

# Ralph Christensen/Michael Kromer Zurück zum Positivismus?

## Ein Beitrag zur neueren Methodendiskussion

### *1. Das neuerwachte Interesse an juristischer Methodik*

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit den methodischen Grundlagen und Regeln der Rechtssetzung und Rechtsanwendung hat in den letzten Jahren eine erstaunliche Renaissance erfahren. Normtheorien und Methodenlehren sind entwickelt und alsbald Gegenstand heftiger Kontroversen geworden.<sup>1</sup> Vor allem die aktuellen Tendenzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung gaben Anlaß, über Methodenprobleme nachzudenken und schärfen das Bewußtsein für die Bedeutung gesetzesstaatlicher Legalität. Besonders die Judikatur zur beamtenrechtlichen Gewährbieteformel mit ihren schwammigen Anforderungen an das Verhalten der Beamten läßt die freiheitsverbürgende Funktion von formaler Legalität hervortreten. Aber nicht nur in der Radikalenentscheidung, sondern auch in anderen Urteilen erkennt selbst das Bundesverfassungsgericht als »Hüter der Verfassung« Inhalt und Reichweite von Normbefehlen als mitbestimmt durch Erfordernisse der *Funktionsfähigkeit* gesellschaftlicher Institutionen, auf die sich der Normbefehl bezieht. So sei die 5%-Hürde des Wahlrechts erforderlich, um die »Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung«<sup>2</sup> sicherzustellen; so verlange die »Funktionsfähigkeit« der Lehre und das »Funktionieren des Selbstverwaltungsorgans« als Grenze einer rechtlichen Regelung der Organisation der Universitätsverwaltung, daß den Hochschullehrern ein ausschlaggebender Einfluß vorbehalten bleibe<sup>3</sup>. Die »Funktionsfähigkeit von Unternehmen«<sup>4</sup> wird zur rechtlichen Grenze der Mitbestimmung, und das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung findet seine Schranke an der »Funktionsfähigkeit der Bundeswehr«<sup>5</sup>. Für den Bereich der auf die Strafrechtspflege bezogenen Entscheidungen hat Eckart Riehle gezeigt, wie funktionale Erfordernisse einer »wirksamen Strafverfolgung«, zu denen etwa gehört, daß sich der Angeklagte nicht beliebig viele Verteidiger wählen kann<sup>6</sup> oder daß das Verfahren »innerhalb angemessener Zeit zum Abschluß gebracht werden«<sup>7</sup> kann, die Geltung strafprozessualer Verfahrensgarantien einschränken<sup>8</sup>. In der Konsequenz dieser Rechtsprechung liegt es, wenn das

1 Vgl. insbesondere die unten zitierten Arbeiten von F. Müller sowie die Kritik von Ingeborg Maus, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Abendroth, Blanke, Preuß u. a., Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, Frankfurt, 1981, S. 153.

2 BVerfGE 6, 104 ff. (112).

3 BVerfGE 35, 79 ff. (192 f.).

4 BVerfGE 50, 290 ff. (334 f.).

5 BVerfGE 48, 127 ff. (159 f.).

6 BVerfGE 39, 156 ff. (163).

7 BVerfGE 41, 246 ff. (250).

8 Eckart Riehle, Funktionsstüchtige Strafrechtspflege kontra strafprozessuale Garantien, KJ 1979, S. 316 ff. Auf die Tendenz der Rechtsprechung, mittels funktionalistischer Begriffe Gesetzesrecht zugunsten der Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Herrschaftsbereiche einzuschränken und damit die Gefahr, mit der Funktionsfähigkeit eine Supernorm zu konstruieren, verweist auch Joachim Perels, Über eine emanzipatorische Dimension des Rechts, noch unveröffentlichter Vortrag auf dem Symposium Menschenrechte, Paderborn 1981.

Bundesverwaltungsgericht die Grundrechtsausübung durch die »Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes« beschränkt<sup>9</sup>. Die Funktionsfähigkeit wird somit zum Schlüsselbegriff einer Rechtsprechung, die in der Gefahr steht, die Demokratiechancen der geschriebenen Verfassung der Effektivierung von Herrschaft unterzuordnen. Die über diesen Topos erfaßte naturwüchsige Logik der Verhältnisse droht zu einer dem positiven Recht vorgelagerten Ebene der »Meta-Legalität« zu werden<sup>10</sup>. Diese schließt die praktische Inanspruchnahme grundrechtlich garantierter Aktionsspielräume aus, indem sie ungeschriebene Einschränkungen setzt.

In der Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung tritt die *methodische Dimension* des Problems auch innerhalb der kritischen Diskussion stärker in den Vordergrund. So etwa, wenn im Hinblick auf eine Beeinträchtigung der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung von der juristischen Methodik gefordert wird, sie solle über die Grundsätze des »judicial self restraint« hinausgehende objektive Maßstäbe für die Praxis liefern<sup>11</sup>. Damit wird richtig festgestellt, daß »gesetzesstaatliche Legalität« mit ihrer freiheitsverbürgenden Funktion von Berechenbarkeit und Bindung des staatlichen Handelns an vorgegebene Rechtssätze überprüfbarer Maßstäbe juristischer Methodik bedarf, um über den Status des folgenlosen Postulats hinauszugelangen, das im Ernstfall der konkreten Entscheidung nicht einforderbar ist. Solange die kritische Diskussion dieses Terrain begriffsloser Praxis überläßt, bleibt ihre Kritik abstrakt und läßt sie immer den Einwand offen, es handele sich bei der kritisierten Entscheidung um den Vollzug des Gesetzes, also Rechtsanwendung. Ohne die Leistungsfähigkeit juristischer Methodik überschätzen und den stummen Zwang der Verhältnisse, dem auch Rechtsarbeit<sup>12</sup> als bestimmter Zweig gesellschaftlicher Arbeitsteilung ausgesetzt ist, unterschätzen zu wollen, kann eine rationale juristische Methodik zumindest dies leisten, daß sie Punkte konkret sichtbar macht, an denen etwa die oft beschworene Herrschaft des Gesetzes von aktuellen Machtinteressen verdrängt wird. Es stellt sich damit auch für die kritische Diskussion die Aufgabe, methodologische Standards auszuarbeiten, welche die rechtsstaatlichen Maßstäbe auch in alltäglicher Rechtsarbeit<sup>13</sup> einforderbar machen – eine Aufgabenstellung, wie sie gerade kennzeichnend ist für den normstrukturierenden Ansatz Friedrich Müllers. Die Auseinandersetzung mit diesem Ansatz, wie sie in der »linken« Diskussion jetzt beginnt, ist daher ein guter Maßstab dafür, inwieweit man nach dem Grundsatz der Einheit von Konstruktion und Kritik über die bloße Ideologiekritik hinaus zur Ausarbeitung einer rechtsstaatlichen Methodik gelangt, die zur tatsächlichen Strukturierung und Kontrolle praktischer Rechtsarbeit geeignet ist.

