
Juristische Methodik

Band I

**Grundlegung für
die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis**

Von

**Friedrich Müller
Ralph Christensen**

Elfte, auf neuestem Stand bearbeitete und erweiterte Auflage



DUNCKER & HUMBLLOT

FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN

Juristische Methodik I

Juristische Methodik

Band I

**Grundlegung für
die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis**

Von

**Friedrich Müller
Ralph Christensen**

Elfte, auf neuestem Stand bearbeitete und erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 1971
2. Auflage 1976
3. Auflage 1989
4. Auflage 1990
5. Auflage 1993
6. Auflage 1995
7. Auflage 1997
8. Auflage 2002 (seither mit Ralph Christensen)
9. Auflage 2004
10. Auflage 2009

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz und Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISBN 978-3-428-14188-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54188-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84188-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort zur elften Auflage

Die Neuauflage ist auf dem aktuellen Stand von Praxis und Wissenschaft, von Problemen und Lösungsvorschlägen. Die weiterhin höchst lebhafteste Diskussion ist wieder eingearbeitet worden, sei es um Differenzen klarzustellen, sei es um Synergien zu unterstützen. Das betrifft zum Beispiel alte und immer wieder in Frage stehende Themen wie ‚*Wortlautgrenze*‘ und ‚*Richterrecht*‘ als Fragen rechtsstaatlicher Gesetzesbindung, die Eigenart der Formvorschriften und der durch Zahlen bestimmten Normtexte, wie Grundlagen und Technik gerichtlicher *Abwägung*, wie Realitätswandel und *Normwandel*, die Rolle von *Ethik* im Recht, Maßstäbe für die *Vertretbarkeit* juristischer Entscheidungen, und eine neu formulierte dreifache Struktur der *Legitimation* im demokratischen Rechtsstaat.

Ein besonderer Nachdruck liegt wieder auf Verarbeitung und Würdigung neuerer und neuester Judikatur aus der Spruchstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts, von Verwaltungsgerichten und des Bundesverwaltungsgerichts, weiterer Oberster Gerichtshöfe des Bundes sowie des Europäischen Gerichtshofs – wie beispielsweise zu Kirchensteuer und islamischem Schulgebet, zu Meinungs- und Pressefreiheit, zur informationellen Selbstbestimmung und zum Beamtenstreikrecht, zu Passivraucherschutz und neuen Formen von Lebenspartnerschaft, ferner etwa das Fraport-Judikat, die Urteile zum Lissabonner Reformvertrag, zu Stabilisierungsmechanismus und europäischem Rettungsschirm.

Mit diesem Schwerpunkt kehrt das Buch nicht einfach zu seinen Ursprüngen zurück, denn es hatte sie nie verlassen. Das, was die Praxis tut, was im lebenden Recht tatsächlich vor sich geht, war von Anfang an die leitende Fragestellung gewesen. Ihr galten und gelten die sorgfältig entwickelten Vorschläge, wie die Praxis durch klarer strukturierte Begriffe und Hilfsmittel reflektierend erhellt und wie sie daraus für ihre tägliche Arbeit angeregt werden kann.

Heidelberg, Juni 2013

F. M.

Vorwort zur zehnten Auflage

I

Die „Juristische Methodik“ wurde in ihrer ersten Fassung vor vierzig Jahren geschrieben. Bücher haben nicht nur Schicksale, manche haben auch eine Geschichte. Dieses Buch gehört wohl zu ihnen. Wer das nicht bedenkt, kann den Abstand zwischen der aktuellen Methodendebatte und jener bis zu den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts nicht ermessen. Heute erscheint vielfach als Gemeingut¹, was doch erst als Ergebnis jahrzehntelangen Bodengewinnens in schwierigem Gelände, im Dickicht gegenläufiger Traditionen inzwischen klar geworden ist – dank der Wirkung nicht zuletzt auch dieses Buchs: Überwindung des abstrakten Gegensatzes von „Sein und Sollen“; Hervorbringen der Rechtsnorm erst in der Praxis der Fallentscheidung; die Einsicht, dass Sachfaktoren diese Rechtsnorm mitbegründen; Normativität als Arbeitsvorgang statt als Eigenschaft von Gesetzestexten; Arbeitsteilung zwischen einer grundlegenden Methodik (wie sie hier entwickelt wird) und zusätzlichen Methodiken der einzelnen Rechtsgebiete; institutionell geprägte Rechtsarbeit; realistische Fassung des Begriffs „Geltung“; argumentative Vertretbarkeit statt der *einzig*en Wahrheit oder Richtigkeit der Lösung; und mehr.

