

Buchbesprechungen

Friedrich Müller, Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I, Berlin 1975, 43 S., DM 12,60, (I); ders., Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II, Berlin 1976, 127 S., DM 36,-, (II); ders., Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, 268 S., DM 68,-, (III); ders., Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976, 327 S., DM 48,-, (IV); alle Bände bei Duncker und Humblot

Das wissenschaftliche Werk des Heidelberger Staatsrechtlers Friedrich Müller läßt sich – blendet man die verfassungsgeschichtlichen und rechtsphilosophischen Arbeiten aus¹ – grob einteilen in die drei Themenbereiche Kritik der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, juristische Methodik und Verfassungstheorie. Den leichtesten Zugang zu einem Werk, dessen Problemfülle und Sprache hohe Anforderungen an den Verstehensprozeß stellen, eröffnet die Rechtskritik. Unter diesem Aspekt ist Müllers neuestes Buch »Die Einheit der Verfassung« denn auch jüngst von einem Vertreter der staatsrechtlichen Linken rezipiert worden.²

Die Schrift belegt an der Geschichte der bundesdeutschen Verfassungsrechtsprechung die unterschiedliche Verwendung des Arguments von der »Einheit der Verfassung« durch die beiden Senate des BVerfG. Im Südweststaats-Urteil (BVerfGE 1, 14 ff.) an-

tizipiert der zweite Senat mit den Topoi von der »inneren Einheit« und dem »Sinnzusammenhang« des Grundgesetzes, aus denen die das positive Verfassungsrecht überlagernden »Grundentscheidungen« abzuleiten seien, jene Rechtsprechungspraxis, die im Namen einer quasi naturrechtlichen Werteordnung die positive Verfassungsordnung hierarchisch abstuft mit dem zweifelhaften Ergebnis, daß »höherrangige Wertentscheidungen« vorgeblich niederrangige Normen verdrängen. Der erste Senat hingegen bezieht aus der »Einheit der Verfassung« das Postulat der Gleichrangigkeit aller Verfassungsnormen und verwirft die These von den »verfassungswidrigen Verfassungsnormen«. Einig sind sich beide Senate in der Funktionsbestimmung des Topos. Die Rede von einer »Einheit« erspart die sonst nötigen dogmatischen und methodischen Einzelschritte in der Rechtsfindung und eignet sich hervorragend zur Produktion »diffuser, künftig vielseitig einsetzbarer Legitimität« (III, 47). Die in dieser Rechtsprechung entwickelte holistische, d. h. in Ganzheiten denkende Argumentation hat Tradition. In den antipositivistischen Staatslehren der Weimarer Republik wird mit der »Einheit der Verfassung« oder »Einheit des Staates« der Kompromißcharakter der Reichsverfassung geleugnet. Smend läßt reale gesellschaftliche Widersprüche aufgehen in der »Totalität des Staates« und der »Totalität seines Integrationsprozesses«, Einheit steht gegen eine pluralistische Gesellschaft, auch gegen die Ausstattung bisher unterprivilegierter sozialer Schichten mit gleichen Rechten. Carl Schmitts positiver Verfassungsbegriff, dem die Verfassung die einmalige Grundentscheidung des deutschen Volkes über »Form und Art der politischen Einheit« ist, reduziert die Verfassung auf ein Substrat bürgerlich-rechtsstaatlicher Organisationsprinzipien und privater Freiheitsrechte, während die po-

¹ Zu nennen wären hier: ders., *Korporation und Assoziation. Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz*, Berlin 1965, und ders., *Entfremdung. Zur anthropologischen Begründung der Staatstheorie bei Rousseau, Hegel, Marx*, Berlin 1970.

² Seifert, *Haus oder Forum. Wertsystem oder offene Verfassung*, in: J. Habermas (Hrsg.), *Stichworte zur »Geistigen Situation der Zeit«*, Bd. 1, Frankfurt 1979, S. 321 ff.

litischen Freiheitsrechte und die sozialen Grundrechte als bloße Verfassungsgesetze niederen Rang einnehmen. Für Müller verbirgt sich hinter dem Konzept einer Einheit der Verfassung das immer gleiche Bestreben: die Hoffnung auf Einheit in einer antagonisierenden Gesellschaft, die Vermeidung offener Konflikte, das Erweckenwollen des Glaubens an Einheit und innere Harmonie des Ganzen, also die Erzeugung von Legitimität in einer Gesellschaft, die sozial keine einheitliche ist und in der einheitliche Wertvorstellungen längst zerstoben sind. (III, 132) Gewiß ist die Rede von der Einheit Rhetorik, auch verrät sie ein illusionäres Weltbild, dennoch bleibt sie gefährlich, weil an die Stelle konsistenter Begründung juristischer Entscheidung Ideologie tritt.

Seifert hat an dem Buch den »großen Scharfsinn in der Destruktion eines von Rechtsprechung und Lehre errichteten halbtheologischen Gebäudes« gelobt, zugleich aber gerügt, der Verfasser verzichte »in seiner Kritik – resignierend – auf die explizite Darlegung der Gegenposition« und lasse diese nur »als Negativ seiner Kritik erkennen«.³ Ich kann mir dieses Urteil nur so erklären, daß der Kritiker das Buch mit einem ausschließlichen Interesse an den ideologiekritischen Passagen gelesen hat. Müllers Untersuchung der bedenklichen Geschichte eines Begriffs, also – um bei der vorgeschlagenen Einteilung zu bleiben – die Arbeit der Rechtskritik, verwendet ein methodisches Instrumentarium, das Auskunft gibt über die verfassungspolitische Option des Autors. Freilich wird sowohl das Spezifische dieser Methodik als auch die Verfassungstheorie sowie die Vermittlung beider deutlicher, wenn die vorangegangenen Schriften, auf deren inhaltliche Fortführung der Untertitel des Buches »Elemente einer Verfassungstheorie III« verweist, mitberücksichtigt werden. Der Ansatz Müllers verbietet die Trennung des Entwurfs einer Methodik von der Verfassungstheorie; das Interesse an einer möglichst klaren Darstellung einer komplexen Theorie mag als Entschuldigung dienen, daß im folgenden die Trennung trotzdem durchgeführt wird.

Friedrich Müllers Entwurf einer juristischen Methodik bewegt sich um die Problempunkte, die auch die Diskussion innerhalb der staatsrechtlichen Linken bestimmen. Es geht um den politischen Stellenwert einer Metho-

dik, die zwei Ansprüchen gleichermaßen genügen soll. Der Ruf nach der Integration der Sozialwissenschaften in die Rechtswissenschaft und -praxis ist heute zwar nicht mehr so laut wie 1968 im Loccum-Memorandum zur Reform der juristischen Ausbildung, immerhin wird der Anspruch aufrechterhalten, die »Kritische Justiz« beispielsweise vertritt ihn nach wie vor. Der zweite Anspruch ist erst später hinzugegetreten. Der Radikalen-Erlaß und die Judikate zur beamtenrechtlichen Gewährbietsformel haben in der westdeutschen Linken das Bewußtsein für die Bedeutung der gesetzestaatlichen Legalität sensibilisiert. Gegen die Denunziation der Legalität als substanzlosen Gesetzesmechanismus und die Berufung auf eine überpositive und vordemokratische Legitimität hatte Ulrich K. Preuß schon 1972 aufgefördert zum Kampf für eine »demokratische Legalität«.⁴ Mit der Rückbesinnung auf den freiheitsverbürgenden und Rechtssicherheit gewährenden Formalcharakter des Rechts ging einher die Wiederentdeckung zunächst der den Wortlaut der Verfassung ernstnehmenden Verfassungsinterpretation Abendroths⁵ sowie Seiferts Programm des »Kampfes um Verfassungspositionen«⁶ und sodann die Rehabilitierung des staatsrechtlichen Positivismus. Inzwischen hat der Rekurs auf den Verfassungspositivismus bereits die Frage aufgeworfen, ob die Dominanz verfassungsrechtlicher Argumentationen in der Linken nicht

⁴ Preuß, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1972, S. 146.