<sup>9</sup> BVerwGE 43, 149.

<sup>10</sup> Günter Frankenberg, *Angst im Rechtsstaat*, KJ 1977, S. 353 ff., weist auf die politische Apathie hervor-rufenden Auswirkungen einer »Meta-Legalität« auf die Grundrechtssubjekte hin.

<sup>11</sup> Christoph Müller, *Die Bekenntnispflicht des Beamten*, Bemerkungen zu § 35 Abs. 1, S. 1 BRRG, zugleich Anmerkungen zur Methodologie Friedrich Müllers, in: Abendroth, Blanke, Preuß u. a., *Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft*, S. 211.

<sup>12</sup> Vgl. zu diesem Begriff Friedrich Müller, *Recht – Sprache – Gewalt*, S. 16 f.; ders., *Juristische Methodik*, S. 16 f., 25, 103, 182.

<sup>13</sup> Rechtsarbeit meint nicht nur die Tätigkeit von Richtern, sondern jede Anwendung von Rechtsnormen auf zu entscheidende Sachverhalte durch Professionelle sowie Rechtsanwendung; siehe F. Müller, *Recht – Sprache – Gewalt*, ebd.

Ingeborg Maus geht bei ihrer Untersuchung der aktuellen juristischen Methodendiskussion<sup>14</sup> von der Frage aus, ob juristische Methodik in der Lage ist, das rechtsstaatlich geforderte Maß an Rationalität zu erreichen. Dieses einzufordernde Maß an Rationalität muß nach Maus verhindern, daß das Recht als ein Instrument gesellschaftlicher Reform und Veränderung ineffektiv wird, weil das GG stillschweigend von den Rechtsanwendern zu einer Bestätigung des status quo umfunktioniert wird<sup>15</sup>. Maus wendet sich gegen eine Modifizierung der Gewaltenteilung, bei der der Richter Gesetze umdeuten (u. U. in ihrer fortschrittlichen Dimension kupieren) kann. Die Gefahr neuerer Methoden wie Topik, rhetorischen Argumentationstheorien oder gar von Theorien der Rechtsgewinnung, die sich allein am faktischen Ablauf des Entscheidungsprozesses orientieren, liegt in der Tat darin, daß sie vom Richter dazu benutzt werden können, sich kraft eigener Machtvollkommenheit zum Nebengesetzgeber aufzuschwingen. Meßlatte für jede rationale Methodik muß daher, wie Maus richtig feststellt, sein, inwieweit sie ein Mehr an Rationalität gegenüber dem Positivismus bringt und wie stark die Gesetzesbindung – der sogenannte Primat des gesetzten Rechts – ist.

Ihre Eingangsthese, daß die gegenwärtige Methodik, indem sie ihre Aufmerksamkeit auf die außergesetzlichen Bedingungen der Rechtsprechung richte, das richterliche Handeln aus legislativer Programmierung freisetze und Rationalität nur noch von der autarken richterlichen Wertung selbst fordere, will sie dabei an der normstrukturierenden Methodik Friedrich Müllers exemplifizieren. Maus macht dabei nicht eigene methodische und rechts(norm)theoretische Voraussetzungen, sondern kritisiert vom politologischen Ansatz her die politischen Implikationen und Auswirkungen der strukturierenden Methodik.

Im Zentrum ihrer Kritik steht dabei die rechts(norm)theoretische Voraussetzung der strukturierenden Methodik, daß die Norm mehr sei als ihr Text. Die Norm bestehe nach dieser Auffassung vielmehr aus dem Normprogramm, das im Normtext (unvollständig) repräsentiert werde und dem Normbereich, das ist der Teil der sozialen Wirklichkeit (Sachbereich), der vom Normprogramm als für die Norm relevant hervorgehoben wird. Eine Fallentscheidung werde dadurch erreicht, daß ausgehend von einer Normtextinterpretation Normprogramm und Normbereich schrittweise aneinander konkretisiert werden. Was am Normbereich fallrelevant ist, wird durch das Normprogramm bestimmt; die endgültige Konkretisierung des Normprogramms auf eine Entscheidung hin wird jedoch durch den Normbereich beeinflusst. Diese Konkretisierung mündet in einer Entscheidungsnorm (diese muß auf die allgemeine Norm rückführbar sein und darf nicht gegen deren Wortlaut verstoßen), die dann auf den Fall angewendet wird<sup>16</sup>. Eine solche Normkonkretisierung ist wegen Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG strikt gebunden an die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit mit ihren Anforderungen an Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Entscheidung einschließlich Methodenklarheit, Gleichheitssätze, Diskriminierungsverbote, Rechtsweggarantie, Verbot der Verfassungsaushöhlung usw. Ausgangspunkt und Grenze der Normkonkretisierung ist immer der Normtext.

Maus gesteht der strukturierenden Methodik zu<sup>17</sup>, daß die Rangordnung der Kon-

<sup>14</sup> Ingeborg Maus, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: *Ordnungsmacht?*, S. 133 ff.

<sup>15</sup> Ebd., S. 158.

<sup>16</sup> Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, S. 116 ff. Besonders instruktiv: Müller/Pieroth/Fohmann, *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, 1982, S. 97-107; Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, S. 147 ff., 168 ff., 184 ff.

<sup>17</sup> Maus, a. a. O., S. 160.

kreterisierungselemente und die Zuordnung zu Normtext und normbereichsbezogenen Argumenten ein erhebliches Maß an Rationalität und Kontrollierbarkeit richterlicher Entscheidungsprozesse gebracht habe. Dieses Verfahren erlaube eine Durchdringung jenes geheimnisvollen Selektionsvorgangs, indem im Zuge der Normkonkretisierung Daten des Sachbereichs Eingang in den Normbereich finden. Damit ließe sich die Willkür richterlicher Wertung gesellschaftlicher Strukturen steuern. Voraussetzung für Maus ist aber die Rechtsnormtheorie, mit der diese Methodik steht und (nach Maus) fällt. Sie fällt wohl deshalb, weil sie eine Soziologisierung des Rechts vertrete und damit nicht der Gesetzgeber mittels der Norm die Wirklichkeit steuern kann, sondern die Wirklichkeit wiederum die Norm, genauer: deren Inhalt beeinflusst. Dies ist das Hauptanliegen des Aufsatzes von Maus, die Rückkoppelung der Norm mit der Wirklichkeit zu zerstören. Denn in einer völligen Trennung von Sein und Sollen liegt für sie das fortschrittliche Element des Positivismus, das es zu bewahren gilt.