II

Das Theoriegebäude nicht nur dieser Methodik, sondern der Strukturierenden Rechtslehre im Ganzen kommt aus der Beobachtung, aus fortlaufender Analyse der Rechtspraxis, und es mündet in sie zurück. Das gilt, als Beispiel, sogar für so fundamentale Themen wie *Zeit* und *Ethik*. Sie werden hier nicht im akademisch abstrahierenden Stil („Recht und Zeit“, „Recht und Ethik“, „Zeit und Verfassung“, „Politik und Recht“) abgehandelt. Vielmehr zeigt sich die radikale Orientierung an Praxis an ihrer *Immanenz*: darin, dass sie unausdrücklich erfasst werden, dass sie *von Anfang an integriert und operational gemacht* sind – so beim *Recht auf Methodengleichheit*, bei der *Methodenehrlichkeit* als einem Maßstab für praktische Rechtsarbeit oder beim Entwickeln von Normativität und Konkretisierung im Sinn von (begrifflich strukturierbaren) *zeitlichen Vorgängen*. Auch *Politik* (im Sinn von: auf die Polis

¹ Das gilt auch für inzwischen nach der Art von Gemeingut gebrauchte einzelne Begriffe, die hier, sei es als Neologismen eingeführt, sei es von der Tradition abweichend expliziert, verwendet werden, wie „Normtext“, „Normprogramm“, „Normbereich“, „Konkretisierung“, „Rechtsnorm/Entscheidungsnorm“, „Rechtsarbeit/Rechtsarbeiter“, „methodenbezogene Normen“, „Grundrecht auf Methodengleichheit“ und andere.

bezogen, für die Republik der *Citoyens* erheblich) ist dieser Rechtslehre und ihrer Methodik stets schon immanent.

Deshalb liegt hier einmal mehr das Schwergewicht auf den neu hinzugekommenen Teilen, die *unmittelbar praktisch* wichtig und umstritten sind (wie in der Vorauflage z. B. das Bestimmtheitsgebot, die Formen und Grenzen der Analogie, die noch genauere Fassung der Canones): so unter anderem neue Gesichtspunkte zur *systematischen Interpretation* (vertikaler → horizontaler Holismus); die Frage der *grundrechtlichen Drittwirkung* im Zivilrecht in Zusammenhang mit „Abwägung“ und „Einheit der Rechtsordnung“; der Unterschied von *Sachbereich* und *Normbereich* am Verfassungsbegriff der „Investition“ vor dem Hintergrund des eingeleiteten nationalökonomischen Paradigmenwechsels vom Monetarismus zum Keynesianismus, beobachtet an der Rechtsprechung; die Unvereinbarkeit der hier vorliegenden Rechtslehre und Methodik mit allen Formen von spontanen Stand- und Ausnahmegerichten und jeder Art von *Selbstjustiz*.