⁵ Abendroth, *Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme*, 6. Aufl., Pfullingen 1976. Abendroths Verfassungsinterpretation läßt sich zusammenfassen in den zwei methodischen Stichworten Wortlaut und historische Auslegung. Die Entscheidungen des Grundgesetzes seien zu ermitteln durch die »philologisch genaue Interpretation der Gesetzgebungsmaterialien« unter Einbeziehung der politisch-historischen Analyse der Entstehungszeit des Grundgesetzes; oberstes Gebot aber sei die strikte Orientierung am Wortlaut der Verfassung und damit verbunden die Absage an alle Versuche, von der jeweils aktuellen gesellschaftlichen Realität, der »Verfassungswirklichkeit« aus den Inhalt der Verfassungsgesetze zu bestimmen.

⁶ Seifert, *Kampf um Verfassungspositionen*, Frankfurt/Main 1974, S. 105 ff. Gemäß diesem juristischen und politischen Programm sind Verfassungsgesetze soziale Waffenstillstandsbedingungen, die von der Arbeiterklasse immer neu gegen Restaurationsbestrebungen zu verteidigen seien.

³ A. a. O., S. 332.

hinderlich sein könnte bei der Erarbeitung politischer Strategien.⁷ Jedenfalls behandelt die staatsrechtliche Diskussion den Problemkreis, wie eine rechtsstaatlichen Prinzipien genügende juristische Methodik in Einklang zu bringen sei mit dem unbestreitbaren Faktum, daß juristisches Arbeiten ohne Sozialwissenschaft blinde Praxis bleibt. Daß mit der Wiederentdeckung des Verfassungspositivismus kein »Zurück zu Kelsen« gemeint ist, belegt Helmut Ridder, der den Angriffen auf den vielgeschmähten juristischen Positivismus, dem sich die Bereitschaft eigne, »Normtexte zunächst einmal hinzunehmen und nicht von vornherein verfälschen zu wollen«, eine Spitze abbrechen will, zugleich aber aufruft, dem Positivismus den »Star der partiellen historischen, politischen und soziologischen Blindheit« zu stechen.⁸ Müllers Arbeiten wollen beiden Ansprüchen gerecht werden. Der gesetzessystematische Anspruch auf Methodenklarheit und Berechenbarkeit ist dem Entwurf Verpflichtung, die Mängel der positivistischen Trennung von Sein und Sollen sind ihm Gewißheit. »Der Gesetzespositivismus kann nicht auf der Seite des bewußten Einbeziehens der sozialen Wirklichkeit überwunden werden, wenn man auf der Seite seiner rechtsstaatlichen Technizität und Formqualitäten verfassungsgeschichtlich hinter ihn zurückfällt. Eine nachpositivistische Rechtsnormtheorie und Methodik muß versuchen, beiden Varianten von Rationalität gerecht zu werden.« (IV, 271) Die Rationalität juristischer Methodik erweist sich in der wissenschaftspraktischen Technik regulärer und intersubjektiv akzeptierbarer Rückführung von Entscheidungsnormen auf Rechtsnormen. Zwei Anforderungen muß diese Technik genügen: sie muß imstande sein, der bürgerlichen Wirtschaftsgesellschaft Berechenbarkeit, Durchschaubarkeit und Regularität der Entscheidungsfindung zu garantieren, und sie muß legitimierend wirken in dem

⁷ Vgl. Thomas Blanke, Repression und Verfassung: Aspekte zur Funktion verfassungsrechtlicher Argumente in politischen Auseinandersetzungen, in: Abendroth, Blanke u. a., Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation, Frankfurt/Main 1977, S. 11 ff.

⁸ Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975, S. 16, 11.

aktuell
rororo

Wolfgang Däubler/
Gudrun Küsel (Hg.)

Verfassungs- gericht und Politik

Kritische Beiträge
zu problematischen Urteilen

Wolfgang Däubler/
Gudrun Küsel (Hg.)
Verfassungsgericht und Politik
Kritische Beiträge zu
problematischen Urteilen.
rororo aktuell 4439/DM 7,80

Wolfgang Däubler
Das Arbeitsrecht
Von der Kinderarbeit zur
Betriebsverfassung. Ein
Leitfaden für Arbeitnehmer.
rororo aktuell 4057/DM 9,80

Wolfgang Däubler
Das Arbeitsrecht 2
Arbeitsplatz – Arbeits-
losigkeit – Kündigung –
Arbeitsgerichtsbarkeit. Ein
Leitfaden für Arbeitnehmer.
rororo aktuell 4275/DM 10,80

aktuell
rororo

**rororo aktuell – Die
größte politische
Taschenbuchreihe der
Bundesrepublik –
Herausgegeben von
Freimut Duve**

Rowohlt Taschenbuch Verlag

Sinne, daß die Transparenz der Entscheidungsprozesse oder zumindest der Entscheidungsgründe Kritik und Kontrolle erlaubt und damit der Anspruch des liberalen Verfassungsstaates erfüllbar bleibt, den status quo und seine Veränderung auf Zustimmung, Kompromiß und akzeptierbare Mehrheitsmeinung zu stützen. (I, 27)

Entwickelt wird die juristische Methodik im Medium der Kritik an konkretem, von Rechtsfunktionären produziertem Material. Dabei zeigt der Entwurf sich sperrig gegenüber der Versuchung, angesichts komplexer Problemkonstellationen in globale Theorieansätze auszuweichen. Der Rede von der Integration von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften wird die Frage nach der Integrationsfähigkeit dieser Wissenschaften, d. h. nach dem Stand der deutschen Forschungs- und Praxisgeschichte konfrontiert. Für die Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung bedeutet dies: sie müssen sich bewußt werden darüber, was sie alltäglich tun. Juristische Selbstreflexion darf nicht global ansetzen, sie wird ihre Kraft entfalten müssen in der Untersuchung der Arbeitsweisen der Rechtsfunktionäre. Wenig sinnvoll ist die Fragestellung nach dem Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, Recht und Politik, wenn die juristischen Arbeitsvorgänge unanalysiert belassen werden in der »Alltäglichkeit ihrer Probleme, Konflikte und Kompromisse, in der Alltäglichkeit von Kompetenzen, Arbeitsweisen und Kontrollen von Normen, Institutionen und von der Veränderung beider«. (II, 18)

Am Beispiel der Rechtsprechung des BVerfG skizziert Müller das Dilemma juristischer Arbeitsweise. Dem positivistischen Dogma, dem die Rechtspraxis verbal ihre Treue erklärt, korrespondiert real ein unreflektierter und undurchschaubarer Pragmatismus. Mißbrauchsurteile, Güterabwägungstechniken, materiale Gesetzesvorbehalte, Wertsysteme liefern die materialen Inhalte, »Dezisionen durch Rechtsverbiegung« und »Dezisionen durch Rechtsunterstellung« sind die Verfahren dieser Rechtspraxis. (II, 21) Die Arbeit an einer rationalen Methodik muß zunächst zur Sprache bringen, was unterhalb des gesetzpositivistischen Dogmas real geschieht. Die Rechtsprechung betreibt nicht Normtextauslegung, sondern *Normkonkretisierung*. Dieses Erkenntnis ist das Fundament des Entwurfs der juristischen Methodik, der Versuch, die Normkonkretisierung zurückzuzwingen in

die Fesseln juristisch-methodischen Argumentierens, das selbstgesetzte Ziel.