Mit der Einbeziehung des Normbereichs, also von Realelementen, in den Vorgang der Normkonkretisierung setzt sich die strukturierende Methodik daher dem Vorwurf der Soziologisierung des Rechts aus<sup>18</sup>. Durch die Hereinnahme der der Norm zugrunde liegenden Wirklichkeit werde der gesellschaftliche status quo zementiert. Darin steckt die Behauptung, eine Norm sei ohne Bezug auf die Wirklichkeit mit Hilfe von verschiedenen Auslegungsmethoden am Text allein »auszulegen«, eine Entscheidung zu »finden«. Was von einer solchen positivistischen Normtheorie zu halten ist, zeigt sich leicht an Beispielen: Ein Rechtsstreit hat die Beschwerde von Anwohnern über Umweltverschmutzung eines Industriebetriebs zur Grundlage. Hier wird die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG für den Industriebetrieb relevant. Die Anwohner würden Art. 14 Abs. 2 S. 2 anführen: »Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen«. Wer will behaupten, dieser Satz sei für den vorliegenden Fall dadurch auszulegen, daß man den Wortlaut hermeneutisch umkreist, nach dem objektiven oder subjektiven Willen des Verfassungsgebers forscht und im Grundgesetz die systematischen Bezüge ermittelt. So könnte allenfalls eine gewisse Klärung der Worte »soll« und »Wohl der Allgemeinheit« ermittelt werden. Ohne Einbeziehung von Fakten, wie Umfang und Gefährlichkeit der Verschmutzung, Entfernung der Betroffenen von der Immissionsquelle, Zeitfolge der Bebauung, Wichtigkeit des produzierten Gutes für die Allgemeinheit usw., wäre eine Entscheidung ohne Normbereichsanalyse nur über »das Wesen« des Eigentumsschutzes, die »Abwägung der Interessen« oder ähnliche normativ nicht abgesicherte Einbruchstellen privater, ideologisch begründeter Meinungen möglich. Diese »Faktizität« ist mit Normbereichsanalyse als Teil der Normkonkretisierung gemeint. Allein mit ihr ist eine Falsifizierung von Entscheidungsmöglichkeiten und Entscheidungsnormhypothesen möglich. Maus hält der Normkonkretisierung entgegen, sie verwische den Unterschied zwischen dem Inhalt einer Norm, der durch Auslegung zu gewinnen sei, und dem Anwendungsbereich der Norm, der für sie durch Normbereichsanalyse zu ermitteln sei<sup>19</sup>. Dieses Begriffspaar wird in der Wissenschaftstheorie *Intension und Extension von Begriffen* genannt. Maus ist der Meinung, beides scharf trennen zu können, die Identifizierung von Extension und Normbereich vornehmen zu können. Maus müßte jedoch klarlegen, wie sie die Bedeutung (Intension) von »Wohl der Allgemeinheit« (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG),

18 Ebd., S. 163 f., 171: obwohl sich Friedrich Müller gerade dagegen abzugrenzen versucht: Normstruktur und Normativität, S. 30 f., 121 ff.; Juristische Methodik, S. 121, 132, 192-194.

19 Maus, a. a. O., S. 163.

»Belange der BRD« (§ 2 Abs. 2 S. 1 AuslG), »außenwirtschaftliches Gleichgewicht« (§ 4 Stabilitätsgesetz) exakt ohne Einbeziehung der dem Fall zugrunde liegenden Fakten definieren oder interpretieren will. Erst wenn so der Inhalt der Norm, d. h. die Intension der Begriffe und der gesamten Norm feststünde, könnte die Ja-Nein-Entscheidung, ob ein gegebener Fall in den Normbereich fällt, d. h. hier extensional zur Norm gehört, durch Normbereichsanalyse geklärt werden. Mag sein, daß diese Vorstellung das ist, was Maus als »den eigentlichen Gesetzespositivismus«<sup>20</sup> bezeichnet. Rationalität und strikte Gesetzesanwendung ohne Blick auf die Wirklichkeit scheinen auch an anderen Stellen<sup>21</sup> das fortschrittliche Element am Positivismus zu sein. Dennoch: Gerade der Positivismus hat seine Einbruchstellen der Wirklichkeit in »Verkehrssitte«, »Treu und Glauben« und im »Sittengefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden«, also für Soziologismen der unrationalsten Art gehabt.

Auch wenn die implizite Voraussetzung von Maus, daß die Konkretisierung von Rechtsnormen ohne die Einbeziehung von Realelementen möglich ist, abzulehnen ist, stellt sich trotzdem die Frage, ob eine solche Einbeziehung der Wirklichkeit kontrolliert erfolgen kann. Nach Maus kann nämlich die Normtheorie Friedrich Müllers die Differenz von Bestätigung und Veränderung der Gegebenheiten der sozialen Welt nicht erfassen<sup>22</sup>. Besonders im Bereich der Grundrechtsinterpretation belegten die höchst unterschiedlichen Aussagen Friedrich Müllers zur Normbereichsanalyse die Ambivalenz der Integration sozialer Strukturen in den Normbegriff: So erkenne Friedrich Müller an, daß die Pressefreiheit durch oligopolistische und monopolistische Entwicklungen in ihrem Normbereich gefährdet sei und interpretiere gesetzliche Interventionen zum Schutz der Meinungsvielfalt im Pressebereich als »Einwirken auf den Normbereich eines Grundrechts zu dem Zweck, sein im Text der Verfassungsurkunde unverändertes Normprogramm (...) auch in Zukunft realisierbar zu erhalten«<sup>23</sup>. Während er damit einerseits das Element einer normativen Spannung und Nichtanerkennung faktischer gesellschaftlicher Entwicklung *contra legem* aufrechterhalte, mache er sich andererseits zum »Anwalt des Bestehenden«<sup>24</sup>, wenn er etwa solche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts positiv würdige, in denen Realität schlicht normativ gewendet wird. Als Beispiel führt Maus hier die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, in der unter Aufhebung eines Urteils des Bundesarbeitsgerichts trotz fehlender Kampfbereitschaft dieser Organisation die Tariffähigkeit einer Vereinigung katholischer Hausgehilfinnen festgestellt wird. Während das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung von einem »festen, historisch überkommenen Gewerkschaftsbegriff«<sup>25</sup> ausgeht, stellt das BVerfG, ohne die Kampfwilligkeit schmälern oder antasten zu wollen, zu Recht darauf ab, daß die Koalitionsfreiheit die Bildung, Betätigung und Entwicklung der Koalitionen in ihrer Mannigfaltigkeit umfaßt und ihnen damit grundsätzlich die Wahl ihrer Mittel zur Erreichung ihres Zwecks überläßt<sup>26</sup>. Soweit

<sup>20</sup> Der »eigentliche« Positivismus ist nach unbestrittenem Wortgebrauch Gerber, Laband; in der Weimarer Republik und später Anschütz und Jellinek. An anderer Stelle bezeichnet Maus Radbruch (mit Recht) sowie Fraenkel und Franz Neumann als »Weimarer Positivisten« (Maus, *Aspekte des Rechtspositivismus in der entwickelten Industriegesellschaft*, in: *Festschrift f. C. Schmid*, 1972, S. 132). Dieser Sprachgebrauch ist zumindest unüblich. Entgegen Maus kann auch Hermann Heller nicht angeführt werden, da gerade dieser beim Begriff der Normativität eine völlig unkontrollierbare Einbruchstelle für Soziologismen hat (siehe H. Heller, *Staatslehre*, 1934, S. 257 f.).