Das hinderte nicht daran, auch die Antwort auf zahlreiche Grundlagenfragen weiter anzureichern: zur intensivierten sprachtheoretischen Begründung der Konzeption der *Normstruktur* (Hermeneutik, analytische und postanalytische Philosophie); zur *Adressatendifferenz* („Klarheit“ und „Wahrheit“ der gesetzlichen Normtexte gegenüber den Rechtslaien); weiter vorangetriebene Klärungen zu „*Sein und Sollen*“; zur „*Bedeutung*“ rechtlicher Ausdrücke im Rahmen von Ganzheitskonzepten; vertiefte Kritik am *Dezisionismus* bezüglich des Grundproblems „Recht“/„Rechtsnorm“/„*Entscheidungsnorm*“; weitere Demontage des Credo von der *einzig richtigen* Lösung des rechtlichen Streitfalls; das Überschreiten des Gegensatzes von *Realismus* und *Konstruktivismus* durch den Nachweis der Ko-Konstitution sprachlicher und nicht-sprachlicher Faktoren in der Rechtsarbeit; ferner Ergänzungen etwa zu: Metasprache und Objektsprache; semantischer Kampf; Rechts„prinzipien“; Formen von „Definition“ im Recht; die Stellungnahme der strukturierenden Methodik zur Arbeitsweise der Topik. Diese zuletzt genannte Auseinandersetzung wird dadurch vertieft, dass die – in der hier entwickelten Sicht – unpolitische (d. h. zu wenig auf die konkrete Verfasstheit der „Polis“ eingehende) Haltung der Topik gezeigt wird – deutlich beim Vernachlässigen der rechtsstaatlich und demokratisch begründeten Sonderstellung des Normtexts unter den „*Topoi*“.

Daneben wurde das Buch wieder an ungezählten Stellen überarbeitet, in Dokumentation und Argumentation erweitert – mit Blick auf Anstöße aus der nach wie vor sehr umfangreichen Literatur und auf analytisch aus der Rechtsprechung herausgefilterte neue Gesichtspunkte. Die juristische Methodologie ist seit der Erstauflage dieses Buchs – so wie seit „Recht – Sprache – Gewalt“² auch die Rechtslinguistik – ein vor Vitalität vibrierender, sich rasch ausweitender Forschungszweig geworden.

² Erschienen 1975; 2008 in 2., stark erweiterter Auflage. – Dasselbe wird in Bezug auf Band II dieses Buchs (Europarecht) beobachtet: Gemäß der Feststellung von Görlich (in: *Comparativ* 18 (2008), S. 125) „nahm nach der Erstauflage dieses Müller/Christensen seit 2003 die Zahl der Studien zur Methodik des Europarechts in auffälliger Weise zu“.

III

Das Vorhaben einer Juristischen Methodik ist komplex. Es muss auch Grundlagen- und Nachbardisziplinen verarbeiten – auf heutiger Anspruchshöhe der Humanwissenschaften und zugleich mit Blick auf die internationale Debatte. Es muss viel an Theorie einbeziehen, um diese dann mit den Bedingungen der alltäglichen Rechtsarbeit vermitteln zu können. Es ist *ein durch Theorie hindurch gehendes Buch für juristische Praxis*. Dem entsprechen seine Aufgaben: Es bietet keinen aufzählenden Literaturbericht und auch kein Forum für primär akademische Auseinandersetzung. Es hat vielmehr die Funktionen des *Lehrbuchs*, des *Forschungstexts* und nicht zuletzt des *Nachschlagewerks* – durch hoch entwickelte technische Erschließbarkeit erleichtert. Sein sachlicher Schwerpunkt liegt auf der gedeuteten, umgesetzten, theoretisch möglichst klar erläuterten Praxis der Rechtswelt. Dem entsprechend ist seine Übernahme durch die Praxis bisher stärker ausgeprägt als durch die nicht selten noch verschreckt reagierende akademische Diskussion, jedenfalls im deutschen Sprachraum.

Gegenüber kleinmütigen Bedenken letztlich immer „Recht behalten“ zu wollen, ist nie ein Ziel dieses Vorhabens gewesen. Es handelt sich darum, den tatsächlichen Problemen gewachsen zu sein; und das ist ein gemeinsames Ziel all derer, die am Recht arbeiten.