Der Bestimmung des Vorgangs der Konkretisierung liegt zugrunde eine Rechtsnormtheorie, die in der Rechtsnorm eine »sachbestimmt – normative Richtlinie« und zudem eine »sachbestimmt – normative Grenze zulässiger Konkretisierung« erblickt. Demzufolge ist Konkretisierung der »durch die Norm ermächtigte, durch sie sachlich angelegte, in wechselndem, aber so gut wie nie vollständigem Grad bestimmte und bezüglich der Zulässigkeit möglicher Entscheidungsalternativen sachlich begrenzte juristische Arbeits- und Entscheidungsvorgang«. (IV, 139) Eine zentrale Voraussetzung des Entwurfs ist in dieser Definition bereits mitgedacht, die Norm ist nicht identisch mit dem Normtext. Die Norm konstituiert sich aus *Normtext* und *Normbereich*, Konkretisierung umfaßt zwei in einem einheitlichen Vorgang zusammengelegte Verfahrensschritte, *Normtextauslegung* und *Normbereichsanalyse*. Bevor der Normbereich bestimmt werden kann, ist aus dem Normtext das *Normprogramm* – vorstellbar als Rechtsbefehl – zu erarbeiten. Erst das Normprogramm schneidet aus den Berührungspunkten der Norm mit der sozialen Realität, dem Sachbereich, den für die Normativität mitkonstituiven Normbereich heraus. Der Normbereich kann gänzlich rechtserzeugt sein (wie bei Vorschriften über Fristen, Termine, Rechtswegzuweisungen etc.), dann liefert er keine zusätzlichen Informationen für die Konkretisierung, die hier beschränkt ist auf die Arbeit der Normtextauslegung. Wenn hingegen das Normprogramm auf soziale Strukturen (Ehe, Familie, Handelsgesellschaften, Grundrechte etc.) verweist, gehören Sachgesichtspunkte des Normbereichs zu den entscheidungserheblichen Daten.

Die das Normprogramm ermittelnde Normtextauslegung ist demnach methodisch der erste Schritt im Verfahren der Konkretisierung, sie genießt aber auch – wie wir noch sehen werden – die sachlich-inhaltliche Priorität. Wenn Müller von Auslegung spricht, meint er nicht das gesetzpositivistische Verfahren, aus formalisierten Obersätzen im syllogistischen Schlußverfahren Entscheidungsnormen abzuleiten. Die Entscheidungsnorm ergibt sich nicht aus der Rechtsnorm, sondern sie wird an der Rechtsnorm gemessen und hat sich an ihr zu bewähren. Müller selbst verweist diesen Ansatz in die

sachliche Nähe des Falsifikationsmodells der kritisch-rationalistischen Wissenschaftslehre. Die herkömmlichen canones haben denn auch nur in Ausnahmefällen Bestimmungswirkung, regelmäßig sind sie nur ein Indiz für den zu ermittelnden Sinn der Norm. So wird von der grammatischen, genetischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung nur gesprochen als von methodologischen Elementen praktischer Normkonkretisierung, die ergänzt werden können durch weitere Elemente, die unterteilt sind in unmittelbar normbezogene (neben den canones z. B. die Prinzipien der Verfassungsinterpretation, dogmatische Elemente) und solche, die nicht unmittelbar normbezogen sind und nur Hilfsfunktionen haben (z. B. Theorieelemente, lösungstechnische und rechtspolitische Elemente).

Die normtextbezogenen Konkretisierungselemente werden geprüft und modifiziert in der Auseinandersetzung mit den methodischen Positionen der Rechtsprechung und des Schrifttums. In der immanenten Kritik dieser Positionen wird dem Leser vor Augen geführt, welchen Gewinn an Rationalität der methodisch konsistente Einsatz der normtextbezogenen Konkretisierungstechniken erbringen kann. *Strukturierung* nennt Müller diesen Vorgang der methodischen Zählung der Konkretisierung durch die in eine Rangfolge gebrachten methodologischen Elemente. Soweit leuchtet der Entwurf ein und macht deutlich, was Müller unter rationaler Entscheidungsfindung in methodischer Verantwortlichkeit versteht. Dagegen sind die Aussagen zur Erarbeitung von Sachgesichtspunkten aus dem Normbereich auffällig unverbindlich. Der Entwurf vermag nicht mehr anzubieten als die Aussage, die Realdaten der Normbereiche seien empirisch zu ermitteln und mit den primär sprachlichen Konkretisierungselementen innerhalb des einzelnen Entscheidungsprozesses zu vermitteln. Der Hinweis auf die Aufgabe der Juristenausbildung, für die fachliche Kompetenz dieser Arbeit Sorge zu tragen, und die Forderung nach einer funktionalen Arbeitsteilung zwischen Juristen und Sozialwissenschaftlern könnten zu dem Schluß verleiten, Müller delegiere die Normbereichsanalyse an eine sozialwissenschaftlich fundierte Juristenausbildung und/oder an die Kollegen der sozialwissenschaftlichen Fakultät. Zwei umfangreiche Entscheidungsanalysen in der »Juristischen Methodik« scheinen den Verdacht zu

bestätigen. In einer Analyse wird auf Realdaten überhaupt nicht eingegangen, da der Normbereich in Gänze rechtserzeugt ist, in der anderen Besprechung werden Normbereichselemente nur beiläufig gestreift. Da die Normbereichselemente in der Ordnung der Konkretisierungselemente unmittelbar hinter den canones und noch vor Dogmatik- und Theorieelementen rangieren, wäre die Folge einer solchen Arbeitsteilung fatal. Die Rechtswissenschaft könnte über die Delegation ihrer zentralen Probleme an die Sozialwissenschaften sich als unzuständig für die Defizite ihrer Arbeitsweisen erklären. Daß dies nicht beabsichtigt ist, ergibt sich aus dem Ansatz, eine nachpositivistische, soziale Realität einbeziehende, einheitliche Methodik der Konkretisierung zu entwickeln. Sicherlich wäre es naiv, Müller vorzuwerfen, auf die zentralen Defizite der Rechtswissenschaft keine Antwort parat zu haben, trotzdem hätte ich gewünscht, die Problematik wäre offener dargelegt worden. Denn die Frage, mit der ein Rezensent die Ausführungen zur Normbereichsanalyse konfrontiert, trifft den wunden Punkt des Entwurfs. »Was z. B. soll als der Normbereich von Art. 5 Abs. 3 GG ermittelt und geltend gemacht werden, von einer Theorie der Institution her die deutsche Universität in ihrer überkommenen Gestalt, von der Systemtheorie her die Selbstdarstellung der Wissenschaftler oder von einer dialektisch-emanzipatorischen Theorie her die Herrschaftsfreiheit von Lehren und Lernen? Bedarf also die Ermittlung und Geltendmachung des Normbereichs nicht des theoretischen Zugriffs und darum der Entscheidung für einen theoretischen Ansatz?«⁹ Zwar halte ich den Ruf nach einer Entscheidung zugunsten eines wissenschaftstheoretischen Ansatzes in den Sozialwissenschaften für überzogen, könnte die Jurisprudenz eine solche Entscheidung doch nur in der Form einer Dezision fällen. Jedoch muß die juristische Methodik fragmentarisch bleiben, solange die Rechtswissenschaft nicht in der Lage ist, zumindest Orientierungslinien für die im Normbereich zu verwendenden sozialwissenschaftlichen Techniken zu ziehen. Obwohl also bei der Normbereichsanalyse viele Fragen offen sind, ist das Schweigen über die

⁹ Bernhard Schlink, Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in: *Rechtstheorie*, 7. Bd., (1976), S. 94 ff., 100.

zu verwendende sozialwissenschaftliche Methode nicht zu verwechseln mit einer Resignation des Juristen angesichts der Vielfalt sozialwissenschaftlicher Theorien. Zunächst verhindert die Aufgliederung der Norm in Normtext und Normbereich die gängige Praxis, Realdaten in der Verkleidung normtextbezogener Gesichtspunkte unreflektiert in die Auslegung einzuführen und die sprachliche Dehnbarkeit der Wortlaute zu überreizen. Sodann beansprucht das Postulat der Methodenehrlichkeit Geltung auch für den Vorgang der Konkretisierung der Sachgesichtspunkte, folglich wird der entscheidende Jurist gezwungen, bei der Betrachtung und Verwertung von Normbereichselementen seine Wertungen offenzulegen und Auskunft zu geben über die angewandte sozialwissenschaftliche Technik.