<sup>21</sup> Maus, *a. a. O.*, S. 156 f., 167.

<sup>22</sup> Ebd., S. 165.

<sup>23</sup> Zitat aus Friedrich Müller, Nachschrift zu: »Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst«, in: *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik*, S. 75 ff. (93).

<sup>24</sup> Maus, *a. a. O.*, S. 167.

<sup>25</sup> BVerfGE 18, 18 ff. (21).

<sup>26</sup> BVerfGE, *a. a. O.*, 32.

in diesen, in seinen Einzelheiten fragwürdigen, Ansatz zu einer Normbereichsanalyse Sachgesichtspunkte eingeführt werden, dienen sie dazu, die Möglichkeit darzutun, daß das Ziel, »das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden«, für eine solche Vereinigung auch bei fehlender Kampfbereitschaft erreichbar ist. Damit wird nicht die schlichte Faktizität, daß mit solchen nicht streikbereiten Vereinigungen Tarifverträge abgeschlossen werden, zur Norm erhoben, sondern bei der Einbeziehung von Realelementen der Ausgangspunkt des Normprogramms im Auge behalten, welches die Koalitionsfreiheit nicht in festen institutionellen oder staatlich verordneten Formen gewähren will, sondern als sozialen Prozeß garantiert<sup>27</sup>. Bei Art. 9 Abs. 3 GG wird also keineswegs die Eigendynamik des Sozialbereichs durch staatliche Sollvorgaben eingeschränkt. Darin liegt der Unterschied zur Garantie der Pressefreiheit. Diese bedarf zu ihrer Aufrechterhaltung der Durchsetzung einer bestimmten Marktstruktur gegen anders verlaufende Realentwicklungen.

Die von Maus angesprochene Ambivalenz, welche sie aus diesen gegensätzlichen Ergebnissen folgern zu können meint, löst sich daher auf. Die Einbeziehung von Realdaten in die Entscheidung wird in ihrer Fragerichtung gesteuert durch das anhand von Sprachdaten ermittelte Normprogramm und ist nicht einfach die Aufnahme von behaupteten Sachgesetzmäßigkeiten. Das Normprogramm begrenzt durch Sollwertvorgaben die Eigendynamik des Sozialbereichs. Etwas anderes gilt, wenn die Norm die Eigendynamik des fraglichen Bereichs gerade schützen will. Dies ist der von Maus vermißte Unterschied von Bestätigen und Verändern der Wirklichkeit durch die Norm. Gesellschaftliche Sachgesetzmäßigkeiten sind damit keine Vorgegebenheit, sondern stehen zur Disposition des Normprogramms. Verallgemeinernd läßt sich sagen, daß die in ihrer Notwendigkeit nicht zu bestreitende Einbeziehung der Wirklichkeit in die Rechtskonkretisierung mit der strukturierenden Methodik gerade kontrollierbar wird. Denn Wirklichkeit ist hier nicht mehr als undifferenzierte Totalität Fundus für beliebige Erwägungen, sondern kommt nur insoweit in den Blick, als sie in einem bestimmten Ausschnitt von der Norm in Bezug genommen wird, als Zusammenhang bestimmter empirischer Tatsachen, welcher vom Normprogramm als real möglich formuliert wird.

Nach Maus hebt die Einbeziehung von Realelementen in die Normkonkretisierung jedoch die Eigenständigkeit des Normprogramms auf. Indem Friedrich Müller davon ausgehe, daß das Normprogramm im Wortlaut der Norm so unvollkommen enthalten sei, daß es erst im Ablauf des gesamten Konkretisierungsprozesses einschließlich der Normbereichsanalyse zu erarbeiten sei, werde der Wortlaut zum Ergebnis der Auslegung statt zu ihrer Grenze. Damit werde die Aktivität sprachlicher Sinnggebung vom Gesetzgeber auf die Rechtsprechung verlagert und eine Unmöglichkeit der Kommunikation zwischen beiden behauptet, obwohl doch beide Instanzen mit den gleichen sprachlichen Verwendungsregeln und gleichem Wirklichkeitsverständnis operierten<sup>28</sup>. Dieser Einwand hebt richtig darauf ab, daß die Möglichkeit der Überprüfung der konkreten Entscheidung an der Norm voraussetzt, daß es einen Norminhalt gibt, der außerhalb des Bewußtseins des Interpreten existiert und der in seinem objektiven Informationsgehalt ermittelt werden kann. An der Widerständigkeit welchen Materials sollte die vom Anwender vorgeschlagene Entscheidungsnorm sonst falsifizierbar sein?

Der Einwand greift allerdings zu kurz, insoweit er voraussetzt, daß Rechtsanwen-

27 Josef Hoffmann, Die Kunstfreiheitgarantie des Grundgesetzes und die Organisation einer Mediengewerkschaft, S. 33 f. Der Autor spricht davon, daß Art. 9 Abs. 3 GG einen Prozeß erfaßt - nämlich die gewerkschaftliche Bewegung als Spezifikum des Emanzipationsprozesses der Arbeiterklasse, und zwar so erfaßt, wie sich diese Bewegung in ihren jeweiligen Erscheinungsformen darstellt.

28 Maus, a. a. O., S. 161 f.

dung nur die Aktualisierung vorgegebener Sprachverwendungsregeln zeigt. Sehr häufig wird der zu entscheidende Fall zumindest in einem Merkmal von der Sprachverwendungsregel oder dem lexikalischen Gehalt des Begriffs abweichen. So läßt die Verwendungsregel des Begriffs Koalition gerade keine Aussage darüber zu, ob eine solche Organisation kampfbereit sein muß oder nicht, kann also eine Entscheidungsnorm weder in der einen noch der anderen Hinsicht »falsifizieren«. Allein die »Botschaft« des Gesetzes, von der Maus spricht, reicht zur Entscheidung nicht hin; denn der Gesetzgeber konnte bei seiner Formulierung der Norm nicht alle künftig von ihr zu entscheidenden Fälle vorwegnehmen<sup>29</sup>. Insofern ist die Entscheidung mehr als die bloße »Widerspiegelung« der Norm. Sie ist eine »Fortbildung«, die jedoch kontrolliert erfolgen muß, und damit unter den rechtsstaatlichen Anforderungen des Grundgesetzes zu ihrer Überprüfung am Gehalt des Gesetzes mehr als nur der einen Instanz des grammatischen Elements bedarf<sup>30</sup>.

