüllen. Juristische Methodik wird dadurch nicht zum »Demokratie-Ersatz«, sondern sie ist funktional ergänzend in einem Bereich, in dem demokratische Partizipation von Verfassungen wegen nicht vorgesehen ist. Die Rückkehr zu den Dogmen eines in der Rechtsnorm aufgehobenen Sinns oder vom zu erkennenden Inhalt der Norm, der den Richter unmittelbar binden soll, ändert nichts daran, daß der Rechtsarbeiter mit jeder Fallentscheidung die Bedeutung des Normtextes erst festsetzen muß. Sie entzieht diesen Vorgang allerdings der Kommunikation und ermöglicht es so, daß aktuelle, bloße Gewalt die Entscheidung dominiert und daß damit das Anliegen einer rechtsstaatlichen Methodik unterlaufen wird. »Im Sinne« der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen<sup>74</sup> wird nicht entschieden, wenn dem Gesetzgeber ein in Texten aufgehobener »Wille« für den jeweils zu entscheidenden Fall untergeschoben wird. Sondern nur dann, wenn der Normtext zum Ausgangspunkt der Entscheidung und Endpunkt der methodischen Zurechnung gemacht wird und wenn die Konkretisierung eine nach rechtsstaatlichen Standards geformte Struktur aufweist – das ist es, worauf der Gesetzgeber einen »verbindlichen normativen Anspruch erhebt«.

<sup>74</sup> Vgl. ders., Rechtstheorie als Sprachkritik, Baden-Baden 1995, S. 264.