Ernst Wolfgang Böckenförde sieht Müllers Ansatz in der hermeneutischen Tradition der Freiburger Schule.¹⁰ Die Einordnung entspricht nicht dem wissenschaftstheoretischen Selbstverständnis Müllers, sie ist auch zu ungenau, um den Arbeiten des Heidelberger Staatsrechtlers gerecht zu werden. Konkretisierung will Müller nicht verstanden wissen als hermeneutische Ermittlung des Sinnes einer substanzhaft vorgegebenen Norm, vielmehr vollzieht sie sich in einem Prozeß, in dem eine abstrakte Rechtsnorm in Beziehung gebracht wird mit einer konkreten Entscheidungsnorm durch Techniken methodischer Zurechnung. (IV, 266) Juristische Methodik umfaßt demnach zwar auch Hermeneutik, aber nur als eine methodische Technik unter anderen Konkretisierungstechniken. Weil juristisches Arbeiten sich nicht in der Auslegung von Texten erschöpft, also nicht auf Sprachlichkeit, Kommunikation und Verstehen reduzierbar ist, und weil die Verbindlichkeitsanforderungen in der Jurisprudenz ungleich höher sind als in den Geisteswissenschaften, kann und darf rechtswissenschaftliche Methodik nicht aufgehen in geisteswissenschaftlicher Hermeneutik. Gänzlich verfehlt ist die Annahme, Müller betreibe unter neuem Titel das alte Geschäft topischer Rechtsfindung.¹¹ Zwar arbeitet er in der Tat problem- und fallbezogen, jedoch unter-

scheidet sich die juristische Methodik von topischen Ansätzen zentral durch die Funktion, die der Wortlaut der Norm im Konkretisierungsprozeß einnimmt. Während für topisches Denken die Norm nicht mehr ist als ein Topos unter anderen Topoi, insistiert Müller auf dem Primat der Normbindung. Die Kritik an der Topik findet ihr Motiv nicht primär in den Schranken der Leistungsfähigkeit topischen Denkens, sondern in der verfassungsrechtlich geforderten Bindung an den Normtext. Der Wortlaut steckt die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Sinnvarianten ab. Damit ist zugleich die Priorität normtextbezogener Konkretisierungselemente, vorrangig der grammatischen Auslegung, begründet. Problemlösungsstrategien, die diese Grenze überschreiten, mögen im Einzelfall methodisch vertretbar sein, verfassungsrechtlich zulässig sind sie nicht. Die Selbstbindung der juristischen Methodik zieht den scharfen Trennungsstrich zur Beliebigkeit topischen Argumentierens, die Grenzfunktion des Wortlauts ergibt sich aus »seinen normativ geforderten Wirkungen für Rechtssicherheit, Normklarheit, Publizität und für die Unverbrüchlichkeit der Verfassungsordnung im demokratischen Rechtsstaat«. (IV, 155)

Der wechselseitige Bezug von juristischer Methodik und Verfassungstheorie ist in dem Stellenwert, der den Grenzfunktionen des Wortlauts der Norm eingeräumt wird, schon angedeutet. Verfassungstheorie hat bei Müller eine doppelte Aufgabe, sie verarbeitet den Zusammenhang von »Recht und Politik« und definiert die Grundbedingungen der juristischen Arbeitsweisen.

Die von Dubischar vorgetragene Kritik, das »Politische« flackere in der Methodik »nur ganz hinten am Horizont als Fragesatz kurz auf«,¹² überzeugt nicht. Vielmehr hat Müller das Verhältnis seiner Methodik zur Politik in der Schrift »Juristische Methodik und politisches System« eigens thematisiert. Die Leugnung des Sachverhalts, daß juristisches Arbeiten auch politische Praxis ist, hält der Verfasser für »wissenschaftlich sinnlos«. Rechtsfunktionäre sind keine »ungesellschaftlichen Glasperlenspieler«, die Forschungen zu Schichtzugehörigkeit, Vorverständnis etc. haben aufgeräumt mit der Ideologie einer »unpolitischen« Justiz und Rechtswissenschaft. Rückgebunden ist das Recht an die

¹⁰ Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, S. 2089 ff., 2096 f.

¹¹ Vermutungen in dieser Richtung bei Böckenförde, a. a. O., S. 2097.

¹² in: DÖV 1973, S. 285.

Politik bereits im Entstehungsprozeß, wie überhaupt Recht »insgesamt eine Sonderform von Politik und nach Voraussetzungen, Bedingungen, Funktionen und Inhalten politisch bestimmt (ist)«. (II, 44) Mit der Feststellung dieser Selbstverständlichkeiten ist jedoch nicht geklärt, wie mit diesem Tatbestand umzugehen ist. Eine Möglichkeit wäre, das Problem dahin aufzulösen, daß – wie es in einer gängigen Sprachformel heißt – »alles politisch ist«, und kritische Rechtsarbeit zu bestimmen als Ideologiekritik.¹³ Demgegenüber insistiert Müller auf dem Sinn der Unterscheidung von Recht und Politik und der Typisierung ihrer formalen, normierten, institutionalisierten Differenzen. (II, 49) Der rechtsstaatliche Anspruch, Recht und Politik durch verbindliche rechtliche Formulierung auseinanderhalten zu können, soll durch eine exakte juristische Methodik beim Wort genommen werden. Dahinter steht die Auffassung, der graduelle Unterschied politischer Inhalte zu dem generellen Formalitätsvorsprung und Geltungsvorsprung gesetzter Normen sei wissenschaftlich faßbar. (II, 50) Die Rechtsförmigkeit, in die politische Inhalte überführt werden, gestattet die konstitutionelle Bändigung der im bürgerlichen Verfassungsstaat immer präsenten Gewalt. Juristische Methodik erhält somit den Auftrag, mittels ihrer Rationalität eine sprachlich vermittelbare Konfliktaustragung zu ermöglichen, d. h. den Rückfall in eine Koppelung von Dezision und aktueller Gewalt zu verhindern. Dieser Rückfall ist deshalb immer möglich, weil Rationalität im modernen Verfassungsstaat zwei Pole umfaßt: Liberalisierung und Effektivierung von Herrschaft, Demokratiechance und Herrschaftsfunktionalität. Die Zweideutigkeit benennt den Grund für die denkbare politische Variante der Reduktion der demokratischen und der Stärkung der autoritären Elemente im politischen

System der westlichen Industriestaaten. Juristische Methodik ist solchen Involutionsprozessen nicht notwendig hilflos ausgeliefert, vielmehr kann ihr eine retardierende Funktion in diesem Prozeß zukommen, indem sie nämlich das politische System zwingt, politische Liberalität rechtsstaatlich korrekt zurückzunehmen statt bei unveränderter Normlage zu rechtsmethodisch nicht mehr belegbaren Dezisionen zu schreiten.

Methodenklarheit und Methodenehrlichkeit erfahren ihre normative Verankerung in den Formalgarantien und Formqualitäten des bürgerlichen Rechtsstaates, sie sind demnach keine voluntaristischen Postulate einer nur sich selbst verantwortlichen Rechtswissenschaft und -praxis, sondern gefordert vom positiven Verfassungsrecht. Das Wissen um die freiheitsbedrohende Wirkung der Mißachtung der verfassungsrechtlich gebotenen Pflicht zu methodisch exakter Rechtsarbeit verleiht der Kritik an den Abwägungsenthusiasten des BVerfG unerbittliche Schärfe.¹⁴ Anders aber als Kritiker der staatsrechtlichen Linken, die mit der Entlarvung der Praxis des BVerfG als Tradierung der 1932 von Carl Schmitt¹⁵ entworfenen Politik des Gegeneinanderausspielens von Legitimität gegen Legalität ihren Beitrag zur Verteidigung formaler Rechtsstaatlichkeit erbracht haben, verpflichtet Müllers Ansatz die Rechtsanwender auf die normativ untermauerten Funktionen, Strukturen und Arbeitsweisen des Rechtsstaates. Die Erhaltung des Verfassungsstaates gegen Versuche, wesentliche rechtsstaatliche Formalgarantien auf der Ebene der Rechtspraxis herauszubrechen, ist getragen von dem politischen Credo, daß der Rechtsstaat nicht »überholt« ist durch Strukturveränderungen

¹³ Die Bestimmung linker Rechtskritik als Ideologiekritik lag nahe im CDU-Staat, als das Aufdecken des tabuisierten politischen Gehalts von Recht und Rechtspraxis noch eine eminent politische Sprengkraft zu entwickeln vermochte. Heute hingegen wird der fundamentalistischen Formel vom Zusammenhang von Recht und Politik mit Skepsis begegnet, verzichtet doch die Reduktion von Rechtskritik auf Ideologiekritik, die Rechtspraxis an ihrem eigenen und normativ geforderten Anspruch zu beharren, in ihrer Arbeit die Grundbedingungen für die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns zu schaffen.