Die Entscheidungsnorm als Ausspruch der Regelung des konkreten Falls muß sich nicht nur im Hinblick auf ihre Überprüfung am grammatischen Element bewähren; denn dies allein könnte kaum Entscheidungsnormen ausschließen, ohne verdeckte Unterstellungen zu machen. Vielmehr muß die Entscheidungsnorm vereinbar sein mit dem umfassend konkretisierten Normprogramm<sup>31</sup>. Wenn die Entscheidungsnorm von den mit den herkömmlichen canones gewonnenen Sprachdaten nicht ausgeschlossen wird, kann sie also immer noch an Realdaten scheitern, die eingeführt werden zur Herstellung der zur Überprüfung der Entscheidungsnorm benötigten »Intensionstiefe«<sup>32</sup>. Insofern geht der Vorwurf an der Sache vorbei, das, was zu falsifizieren wäre (»empirische Aussagen aus dem Normbereich«), würde in die »Instanzen der Falsifikation« (gemeint sind wohl die Konkretisierungselemente) eingehen und damit einen Zirkelschluß bilden<sup>33</sup>. Denn Ausgangspunkt der Normkonkretisierung ist die Auslegung des Normtextes anhand der canones und anderer Auslegungsmittel; falsifiziert wird anhand der Normbereichsanalyse allenfalls eine danach noch übriggebliebene Normhypothese. Es liegt kein zirkulärer Prozeß, sondern eine bis zur Entscheidungsnorm fortschreitende Konkretisierung vor. In Widerspruch zur Intention der rechtsstaatlich orientierten Rationalisierung des Entscheidungsprozesses wird dagegen durch eine positivistische Methodik, die sich auf die bloße Textauslegung beschränkt, die Überprüfung von Entscheidungsnormen am Gehalt des Gesetzes gerade verkürzt, weil auch sie, wie oben an Beispielen gezeigt, nicht ohne Wertungs- und Realelemente auskommt.

In der Kritik von Maus, die normstrukturierende Methodik sei wehrlos gegen Verwertungen, die ihren subjektiven Intentionen fernstehen, liegt jedoch über das sich aus ihrer Trennung von Sein und Sollen ergebende Mißverständnis von Zirkularität hinaus der Vorwurf des Offen-Seins für verschiedene ideologische Interpretationsmöglichkeiten. Durch die Einbeziehung von empirischen Elementen in die Konkretisierung wären nicht nur rechtsstaatliche und fortschrittliche Entscheidungen, sondern auch beliebige Formen von Klassenjustiz möglich. Darin enthalten ist der Vorwurf, die strukturierende Methodik sei keine einen Lösungsvorschlag eindeutig positiv auszeichnende Methodik.

<sup>29</sup> Vgl. dazu Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, S. 138 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zu diesem Begriff Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, S. 119, 119, 261.

<sup>31</sup> Vgl. dazu Friedrich Müller, *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik*, S. 273 f.

<sup>32</sup> Vgl. dazu Hubert Rottdeurhner, der diesen Begriff von Arne Naess aufnimmt, um den Zusammenhang empirischen Wissens mit semantischem Wissen deutlich zu machen. *Hermeneutik und Jurisprudenz*, in: Hans Joachim Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, S. 7 ff. (18 und Fn. 15).

<sup>33</sup> So aber Maus, 2. a. O., S. 163.

Die Kritik von Maus, daß eine solche Methodik möglicherweise mit anderen ideologischen Inhalten aufgeladen und gegen linke emanzipatorische Verfassungskonzeptionen gewandt werden kann, ist als Tatsachenfeststellung richtig. Richtig daran ist, daß diese Methodik keine Begründungsschemata für »wahre« oder »fortschrittliche« Auslegungen des Normtextes geben kann oder will. Dies könnte nur eine Methodik, die sich streng an den Willensbekundungen der jeweiligen gesetzgebenden Mehrheiten ausrichtete, die damit einmal schon »progressiv«, einmal noch »wilhelminisch-konservativ« wäre, je nachdem, wann das entsprechende Gesetz erlassen wurde; oder es wäre eine Methodik erforderlich, die den Satz »im Zweifel für den Fortschritt« aufs Papier geschrieben hätte und so vor langer Zeit entstandene konservative Gesetze »auslegen« könnte. Maus scheint von dem Irrglauben auszugehen, daß es in allen Bereichen der Methodik möglich sei, eine Falllösung als die richtige auszuzeichnen (so z. B. S. 166). Angesichts der Abhängigkeit solcher Grundrechte wie Willkürverbot oder des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung von Ideologien, Erfahrungen, sozialem Status wird es immer verschiedene vertretbare Auffassungen geben, die dennoch alle methodisch korrekt zustande gekommen sein können. Wer eine Methodik fordert, deren Ergebnis immer »emanzipatorisch« oder »fortschrittlich« ist, der steckt heimlich seine Ideologie von vornherein als Wertungsparameter möglicher Lösungen in die Methodik und will diese auch nicht aufdecken. Damit tut er dasselbe wie die Begriffsjurisprudenz seit Mitte des letzten Jahrhunderts. Müllers Methodik dagegen wird solche Wertungen – sofern sie überhaupt je nach Funktion des Rechtsanwenders angestellt werden dürfen – als normgelöst-dogmatische oder rechtspolitische Argumente ausdrücklich einbeziehen, d. h. somit rationalisieren und diskurs- und konsensfähig machen.

Der Einwand, Müller würde den Gesetzgeber genauso wie die Rechtsprechung festnageln und gesellschaftlichen Fortschritt verhindern, verkennt die Verfassungslage (Art. 1 Abs. 3 GG). An die Verfassung sind alle gleichermaßen gebunden und müssen die Verfassung und die Gesetze gleichermaßen methodisch auslegen bzw. verfassungsgemäße Gesetze beschließen. Unter dem Grundgesetz ist der Gesetzgeber eben nicht mehr von allen normativen Anforderungen freigestellt. Ist dem Parlament die Offenheit der Verfassung zu eng, muß sie der Verfassungsgeber – aber nur dieser – eben ändern. Die Kritik an der These, daß Gesetzgebung und Rechtsprechung gleichrangig verfassungskonkretisierend arbeiten, verkürzt desweiteren den Stellenwert der juristischen Methodik auf ihre »Legislativfunktion«: Der Zweck juristischer Methodik ist einzig und allein die Souveränität des Parlaments zu sichern gegen ein Abkoppeln richterlichen Amtsrechts vom gesetzten Recht. Das heißt, die Forderung korrekten methodischen Arbeitens darf sich nur gegen die Rechtsprechung richten, nicht aber gegen den Gesetzgeber. Aber wenn I. Maus sich dagegen wendet, daß die juristische Methodik »Rechtsetzung und Rechtsanwendung prinzipiell gleichermaßen wissenschaftlich-methodischer Beurteilung unterstellt«<sup>34</sup> und andererseits die Aufgabe des Gesetzgebers dahingehend bestimmt, »eigenständige Zwecksetzungen im Rahmen der Verfassung zu verfolgen«,<sup>35</sup> stellt sich für sie folgendes Problem: Wie soll der Gesetzgeber den Rahmen der Verfassung bestimmen, wenn nicht durch korrektes methodisches Arbeiten.