IV

In Reaktionen auf die Voraufgaben wurde angemerkt, es handele sich hier, trotz des ursprünglichen Ansatzes bei der Verfassungsjudikatur, inzwischen doch weit eher um eine „allgemeine Methodik“. Diese Beobachtung trifft zu. Dem entsprechend beziehen sich die Analysen der Rechtspraxis auch diesmal wieder neben der genannten vor allem auf die des Bundesgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs sowie auf die verschiedenen Stufen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Auf dem alle praktischen Rechtsgebiete verbindenden Sockel methodologischer Grundlegung durch dieses Buch können regionale Methodiken mit den weiteren Besonderheiten der zivil-, straf- und europarechtlichen³ Arbeitsweisen aufbauen. Das ist die Position dieses Ansatzes seit der ersten Auflage 1971 gewesen. Es ist dieser gemeinsame Sockel, es ist *die Grundausrüstung des Instrumentariums für die Normkonkretisierung in allen dogmatischen Rechtsbereichen*, die das vorliegende Buch in überarbeiteter und vielfach ergänzter Form, um wichtige praktische Themen erweitert und auf neuestem Stand von Wissenschaft und Praxis bietet.

Heidelberg, Frühjahr 2009

F. M.

³ Vgl. F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik, Band II: Europarecht, 3. Auflage 2012.

Vorwort zur neunten Auflage

Für die Neuausgabe wurden Darstellung und Argumentation vielfältig vertieft, präzisiert und inhaltlich angereichert. Die deutschsprachige und ausgewählte internationale *Literatur* zu Methodenfragen ist ebenso einbezogen wie methodologisch bedeutsame neueste höchstrichterliche *Rechtsprechung*.

Zu den Erweiterungen gehören beispielsweise die Diskussion von „Gesetz und Recht“, an welche gemäß Art. 20 Abs. 3 GG „die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung ... gebunden“ sind; das Erörtern von „Gerechtigkeit“ als *Problemhorizont* für die praktische Rechtsarbeit statt als scheinbar vorgegebener Deduktionsgrundlage; zählen auch die Reflexion auf das *Bestimmtheitsgebot* für Gesetze und andere formelle Rechtsakte vor dem Hintergrund der unumgänglichen Mehrdeutigkeit der natürlichen (Rechts-)Sprache; ein weiteres Klären der verschiedenen Schichten des Vorverständnisses, da für die Arbeit der Praxis neben dem intuitiven und dem fachspezifischen besonders auch das *institutionelle Vorverständnis* zu beobachten sich lohnt; ferner ein stärkeres Eingehen auf die hier von Anfang an entwickelte Position, daß es in der Regel illusionär bleibt, „die einzig richtige“ Entscheidung eines Falls zu behaupten. Vielmehr ergeben sich typischerweise mehr als nur eine an vertretbaren Optionen – das Institut der verfassungskonformen Auslegung beruht geradezu auf dieser Tatsache. Gesichtspunkte für das Beurteilen der verschiedenen Vertretbarkeiten und für die Präferenz zwischen ihnen auszuarbeiten, gehört zu den Aufgaben einer juristischen Methodik. In anderen Zusammenhängen wird die Figur der *Analogie* im Rahmen des vorliegenden Konzepts verortet, eingehend untersucht und neu formuliert: durch eine rationalere Rekonstruktion des Ausgangsbegriffs der „Lücke“ (die sich nicht „aus der Sache selbst“ ergibt, sondern vom juristischen Praktiker konstruiert wird) sowie ein sorgfältiges Abstimmen der möglichen Analogiegründe anhand einzelner Konkretisierungselemente (z. B. Wertungslücke, rechtspolitische Argumente) und durch die Analyse des Risikos der so genannten Gesamtanalogie.

Anhand der Judikatur der Gerichte und gestützt auf die positiven Leistungen heutiger Linguistik für die Welt des Rechts werden ferner die wichtigsten *Canones* neu aufgegriffen und noch besser verwendbar gemacht, so etwa zur Rolle von Prototypen und Stereotypen, zum Übergang von der semantischen zur pragmatischen Version von „Wörtlichkeit“ (z. B. „Bedeutung“, „Klarheit“, „Vagheit“, „Mehrdeutigkeit“) und zur argumentativen Schlichtung von Sprachnormkonflikten im Rahmen der *grammatischen*, der *genetischen* und der *historischen Konkretisierung*; auch wird die Architektur der verschiedenen Formen *systematischer Interpretation* weiter differenziert (die Systematik der Entscheidungen neben bzw. zum Teil an

Stelle jener des Gesetzes, anders gesagt der Übergang von einer Systematik erster zu einer solchen zweiter Ordnung).