¹⁴ Ein Beispiel: »Das Bundesverfassungsgericht ist inzwischen offenbar gesonnen, nach der Abhör- und Hochschulentscheidung auf dem Weg über Grundlagenvertrags-, Abtreibungs- und Radikalenjudikat das Verfahren der methodisch inkorrekten, rechtlich dubiosen und sprachlich schwammigen Dezision zu einem für die rechtsstaatliche Demokratie sinistren Fortsetzungsroman auszuweiten.« (II, S. 27)

¹⁵ Vgl. die im Sommer 1932 zum Zwecke der staatsrechtlichen Verteidigung des Präsidialkabinetts Papens geschriebene Schrift Schmitts, Legalität und Legitimität, wiederabgedr. in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1973, S. 263 ff. Die Aktualität des Problems einer »zweistufigen Legalität« für das politische System der Bundesrepublik hat dargelegt erstmals Preuß, Legalität und Pluralismus, Frankfurt/Main 1973.

im politisch-ökonomischen System. Selbst wenn die aktuell kaum verifizierbare These zutrifft, daß zwischen den normativen Strukturen und dem politischen System keine funktional hinreichende Übereinstimmung mehr besteht, ist mit den Ergebnissen dieser Analyse keineswegs die Gegenstrategie bestimmt. Preuß hat eine mögliche Strategie skizziert, wenn er die Entrationalisierung des Rechtssystems als unverrückbares Faktum hinnimmt und zu einer »Rechtsstaatskunde des Alltags«, die Widersprüche, Friktionen und Interessengegensätze innerhalb der herrschenden Oligarchien auszunutzen weiß, rät.¹⁶ Müller hingegen begreift die Verteidigung formaler Rechtsstaatlichkeit als Aufgabe politischer Praxis auch der Juristen, die beraten werden, in ihren alltäglichen Arbeitsweisen den rechtsstaatlich geforderten Nachweis der methodisch korrekten Rückführung konkreter Entscheidung auf Rechtsnormen zu erbringen und notfalls das politische System zum autoritären Offenbarungseid zu zwingen, anstatt dem schleichenden Übergang in eine nachliberale Staatsform der »modernen Industriegesellschaft« juristische Schützenhilfe zu leisten.

Die Arbeiten Friedrich Müllers sind von der staatsrechtlichen Linken nicht rezipiert worden. Dies ist erstaunlich, weil Müllers Schriften die zentralen Themen der in der westdeutschen Linken geführten staatsrechtlichen Diskussion wie Entformalisierung des Rechts, Rechtsstaat und Gewalt, Sozialwissenschaften und Jurisprudenz zum Gegenstand haben. Der Grund für die ausgebliebene Rezeption könnte in der Behandlung der genannten Themen zu finden sein. Müller kritisiert die Defizite der Rechtswissenschaft aus der juristischen Perspektive, während die kritische Staatsrechtswissenschaft ansonsten dazu neigt, von den Sozialwissenschaften aus die Defizite der Rechtswissenschaft anzugehen. So erarbeitet Müller beispielsweise seinen methodischen Entwurf in der Auseinandersetzung mit der juristischen Methodendiskussion. Dieser Sachverhalt könnte vielleicht erklären, warum gegen seine Publikationen

der Einwand der Unverständlichkeit erhoben wird. Dem sozialwissenschaftlich orientierten Leser mag eine juristische Sprache, die sich selbst an dem methodischen Anspruch auf Klarheit behaftet läßt, schwer verständlich erscheinen, der Hinweis auf die Angemessenheit von Sprache und zu behandelndem Problem gilt jedoch auch hier. Bedauerlich wäre die Ignorierung dieses Ansatzes, da die Einheit von Verfassungstheorie und juristischer Methodik für kritische Juristen und insbesondere Rechtspraktiker eine politische Handlungsperspektive eröffnen könnte. Die Praxis linker Anwälte etwa ist vielfach gekennzeichnet durch einen recht dezisionistischen Umgang mit juristischen Methoden, einmal wird strikt positivistisch argumentiert, ein andermal die Topik bemüht und, wenn es denn sein muß, werden auch materiale Argumente vorgetragen. Zusammengehalten werden die verschiedenen Strategien allein in der Person des Rechtspraktikers. Diese Form der »Rechtsstaatskunde des Alltags« lebt von der zufälligen Verbindung einer guten, d. h. hier: linken Gesinnung mit beliebig handhabbaren und einsetzbaren juristischen Techniken. Müllers Ansatz hingegen reflektiert die Methoden der Rechtsanwender im Kontext einer Verfassungstheorie, welche die Überprüfbarkeit, Diskutierbarkeit und Regularität juristischer Entscheidungsfindung festmacht an den Strukturen des liberalen Verfassungsstaates. Über die damit angezeigte Option muß man sich freilich im klaren sein: es geht um die Erhaltung und Entfaltung der politischen Emanzipationschancen des bürgerlichen Rechtsstaates.

Von den rechtsmethodischen und verfassungstheoretischen Arbeiten Müllers kann auch eine kritische Rechtswissenschaft lernen. Die neuerdings auch von ihr beschworene »Offenheit der Verfassung« ist gegen materiale Verkürzungen nicht dadurch gefeit, daß die Terminologie gewechselt und statt von Offenheit von einem »strukturierten Forum« gesprochen wird. Seiferts Kritik an der Umwandlung des Forums in eine »Wertekirche« muß solange in einem schlechten Sinne abstrakt bleiben, wie den Wertphilosophen des BVerfG lediglich eine Gemengelage von politologischen Exorzismen und moralischen Appellen entgegengesetzt wird. Wenn die staatsrechtliche Linke über den Verfassungspositivismus hinausgelangen will, wozu Seifert rät, kann sie nicht stehenbleiben bei dem Plädoyer zur »Rückkehr zum liberalen Ver-

16 Preuß, *Nachträge zur Theorie des Rechtsstaats*, in: Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 1. Bd., Frankfurt/Main 1978, S. 82 ff., 98. Deutliche Abstriche an diesem Konzept macht Preuß hingegen in dem Aufsatz »Legalität – Loyalität – Legitimität«, in: *Leviathan*, 4/77, S. 450 ff.

fassungsstaat«, sondern wird Auskunft geben müssen, wie ihr verfassungstheoretischer Ansatz sich verhält zum positiven Verfassungsrecht und welche juristischen Methodiken geeignet sind, die Rechtspraxis zurückzuzwingen in die rechtsstaatliche Bindung an das positive Recht, d. h. sie wird den dünnen Boden der juristischen Methodendiskussion bearbeiten müssen. Müllers Arbeiten geben eine Ebene der Fragestellung vor, unterhalb derer die Herstellung einer Verbindung von Rechtsmethodik und Verfassungstheorie Flucht in einfache Theorie wäre. Der »Kampf um Verfassungspositionen« ist zu ergänzen um die Arbeit an einer juristischen Methodik, Müller hat hierzu wichtige Vorarbeiten geleistet.