Zwar ist es richtig, daß das Bundesverfassungsgericht diesen Rahmen der Verfassung materiell auflädt, sei es durch zur Norm erhobene funktionale Erfordernisse oder durch eine materielle Wertordnung. Aber hier kommt es darauf an, die Fehlerhaf-

34 f. Maus, a. a. O., S. 171.

35 Ebd.

tigkeit einer solchen Argumentation sowohl von der methodischen Seite<sup>36</sup> als auch von der verfassungstheoretischen Seite<sup>37</sup> her nachzuweisen. Nichts wird dadurch gewonnen, daß man die methodisch korrekt bestimmte Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung bestreitet; diese ist vielmehr gerade herauszuarbeiten. Der Versuch, die Methodik auf die »Legislativfunktion« zurückzuschrauben, steht im Kontext eines formalen Rechtsstaatsverständnisses, für das die inhaltliche Rationalität eines Gesetzes allein durch die demokratische Form seines Zustandekommens garantiert ist. Die juristische Methodik verliert dann ihre Aufgabe, die politischen Freiheitsrechte auch gegenüber dem Gesetzgeber argumentativ einforderbar zu machen. Denn die Bindung des Gesetzgebers an die Freiheitsrechte stelle schon den Ansatz zu einer höherstufigen Legalität dar<sup>38</sup>.

Jedoch übersieht diese Position, daß den politischen Freiheitsrechten als Garantie des demokratischen Rahmens der politischen Auseinandersetzung Gefahren nicht nur durch die Rechtsprechung, sondern auch durch den Gesetzgeber drohen. Auch hier bedarf es einer kontrollierten methodischen Argumentation zur Offenhaltung dieser Freiheitsbereiche gegen ihre drohende Festlegung auf den gesellschaftlichen status quo.

Der Vorwurf, der in dieser Kritik weiter mitschwingt, eine strukturierende Methodik binde den Gesetzgeber an den status quo, ist völlig unhaltbar. Die Methodik will den Gesetzgeber oder Rechtsanwender nur allgemein an das binden, was positives Recht ist. Das heißt, daß gerade sie den Unterschied betont, daß der Rechtsanwender an Gesetz und Recht einschließlich Verfassung, der Gesetzgeber jedoch nur an die verfassungsmäßige Ordnung einschließlich der Grundrechte gebunden ist – ihre Betonung liegt auf der je unterschiedlichen strikten Normbindung<sup>39</sup>. Die strukturierende Methodik hat immer wieder nicht nur die Striktheit der Normbindung, sondern auch die Unabhängigkeit von irgendwelchen, nicht in der Norm zum Ausdruck gekommenen Staats- oder Verfassungstheorien betont<sup>40</sup>. Methodik wendet sich nicht gegen den Gesetzgeber, sondern gegen Kompetenzanmaßungen durch unzuständige Verfassungsgorgane. Inhaltliche Änderungen der Verfassungsnormen ohne Textänderung durch Gesetzgeber oder Rechtsanwender sind nicht umsonst nach den Erfahrungen der Weimarer Republik durch Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG verboten. Rechtsstaatliche, strukturierende Methodik kann unter Einbeziehung des Normbereichs, d. h. der sozialen Wirklichkeit, den Inhalt rational bestimmen und damit eher konsensfähig machen als die bisherigen heimlich eine Ideologie unterstellenden Methodiken.

### *III. Zurück zu Kelsen? Die methodischen Prämissen der Kritik*

Was bei Ingeborg Maus, die ihre eigene methodische Position nicht expliziert, als unbefragte Übernahme hergebrachter Argumente, wie der Trennung von Sein und Sollen erscheint, läßt sich im Gesamtrahmen der hier angesprochenen Diskussion rekonstruieren als eine Forderung zurück zu Kelsen. Ausgehend von einer Interpre-

<sup>36</sup> Vgl. dazu F. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, 1979.

<sup>37</sup> Jürgen Seifert, *Haus oder Forum. Wertsystem oder offene Verfassung*, in: Jürgen Habermas (Hrsg.), *Stichworte zur geistigen Situation der Zeit*, S. 321 ff.

<sup>38</sup> I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, S. 13 ff. (S. 37).

<sup>39</sup> F. Müller, *Juristische Methodik*, S. 78 ff.

<sup>40</sup> F. Müller, *Juristische Methodik*, S. 189.