All diese Neuerungen kommen den verschiedenen Funktionen des vorliegenden Buchs für die juristische Praxis, für die wissenschaftliche Forschung und die akademische Lehre zugute.

März 2004

F. M.

Vorwort zur achten Auflage

I

Diese juristische Methodik hat sich von Anfang an zu Realismus und Pragmatismus verpflichtet: zu Antworten auf die Frage, was beim Funktionieren einer Rechtsordnung tatsächlich vor sich geht, bei der rechtsstaatlich korrekten und demokratisch pflichtgemäßen Rechtsarbeit. Und zu dem Bemühen, die Anforderungen an Rechtsarbeit nicht zu überspannen; die Grenzen dessen einzuhalten, was die natürliche (Rechts-)Sprache leisten kann. Die Standards sind nicht auf ein fiktives Maximum hin zu steigern, sondern auf ihr Optimum hin zu entfalten.

Folgen dieses nicht-spekulativen Ansatzes sind einmal, daß – ohne langwierige Auseinandersetzungen – eine Reihe seiner Ergebnisse in der Rechtsprechung auf weniger Vorurteile stoßen als in der akademischen Debatte; und zum andern, daß – oft ohne nähere Hinweise – wichtige Aspekte dessen, was dieses Konzept seit einem Dritteljahrhundert ausgearbeitet hat, mehr oder weniger diffus zu Gemeingut geworden sind: so die Abkehr von der Idee einer Einheitsmethodik und die Wendung zu Methodiken der großen Teilrechtsgebiete auf einem tragfähig ausgearbeiteten gemeinsamen Sockel; der Gedanke der Rechtsarbeit als institutioneller Arbeit mit Texten statt als geisteswissenschaftlichen „Verstehens“; das Überwinden der traditionellen Spaltung in „Sein“ und „Sollen“; die praktische Einsicht, daß die Sprachelemente zur Konkretisierung nicht ausreichen und daß die Sachgesichtspunkte nicht nur irgendwie zum Entscheidungsprozeß gehören, sondern mit-normativ wirken; eine neue Sicht auf die Rechtsnorm als das generalisierbare Ergebnis der konkreten Entscheidung und nicht als eine in der Kodifikation schon vorgegebene, nur noch „anzuwendende“ Regel; also die inzwischen schon außerhalb der Jurisprudenz (z. B. bei Luhmann, Derrida) ‚ankommende‘ Einsicht, daß Normativität keine den Gesetzestexten schon innewohnende Eigenschaft sein kann, sondern in einem realen Arbeitsvorgang herzustellen ist; die unmittelbare Wichtigkeit in die Konkretisierung hinein wirkender methodenrelevanter Verfassungsvorschriften; oder noch als weiteres Beispiel der Gedanke, daß „die einzig richtige“ punktgenaue Entscheidung des Rechtsfalls kein sinnvolles Konzept darstellt. Vielmehr eröffnet rechtsstaatliche Arbeit in aller Regel den Raum für konkurrierende (Sprach-)Bedeutungen und damit für mehr als nur eine vertretbare Entscheidung. Diese darf nicht willkürlich sein, muß überzeugend begründet werden können; und zwar nicht nur auf einen bloßen Ergebniskonsens (allein der Tenor), sondern auf einen Arbeitskonsens hin (einschließlich des Arbeitsvorgangs und seiner Argumente, kurz: Tenor *plus Gründe*).

Auch der theoretische Ausgangspunkt „Rechtsnorm ist *ungleich* Normtext“ heißt nicht, so *sei* es im Sinn einer objektiven ontischen Richtigkeit; so, als seien andere Positionen nicht auch vertretbar. Sie sind es; aber hier wird begründet, warum es sinnvoller erscheint, „normativ“ erst einen Text zu nennen, der aus dem Abarbeiten der Gesetzestexte an einem tatsächlichen Fall hervorgegangen ist. Hier ist das rechtliche Potential an Steuerung dann hinreichend verdichtet, ist deutlich stärker *in casu*; läßt es plausibel erscheinen, von der traditionellen *lex ante casum* Abschied zu nehmen.