Volker Neumann

Politische Studien, Sonderheft 2/1979, Grundgesetz und politische Wirklichkeit, München, Günter Olzog Verlag, 7,80 DM, [I].

Josef Isensee, »Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat«, in: Anton Peisl u. Armin Mohler, Hrsg., *Der Ernstfall, Schriften der Carl Friedrich von Siemens Stiftung*, Bd. 2, Frankfurt/M.-Berlin-Wien, 1979, Verlag Ullstein, 29,80 DM [II].

»Linke« Juristen haben in den vergangenen Jahren wiederholt die Erosion des Grundgesetzes kritisiert und in dieser oder jener Form die Aushöhlung der Verfassung durch Interpretation des Grundgesetzes als Wertsystem, durch Erhöhung der »fdGO« zu einer Überverfassung, durch vorverlegten Staatsschutz oder übergesetzliche Notstandsrechte analysiert. In einem aus Anlaß des 30jährigen Bestehens der Bundesrepublik von der Hanns-Seidel-Stiftung (CSU) in München veranstalteten Symposium drehen sich ein Teil der Referate um das Stichwort »Verfassungsverbiegung¹«. Auf den ersten Blick sieht es so

aus, als ob die linke Kritik an der Verfassungsentwicklung der Bundesrepublik aufgenommen wird vom konservativen Lager. Doch der Schein trügt.

Das Stichwort »Verfassungsverbiegung« gibt Franz Josef Strauß (I., S. 18) in seinem Beitrag »Das Grundgesetz aus der Sicht des Politikers«. Strauß spricht von »einer verbogenen oder verschobenen Auffassung über Sinn und Zweck des Grundgesetzes«, läßt es im übrigen aber offen, »ob am Kernbestand der grundgesetzlich garantierten Rechte und Freiheiten schon genagt wird oder nicht« (S. 13 f.). Gemeint ist die SPD-FDP-Regierung in Bonn. In diesem Sinn wirft auch der CSU-Generalsekretär Edmund Stoiber der SPD »eine Abkehr von einem Verfassungsverständnis« vor (S. 7), was vermutlich heißen soll, eine Abwendung vom Verfassungsverständnis der CDU und CSU.

Walter Leisner, Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Erlangen, untermauert diese Thesen mit einem Referat »Die Verfassungsverbiegung«. Leisners These: »Vor der Verfassung steht das Bundesverfassungsgericht mit dem flammenden Schwert: Der offene, gezielte Verfassungsbruch ist unmöglich. Was also bleibt ist ... die Verfassungsverbiegung« (S. 57). Er nennt die Verfassungsverbiegung eine »Strategie« der »Mehrheit des Bundestages«. Die »Werte des Grundgesetzes« würden dabei »nicht geleugnet«, sondern lautstark »verkündet«. Die Verfassungsverbiegung erfolge »kontinuierlich« und als »Verfassungsverletzung in vielen kleinen Schritten, ... stetes Gesetz höhlt die Verfassung«. Die Grundregel jedes Verfassungsverbiegens (»wie jedes Biegens«) sei: »Immer bis an die Grenze gehen, ... es darf nicht zum Verfassungsbruch kommen« (S. 57 ff.). An anderer Stelle räumt Leisner ein, »Verfassungsverbiegung ist eine Versuchung jeder Regierungsmehrheit« (S. 62). Doch die gegenwärtige Bonner Regierungsmehrheit sei dieser Versuchung »in besonderem Maß« ausgeliefert: Denn diese Koalition habe die Ideologie, also »ein großes fernes Ziel«, auf das »hingebogen« würde; sie haben die »klare, ständig gehaltene Richtung«, »den Willen, an die Grenzen zu gehen« und verfüge über eine gleichbleibende Machtkonstellation, über Kontinuität (S. 62 f.).

Neben Leisner stellt sich Walter Schmitt Glaeser, Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Bayreuth. Unter der nicht gerade neuen Überschrift »Verfassung und

¹ Die von konservativen Stiftungen finanzierten Vorhaben sollten im Zusammenhang gesehen werden: Der Hanns-Seidel-Stiftung ging es 1979 um »Verfassungsverbiegung«; die Carl Friedrich Siemens Stiftung veranstaltete im Juni und Juli 1978 eine Vortragsreihe zum Thema »Der Ernstfall« und die Thyssen-Stiftung unterstützte einen Arbeitskreis über den Begriff »Regierbarkeit« (siehe dazu die Rezension von Dreier / Uthmann in: KJ 1980, S. 226 ff.).

Verfassungsrecht« untersucht er »Verfassungsverstöße von oben« und beklagt ein »Dezennium der Verfassungsverstöße«, das hinter uns liege (S. 37).

Woran machen die beiden Staatsrechtslehrer »Verfassungsverbiegungen« und »Verfassungsverstöße von oben« fest? Leisner nennt als Beispiele: »Die zahllosen Versuche, im Namen übersteigter sog. Sozialbindung das Eigentum dergestalt zu entwerten, daß es sozusagen in den Händen der Eigentümer enteignet wird«, die »Verbiegungsversuche des Eigentums im Bodenrecht und in der Mitbestimmung« und die »Aushöhlung des Berufsbeamtenrechts« (»geradezu ein klassisches Beispiel der Verfassungsverbiegung«). Beim Beamtenrecht war man, so Leisner, »schon über der Grenze«; doch das Bundesverfassungsgericht habe »noch einmal zurückgebogen und die »besondere Treue« verlangt« (S. 59–62). Für Schmitt Glaeser ist die Fristenregelung sogar ein »qualifizierter« Verfassungsverstoß, »der auf den »Nerv« des Grundgesetzes gerichtet war« (S. 41). Die von der Bonner Koalition beschlossene Neuregelung des Anerkennungsverfahrens für Kriegsdienstverweigerer habe die »Funktionsfähigkeit« der Bundeswehr gefährdet (S. 43 ff.); auch die »Abschaffung der sog. Regelanfragen bei den zuständigen Verfassungsschutzämtern« sei ein Verfassungsverstoß (S. 47 f.), die Neuregelung des elterlichen Sorgerechts führe – man höre! – zur »Zerstörung« oder »Verstaatlichung« der Familie« (S. 53). Bezeichnend für den Stil ist, daß beide Staatsrechtler solche Vorwürfe zwar erheben, daß sie aber – sofern sie nicht auf die einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes verweisen können – gar nicht erst versuchen, die »Verfassungsverbiegungen« oder »-verstöße« durch eine an den Normen des Grundgesetzes orientierte Verfassungsauslegung zu belegen. Bereits diese Tatsache muß als Eingeständnis für die argumentative Schwäche der vorgetragenen Position angesehen werden (was nicht dazu führen darf, tatsächliche Machtpositionen und Einwirkungsmöglichkeiten zu unterschätzen). Leisner geht noch weiter, wenn er sich ausdrücklich gegen »technische Pragmatik« ausspricht und sagt, »nur von der hohen Warte des Prinzipiellen, der Verfassungswerte aus wird die Verfassungsverbiegung überhaupt sichtbar« (S. 63).

Um welche »Werte« es dabei geht, wird deutlich, wenn sich Leisner gegen die »offene

Verfassung«, sogar gegen die Formel einer Nichtfestlegung des Grundgesetzes auf eine »Wirtschaftsverfassung« und die darin enthaltene »Wertneutralität« des Grundgesetzes ausspricht und Begriffe, die das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil inzwischen erneut bestätigt hat, dem »Auflösungsprozeß« der Verfassung zuordnet. Damit zeigt er, daß diese Position mit der an den Normen des Grundgesetzes orientierten Kritik der »Erosion der Verfassung« nichts gemein hat. Es ist nicht zufällig, daß diese Kritik nicht einmal erwähnt wird. Leisner und Schmitt Glaeser lasten ebenso wie Franz Josef Strauß der SPD als Verfassungsverbiegung oder Verfassungsverstoß ein politisches Verhalten an, das sie selbst betreiben.