tation der Verfassung als Waffenstillstandslinie zwischen den Klassen, eine Verfassung, die heute links von der Wirklichkeit stehe, hat Helmut Ridder eine Bindung der Auslegung an das grammatische und historisch-genetische Element gefordert, damit die Differenz zur sogenannten »Verfassungswirklichkeit« nicht bei der Anwendung der Verfassung nivelliert wird. Auf die »Grobschlächtigkeit«<sup>41</sup> der Formel: Wortlaut plus historische Auslegung, die zur tatsächlichen Strukturierung praktischer Rechtsarbeit nicht ausreicht, ist in der Literatur schon hingewiesen worden. Jedoch ist Helmut Ridders Forderung einer Rehabilitierung des Positivismus dahingehend ergänzt, diesem Positivismus die »soziologische Blindheit«<sup>42</sup> auszutreiben. In diesem Zusammenhang sind die Versuche von Peter Römer<sup>43</sup> und Christoph Müller<sup>44</sup> zu sehen, den Ansatz der reinen Rechtslehre in veränderter Form für heutige Methodendiskussion fruchtbar zu machen. Römer geht dabei mit Kelsen davon aus, daß Rechtsanwendung nicht bloßer Erkenntnisakt, sondern auch Erzeugung von Recht ist. Dies schon deswegen, weil das Konkrete im Abstrakten nie vollständig enthalten ist, also auch nicht logisch deduzierbar ist<sup>45</sup>. Allerdings will er die Beschränkung der reinen Rechtslehre, nur die Erkenntnis des Rechts zu behandeln und die Erzeugung auszublenden, durchbrechen. Er erkennt, daß Kelsens Vorstellung des Rechts als ein Rahmen für verschiedene gleichmäßig richtige Interpretationsweisen des Rechts ein bloßes Bild bleibt, wobei unklar ist, wie der Rahmen festzustellen ist. Deshalb fordert er eine Ergänzung der Kelsenschen Erkenntnislehre des Rechts durch eine »Rechtserzeugungswissenschaft«, welche die Willensentscheidung des rechtsanwendenden Organs analysiert »als Vorverständnis (. . .) des Richters von der sachgerechten Fallentscheidung, als eine Entscheidung, die nur getroffen werden sollte unter Berücksichtigung der sozialwissenschaftlichen *Analyse der Interessen*, über die entschieden wird; als eine Entscheidung, die ihre eigenen sozialen, politischen, gesellschaftlichen *Folgen* mitberücksichtigt, als eine Entscheidung, die bestimmten *formalen Regeln* folgt, z. B. der von der Widerspruchslosigkeit, und deshalb in einem gewissen Umfang intersubjektiv rational nachprüfbar ist; als eine Entscheidung, die aufgrund eines *rationalen Diskurses* über soziale Präferenzregeln konsensfähig ist; als eine Entscheidung, bei der vom Entscheidenden seine eigene Entscheidungssituation sowie seine *subjektiven Entscheidungsvoraussetzungen* – Herkunft, familiäre und professionelle Sozialisation, individualpsychologische Einstellungen – mitzureflekieren sind.«<sup>46</sup> Dieses Vorgehen hätte Kelsen, könnte er sich noch wehren, methodensynkretistisch genannt. Und sein Vorwurf, daß damit Irrationalität in die Rechtswissenschaft einbreche, wäre gegenüber diesem Methodenpotpourri – eine Aufzählung von Schlagworten aus der jüngsten Methodendiskussion – auch sicher berechtigt gewesen. Ohne das Verhältnis der hier angesprochenen Topoi zur Norm und ihr Verhältnis untereinander im Sinne eines Ansatzes zu einer Rangfolge zu bestimmen, ist ein Rationalitätsgewinn von einer solchen Aufzählung schwerlich zu erwarten.

Konkreter ist in dieser Hinsicht der Ansatz von Christoph Müller, der ebenfalls unter Festhalten an Kelsens Ansatz über diesen hinausgehen will, indem er Wirk-

41 Volker Neumann, Buchbesprechung, in: *Der Staat*, 1979, S. 136 ff. (140).

42 Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, S. 16.

43 Peter Römer, Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation, in: *Ordnungsmacht*, S. 180 ff.; schon vorher ders., *Kleine Bitte um ein wenig Positivismus*, in: Abendroth, Blanke u. a., *Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation*, S. 87 ff.

44 Christoph Müller, *Die Bekennspflicht des Beamten. Bemerkungen zu § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG*, zugl. Anmerkungen zur Methodologie Friedrich Müllers, in: *Ordnungsmacht*, S. 211 ff.

45 Römer, a. a. O., S. 187.

46 Ebd., S. 196. Kursiv geschrieben durch die Verfasser.

lichkeitselemente in die Normkonkretisierung einbeziehen will. Er bemüht sich dabei um eine genauere Differenzierung und ein Rangverhältnis dieser Elemente, indem er bei den kontextuellen Faktoren unterscheidet zwischen unmittelbar normbezogenen wie sozialen Regeln über den Sprachgebrauch etwa aus fachsprachlicher Institutionalisierung<sup>47</sup> und sonstigen kontextuellen Faktoren<sup>48</sup>, die er nur im pragmatischen Sinne als für das Textverständnis konstitutiv ansehen will. Es stellt sich die Frage, inwieweit es ihm gelingt, auf Grundlage des Kelsenschen Normbegriffs die Einbeziehung solcher Elemente methodisch kontrolliert zu vollziehen. Insbesondere, ob die von Christoph Müller als Beispiel unternommene Analyse der beamtenrechtlichen Bekenntnispflicht die Schwächen des entsprechenden Judikats des BVerfG vermeiden kann. Das Gericht<sup>49</sup>, welches die beamtenrechtlichen Loyalitätspflichten aus Art. 33 Abs. 5 GG ableitet, argumentiert unter anderem mit dem »modernen Verwaltungsstaat«, der zur effizienten Erfüllung seiner Aufgaben dieser Loyalitätspflichten bedürfe, also mit dem »Funktionieren des gesellschaftlich-politischen Systems«<sup>50</sup> oder damit, daß das »Funktionieren« des Staates »von der freien inneren Bindung seiner Beamten an die geltende Verfassung abhängt«<sup>51</sup>. Auch Christoph Müller bezieht die Erforderlichkeit von Loyalitätspflichten auf die Funktionen von Verwaltung<sup>52</sup>, möchte aber deren Umfang mit Hilfe der sozialwissenschaftlichen Theorie Max Webers über die Strukturierung des Öffentlichen Dienstes anders bestimmen. Während das BVerfG den Umfang der funktional erforderlichen Loyalitätspflichten aus einem vorausgesetzten und nicht verfassungsnormbezogen entwickelten Staatsbegriff gewinnt, argumentiert Christoph Müller mit einer sozialwissenschaftlichen Theorie, deren Einführung damit motiviert wird, daß sie der Rechtslehre Hans Kelsens am stärksten korrespondiert<sup>53</sup>.

Die funktionale Notwendigkeit gewisser Loyalitätspflichten ist zunächst ein Argument aus dem Sachbereich der Norm, d. h. dem Bereich gesellschaftlichen Lebens, auf den sich die Norm bezieht. Ob es sich dabei um ein Normbereichsargument handelt, läßt sich erst nach Konkretisierung der Sprachdaten, also in Verbindung mit dem Normprogramm entscheiden.

Bei dem fraglichen Art. 33 Abs. 5 GG handelt es sich um eine Transformationsnorm<sup>54</sup>, die ohne Inkorporierung historischer Normtexte ins Grundgesetz die Fortgeltung »hergebrachter Grundsätze« regelt. Danach ist zunächst der Inhalt entsprechenden Beamtenrechts historisch zu erweisen, die Frage zu beantworten, ob dies als »Grundsatz« zu qualifizieren ist, und schließlich zu prüfen, ob der hergebrachte Grundsatz mit der Verfassung vereinbar ist<sup>55</sup>. Schon beim ersten Schritt hält das BVerfG eine genaue historische Analyse, die auf die konkreten Sinnvarianten der politischen Treuepflicht einzugehen hätte, für nicht erforderlich. Jedoch selbst die Existenz entsprechender Treuepflichten und ihre Geltung als Grundsätze einmal

47 Christoph Müller, a. a. O., S. 219.

48 Ebd., S. 225 ff.

49 BVerfGE 39, 334 ff. Es kann sich hier nicht um eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung handeln, sondern nur um den Aufweis, daß die Einbeziehung von Realargumenten wie »Funktionsfähigkeit« normativ ungesteuert erfolgte. Vgl. zur Kritik am methodischen Vorgehen des Gerichts: Josef Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 1975, S. 555 (557 f.); Ralf Dreier, Verfassung und Ideologie. Bemerkungen zum Radikalenproblem, in: ders., Recht – Moral – Ideologie (Frankfurt, 1981), S. 146 ff.; Rüdiger Zuck, Zur Bindungswirkung der Radikalenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1975, S. 695 ff.