Einen anderen Weg als solche Gleichsetzung von Verfassungsrecht mit den eigenen politischen Werten weist Josef Isensee. Auch er meint: »Da die Verfassung als Basis der politischen Einheit akzeptiert ist, bietet sich Verfassungsauslegung als Hebel an, den Grundkonsens zu bewegen und die Umwertung der Werte einzuleiten« (II, S. 118). Ohne Beleg und ohne Blick für die überwiegend konservativen deutschen Staatsrechtslehrer behauptet Isensee, Ordinarius für öffentliches Recht in Bonn, die »Erben der deutschen Kulturrevolution« hätten »diesen Hebel längst entdeckt«: »Die dem Staat des Grundgesetzes gemäße Form der Revolution ist die Subversion des Verfassungsverständnisses. Revolution erfolgt heute durch Verfassungsinterpretation« (ebd.).

Im Unterschied zu Leisner und Schmitt Glaeser untersucht Isensee zwei Beispiele, in denen »rechtsstaatliche Selbstbindung« nach dem Grundgesetz durch »gesetzesfreie Abwägung« ersetzt worden seien: die Schleier-Entführung und die Abhör-Affäre Traube: »In beiden Ereignissen, im echten Ernstfall und im vermeintlichen Ernstfall, flammte das archaische Notrecht des Staates auf. In der Grenzlage der totalen Herausforderung zerriß die Staatsgewalt das verfeinerte, effizienzhemmende Geflecht der Legalität – unter Berufung auf die Legitimität. Der formalisierte Gesetzesvollzug wurde ersetzt durch gesetzesfreie Abwägung verfassungsgeschützter Güter« (S. 113 f.).

Doch Isensee spricht nicht von »Verfassungsverstoß«, auch nicht von einer »Krise des Rechtsstaates schlechthin«. Er wendet sich gegen die »Hypertrophie« des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes und gegen das

»Übermaß staatlicher Selbstbindung« (S. 114 u. 117). Um das zu sichern, was Isensee »staatliche Selbstbehauptung« nennt, plädiert er im Verfassungsrecht für den »heute fast ausgestorbenen Regelungstyp der Generalklausel, wie sie das preußische Polizeirecht entwickelt hat«, mit anderen Worten für die Einführung der 1968 verhinderten Generalklausel im Notstandsrecht (S. 114).

Isensee räumt ein, daß sich staatliches Handeln außerhalb der Verfassungslegalität vollzogen hat (»Legal waren diese Maßnahmen nicht«, S. 112); er legitimiert mit Hilfe dieser von ihm (in der Sache, nicht in der Begründung) tolerierten Verstöße gegen Legalität den Ruf nach Verfassungsänderung und fordert Ausnahmebefugnisse für die Exekutive! Das »effizienz-hemmende Geflecht der Legalität« will er nach dem Muster von Art. 48 Weimarer Reichsverfassung und unter Berufung auf die Argumentationslinien der Carl-Schmitt-Schule lockern: Wenn es nicht darauf ankommt (in der Normallage) »grundrechts-sichernde Staatsbegrenzung«, in der Ausnahme-situation Verfassungs-»Elastizität« zu Gunsten der Exekutive. – Leisner und Schmitt Glaeser dagegen betreiben Umwertung der Werte. Die hohe Werte der Verfassungswerte erweist sich bei ihnen als der Kirchturm der CSU.

Beide Positionen repräsentierten unterschiedliche konservative Ansätze, den durch die Normen des Grundgesetz gesetzten Rahmen zu sprengen. Bei Leisner und Schmitt Glaeser wird der gesellschaftliche status quo zum Verfassungswert erhoben, insbesondere die bestehende Wirtschaftsordnung mit Verfassungsrecht identifiziert; bei Isensee soll die Exekutive (unabhängig von einer CDU/CSU- oder einer SPD/FDP-Regierung) in die Lage versetzt werden, gegen eine Bedrohung ökonomischer und sozialer Besitzverhältnisse vorgehen zu können. Beide Ansätze – sowohl die Materialisierung der Verfassung als auch die Suspendierung von Verfassungsrechten – dienen demselben Ziel: der Festigung und Aufrechterhaltung von Herrschaftsverhältnissen.

Jeder Ansatz benötigt zur Durchsetzung dieses Zieles ein spezielles Feindbild. So heißt es bei Leisner: »Die Radikal-Demokratisierung ist der Vernichtungsangriff auf das Grundgesetz« (I., S. 56); Isensee dagegen formuliert: »Die rationale Revolutionstechnik ist die Legalität. Der Staat des Grundgesetzes hat nicht den Barrikadenkampf zu fürchten, son-

dern den Marsch durch die Institutionen« (II., S. 115). Sind solche Feindbestimmungen nicht Wegweiser in eine andere Republik, in der radikale Demokraten dann Staatsfeinde sind und in der das Unterfangen, »die rechtstaatlichen Garantien der Legalität und der Grundrechte zu aktivieren«, bereits ein Anhaltspunkt für die Bestimmung des Verfassungsgegners ist?

Jürgen Seifert

Helmut Schulze-Fielitz: Sozialplanung im Städtebaurecht, Athenäum Verlag, Kronberg i. Ts. 1979, 458 Seiten, DM 130,-.

Wie der bekannte Kritiker des BGB, Otto Gierke, die wenigen Schutzvorschriften für im Rechtsverkehr benachteiligte Gruppen spöttisch als »den Tropfen sozialen Öls, mit dem das Gesetz gesalbt sei«¹ bezeichnete, so haben Sozialwissenschaftler die Bestimmungen des Städtebauförderungsgesetzes zur Sozialplanung schnell als bloßes »Schmiermittel« zur schnellen Abwicklung von Stadterneuerungsmaßnahmen abqualifiziert. Nur selten ist der Versuch unternommen worden auszuloten, welche Chancen tatsächlich gegeben sind, mit Hilfe dieser Bestimmungen negative Auswirkungen solcher Maßnahmen zu vermeiden.

Nun haben in den letzten Jahren Soziologen die Probleme der Sanierung und der Sozialplanung aufgegriffen, durchaus um die praktische Verwertbarkeit ihrer Arbeiten bemüht. Planer können heute, anders als zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Städtebauförderungsgesetzes, auf eine Fülle von praktikablen Forschungsergebnissen² zurückgreifen. Es fehlte aber bisher, und hier ist

² So heißt es bei Isensee (II., S. 116 f.): »Der Verfassungsgegner bemüht sich, die rechtstaatlichen Garantien der Legalität und der Grundrechte zu aktivieren, um den Zugang zum öffentlichen Amt zu erzwingen.« Die große Gefahr sieht Isensee in der »Rückkehr zum Weimarer System der legitimitätsfreien Legalität« (S. 117). Dabei legt er – wie Carl Schmitt 1932 – den Weg frei für eine legalitätsfreie Legitimität.

¹ Vgl. F. Wicacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 470.

² Zusammenfassend: U. Herlyn, *Sozialplanung und Stadterneuerung*, Stuttgart 1976.

es Schulze-Fielitz gelungen, eine Lücke zu schließen, an sozialwissenschaftlich orientierten Beurteilungs- und Bewertungskriterien für Juristen, die ja ebenfalls, was von Sozialwissenschaftlern viel zu wenig beachtet wird, gestaltend in die Sozialplanungsverfahren eingreifen. Wer für die Lösung rechtlicher Probleme, z. B. im Zuge von Sanierungen, auch sozialwissenschaftliche Erkenntnisse heranziehen wollte, fand in der soziologischen Literatur kaum verwertbare Ausführungen. Insofern ist die Doppelqualifikation als Rechtswissenschaftler und Sozialwissenschaftler, die der Autor besitzt, bedeutsam. In einem einführenden Kapitel wird zunächst die Problematik von Stadterneuerungsmaßnahmen historisch angegangen, wobei der Akzent auf die Wohnungs- und Städtebaupolitik seit 1945 gelegt wird. Zu Recht werden die unter der Überschrift »Krise der Stadt« diskutierten Einzelfragen, wie die Defizite an sozialer Infrastruktur, der Verlust lokaler Kommunikation, die Entstehung von Sanierungsgebieten, um nur einige Beispiele zu benennen, als Folgeprobleme einer »städttebaulich, verteilungs- und sozialpolitisch bedenklichen liberalisierten Wohnungsmarktpolitik« (S. 392) begriffen. In der zunehmenden Beachtung der Sozialplanung im Städtebaurecht, ablesbar an den gesetzgeberischen Aktivitäten der letzten 10 Jahre, wird aber ein Ansatz zur stadtplanungspolitischen Korrektur gesehen.