50 BVerfGE 39, 334 (347).

51 Ebd., S. 349.

52 Christoph Müller, a. a. O., S. 230.

53 Ebd., S. 229.

54 Vgl. dazu grundsätzlich Frank Rottmann, Der Beamte als Staatsbürger, 1981.

55 Vgl. dazu BVerfGE 43, S. 177 ff.

unterstellt, würde ihre »Berücksichtigung« im Rahmen der abgeschwächten Transformationsnorm des Art. 33 Abs. 5 an der Vereinbarkeit mit der Verfassung scheitern<sup>56</sup>. Und zwar an der für den Zugang zu Öffentlichen Dienst spezielleren Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 und dem systematisch zu berücksichtigenden Art. 3 Abs. 3, der ein Abstellen auf »Gesinnung« und »Anschauung« ausschließt.

Das Funktionalitätsargument zur Begründung entsprechender Loyalitätspflichten würde damit, seine Annahme einmal unterstellt, gegenüber den vorrangigen Sprachdaten aus der Systematik als Argument ausscheiden, und zwar wegen des rechtsstaatlichen Gesichtspunkts der größeren Normnähe dieser Konkretisierungselemente<sup>57</sup>. Unter Berücksichtigung des mit Sprachdaten zu konkretisierenden Normprogramms ergibt sich als empirische Fragerichtung damit nicht das Funktionieren irgendeines vorausgesetzten Staates an sich – dies wäre ein normgelöstes Wirklichkeitselement und damit nicht relevant – sondern höchstens die Frage nach dem Funktionieren eines Staates, der durch Freiheitsrechte begründet und begrenzt und damit gehalten ist, seinen Beamten die entsprechenden Grundrechte zu gewährleisten.

Es zeigt sich also, daß nicht nur die Sprachdaten selbst in Verbindung mit empirischen Elementen wie sozialen Sprachverwendungsregeln zu gewinnen sind, sondern daß die Sprachdaten auch darüber hinaus die Gewinnung der weiteren, für die Entscheidung erforderlichen Realdaten steuern. Die Textgestalt steht als Zeichen in einem mehrdeutigen Sinn stellvertretend für Realität, weist auf Realität hin, ruft Assoziationen oder Urteile über bestimmte Teilbereiche von Realität hervor<sup>58</sup>. Dieser Gesichtspunkt bringt Differenzierung in die ungegliederte Totalität Wirklichkeit und erlaubt, statt ein wohlwollendes Meinen, dem BVerfG eine Kontrolle und Selektion entsprechender Realdaten entgegenzusetzen. Insoweit ist die Norm mehr als die bloße Folgerung aus der Sachstruktur des geregelten Sozialbereichs selbst, sie ist vielmehr eine ordnende und anordnende Folgerung<sup>59</sup>. Dies genau ermöglicht, über den Soziologismus hinauszugelangen, indem das Normprogramm die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Theorien in der Fragerichtung steuert.

Christoph Müller, der hinter dieser Formulierung Soziologismus vermutet<sup>60</sup>, ist allerdings selbst nicht in der Lage, die Einbeziehung der für die Entscheidung erforderlichen Wirklichkeitselemente normativ gesteuert zu vollziehen. Wenn Christoph Müller die relevanten Faktoren des Kontextes der Norm auf Sprachgebrauchsregeln einschränkt, bleiben sonstige Realdaten in einem ungegliederten Gesamtzusammenhang der Wirklichkeit. Es zeigt sich damit ein Festhalten am positivistischen Normbegriff, für den die Norm nur aus ihrem Text, hier ergänzt durch soziale Sprachgebrauchsregeln besteht. Wer die Norm von der durch sie in Bezug genommenen Wirklichkeit trennt und diesen Bezug erst nachträglich über den Anwender als äußerlichen wieder herstellt, kann die Einbeziehung über die sozialen Sprachnormen hinausgehender Wirklichkeitselemente nicht normativ steuern.

56 Vgl. dazu Friedrich Müller, Nachschrift zur Radikalenfrage, in: Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik, S. 105 ff. (106).

57 Vgl. grundsätzlich zur Rangfolge der Konkretisierungselemente: Friedrich Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl., S. 198 ff. und insbesondere zum Verhältnis systematischer Auslegung und Normbereichsargumente, S. 202.

58 Vgl. dazu Friedrich Müller, Recht – Sprache – Gewalt, S. 39; ders. Juristische Methodik, S. 110 f., 115 f.

59 Ders., Juristische Methodik, S. 118.

60 Christoph Müller, a. a. O., S. 218.

Wer Rationalität einfordert, geht heutzutage nicht mit dem Trend und zieht sich den Vorwurf zu, er glaube an wertfreie Sachlichkeit und Vernunft. Kurz: er sei naiv und trage zur juristischen »Rationalisierung« der Realität bei. Dagegen ist zu sagen, daß das Rationalitätspostulat kein vorausgesetzter, absoluter, gar wertfreier Maßstab ist, der alle wertenden, weltanschaulichen oder (verfassungs)theoretischen Elemente bei der Konkretisierung von Normen ausklammern soll. Rationalität, wie sie hier verstanden wird, hat mit Rechtsstaatlichkeit zu tun: Sie impliziert die Kontrolle von Entscheidungen, indem deren Gründe offen gelegt und so diskutierbar werden. Eine juristische Methode, die diesem Anspruch genügt, kann sich nicht auf das Bekenntnis zu einer der Methodenlehren oder »schulen« beschränken. Gefordert ist zunächst eine Analyse der alltäglichen Rechtsarbeit. Der bloße Vorwurf allerdings, die Praxis verfare nicht nach der richtigen Methode, bleibt solange abstrakt, als er – in Umkehrung des Gaspelenspiels der herkömmlichen Methodenlehre – sich nicht auf die Strukturen der Entscheidungssituation einläßt. Mit einer an den Rationalitätskriterien des Rechtsstaatsgebots orientierten Entscheidungskritik läßt sich vermeiden, daß einerseits die tatsächlich von Gerichten geübte Praxis unbesehen zur Norm erhoben wird, und andererseits eine praxisferne Methodenlehre es in der Hand hat, ihre unausgewiesenen normativen Wertungen hinter sprachlichen Fassaden zu verbergen.