Damit ist der Gegenstand der Untersuchung benannt, aber noch nicht bestimmt. Aus der »breiten, terminologisch und sachlich ungeklärten Diskussion« (S. 393) innerhalb der Sozialwissenschaften, was denn nun eigentlich unter dem Begriff Sozialplanung zu verstehen sei, lassen sich seiner Meinung nach keine brauchbaren Abgrenzungskriterien entwickeln, statt dessen greift er auf die gesetzlichen Bestimmungen zurück, nach denen sich unterscheiden lassen:

- die Sozialplanung im engeren Sinne als Hilfe und präventive Rücksichtnahme bei Sanierungen und Gebietsumgestaltungen nach §§ 4 II, 8 II StBauFG und § 13 a BBauG
- die in ihren sozialen Gehalten sensibilisierte Sanierungs- und Bebauungsplanung nach §§ 1, 3, 4 I 86 I StBauFG und §§ 1, 2 ff. 9 a BBauG
- und schließlich die partizipative Ausgestaltung des Verfahrens dieser beiden Elemente. Schwerpunkt der Arbeit sind die ersten beiden Fragenkomplexe. In einem besonderen

Kapitel, das vorwiegend den an Rechtstheorie Interessierten zur Lektüre empfohlen werden kann, versucht Schulze-Fielitz seine These zu belegen, daß Stadterneuerung als Sozialplanung grundgesetzlich aufgegeben sei. Nicht jeder wird seiner Ansicht folgen und das teilhaberechtliche Grundrechtsverständnis als Voraussetzung für eine dogmatisch befriedigende Berücksichtigung des Sozialstaatsgrundsatzes begreifen. Trotzdem, es wird kenntnisreich belegt, daß von der Verfassung her die Möglichkeit gegeben ist, die Sozialplanung in ihrer konkreten Ausformung im Städtebaurecht als Aufgabe des Grundrechtsschutzes aufzufassen.

Die Vorbehalte von juristischen Praktikern gegenüber der Soziologie sind der Anlaß für längere, ein ganzes Kapitel einnehmende Ausführungen über das Verhältnis von Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften. Dabei wird deutlich: eine Sozialplanung ohne Rückgriff auf die Ergebnisse der Stadtsoziologie wird dem gesetzlichen Auftrag nicht gerecht. Im § 4 StBauFG wird sogar eine an der empirisch-analytischen Forschungslogik orientierte sozialwissenschaftliche Sanierungsvorbereitung ausdrücklich vorgeschrieben. Auch die in § 3 StBauFG geforderte Beurteilung der baulichen und sozialen Verhältnisse eines Sanierungsgebietes ist nur innerhalb eines Theorierahmens der Stadtsoziologie möglich.

In mehreren Kapiteln werden dann in Anlehnung an den tatsächlichen Verlauf von Stadterneuerungsmaßnahmen, von der ersten analytischen Bestandsaufnahme im Rahmen der vorbereitenden Untersuchungen bis zur Aufstellung und Durchführung des Sozialplans, die sozialplanungsrelevanten Bestimmungen kenntnisreich mit den Ergebnissen soziologischer Forschung ausgefüllt.

Auch wenn die Planung der Durchführungsfolgen in der Praxis bisher leider nicht den angemessenen Stellenwert erhalten hat, so ist diese als »das begriffsprägende Kernstück der Sozialplanung« (S. 401) anzusehen.

Als eigentlicher Fix- und Angelpunkt dieser Planung sind die Grundsätze für den Sozialplan nach § 4 II 3 StBauFG bzw. die Grundsätze für soziale Maßnahmen nach § 13 a I BBauG anzusehen. Nur wenn sie, was bisher allerdings kaum geschehen ist, genau, detailliert, informativ und adressatengerecht formuliert und von der kommunalen Vertretung beschlossen werden, kann der einzelne sein »Planungsschicksal« kalkulieren.

Die Widerstände gegen eine stärkere Berücksichtigung der Sozialplanung im Prozeß der Stadterneuerung, die zumeist eine Erhöhung der Kosten und eine zeitliche Verzögerung bedeutet, werden von Schulze-Fielitz gesehen. Trotzdem sieht er Chancen, mit dem Vehikel der Sozialplanung das »gesamte Handeln der Verwaltung sozial zu sensibilisieren« (S. 406), eine Hoffnung, die durch die bisherige Praxis von Stadterneuerungsmaßnahmen nur wenig gestützt werden kann.

Obwohl überwiegend auf den Gebrauch durch praktisch tätige Juristen abgestimmt und deshalb wie ein Nachschlagewerk aufgebaut, bietet die Arbeit auch einen vollständigen Überblick über Forschungsergebnisse (und -lücken!) des Sozialplanungsproblems thematisierenden Bereiches der Stadtsoziologie und ist insofern auch für den Sozialwissenschaftler ein gut brauchbares Fundstellenverzeichnis.

Es gelingt Schulze-Fielitz mit juristischen Überlegungen die Notwendigkeit einer Aufwertung der Sozialplanung gegenüber der Bauplanung zu begründen und damit richtig zu gewichten. Die rechtliche Absicherung der Sozialplanung ist, und darin ist dem Verfasser zu folgen, auch wenn Grundgedanken des Städtebauförderungsgesetzes bei Gelegenheit der Novellierung Eingang in das Bundesbaugesetz gefunden haben, noch immer unbefriedigend.

Das gegenwärtige Boden- und Planungsrecht wird von ihm treffend als kraftlos bezeichnet, was in der Praxis dazu führt, daß auch bei einer konsequenten Anwendung der einschlägigen Bestimmungen durch Verwaltungen und Gerichte eine Bauplanung, die auch

die Bedürfnisse und Interessen von sozial Schwächeren (besonders Mietern) berücksichtigt, nur schwer zu realisieren ist, obwohl nicht verkannt wird, daß sich manche sozialplanerischen Grundsätze durch eine differenzierte Ausschöpfung des geltenden unmittelbar oder mittelbar einschlägigen Landes- oder Bundesrechts verwirklichen lassen.

Die geforderte Verbesserung der Entschädigungsregeln für wirtschaftlich Schwächere könnte die negativen Auswirkungen des »bedenklich liberalisierten« (S. 392) Wohnungsmarktes wohl mildern helfen. Es ist jedoch zu befürchten, daß die geringe Finanzkraft der Gemeinden zu einer noch restriktiveren Handhabung solcher Bestimmungen führt. Auch bei einer Verbesserung ihrer rechtlichen Stellung müssen sich deshalb z. B. Sanierungsbetroffene weiterhin auf politischem Wege gegen eine mögliche Bedrohung ihres sozialen Besitzstandes wehren. Ohne die praktischen Probleme beim Umgang mit sozialwissenschaftlichen Arbeiten in der juristischen Praxis zu unterschätzen, sieht Schulze-Fielitz besonders in den empirisch-analytisch ausgerichteten Forschungen wichtige Entscheidungshilfen.

Durch den behutsamen Umgang mit rechtswissenschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Theorien, Methoden und Begriffen wird für eine längst fällige Annäherung der Disziplinen geworben und überzeugend nachgewiesen, daß die bisherige Gewohnheit, eher auf Abgrenzung zu anderen Wissenschaften zu bestehen, der komplexen Problematik der Sozialplanung nicht gerecht wird.

Günter Wendt