II

Auf der Linie dieser Ziele wurde in der Neuauflage an zahlreichen Einzelfragen dieser *Theorie der Praxis* weiter gearbeitet: beispielsweise das noch schärfere Hervorheben des *juristischen* Charakters von Rechtshandeln gegenüber gängigen „Übertragungen“ aus anderen Wissenschaftsdisziplinen; eine genauere Fassung des in der Diskussion oft noch zu vagen Begriffs „Vorverständnis“; eine realistische Sicht auf das, was die „Bedeutung“ rechtlicher Begriffe und Entscheidungen heißen kann; die Rolle von „Klarheit“ und „Bestimmbarkeit“ in der Textstruktur des Rechtsstaats; die Tatsache der Polyfunktionalität der Gesetzestexte (die sich an alle Laien und zugleich speziell an die Fachjuristen richten). Auch wird, provoziert durch die Neuen Medien, gefragt, was „Virtualität“ im Recht heißen könnte.

Wie in den Voraufgaben wurden die methodologisch besonders wichtige Rechtsprechung und die vielfältige Literatur auf heutigem Stand differenziert einbezogen; die Rolle der Praxis und ihrer Analyse hat sich im Rahmen dieses Buchs weiter verstärkt.

Als umfangreichste *systematische Neuheit* kennzeichnet diese achte Bearbeitung das Hinzufügen der *Methodik des Europarechts*; dies führte ferner dazu, auch die Methodik des nationalen Rechts anzureichern, und zwar um das Konkretisierungselement der gemeinschaftsrechts-konformen Interpretation in der Judikatur des Bundesverwaltungs- und des Bundesarbeitsgerichts sowie des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.

Die europäische supranationale Rechtsordnung bildet nicht nur, sondern dominiert einen wachsenden Anteil der nationalen. Das Gemeinschaftsrecht hat Vorrang, auch vor dem Grundgesetz; die überlieferte Normenhierarchie hat sich ‚nach oben hin‘ erweitert. Eine der Realität und den täglichen Problemen der Praxis verpflichtete Methodik muß das Recht der Europäischen Gemeinschaft mit derselben Sorgfalt einarbeiten wie das nationale Recht. Dies geschieht in einem gesonderten Teilband II auf der Grundlage des hier entwickelten Konzepts und im Rahmen seiner methodologischen Begrifflichkeit.

III

Der altliberale formale Rechtsstaat („Herrschaft des Gesetzes“) mit seiner positivistischen Methodik („Auffinden“ der präexistenten Norm und ihre „Anwendung“) wird heutiger gesellschaftlicher Wirklichkeit schon seit langem nicht mehr gerecht (z. B. wachsende Staatstätigkeit, begrenzte Steuerungschancen für Gesetze, erhöhte Anforderungen an die Gerichte). Einerseits gelten die überlieferten Rechtsstaatsgebote normativ fort, andererseits zeigen auch Sprach- und Sozialwissenschaften, daß der traditionelle juristische Normbegriff nicht mehr haltbar ist. Mitte der sechziger Jahre sah sich die Strukturierende Rechtslehre vor dieser widersprüchlichen Lage; in Antwort auf diese wurde anstelle des alten Paradigmas von „Finden“, „Erkennen“ und Rechtfertigen des angeblich vorgegebenen Rechts dasjenige einer progressiv erfolgenden Rechtserzeugung und der Reflexion auf sie ausgearbeitet. Man mußte, anders gesagt, „den Rechtsstaatsgedanken von der zu einfachen Vorstellung bloßer Rechtsanwendung ablösen, das legalistische Rechtsstaatsverständnis verabschieden und als sprachreflexives Rechtsstaatsverständnis reformulieren“¹. Der *(sprach)reflexive Begriff des Rechtsstaats* kann in der Tat als verfassungstheoretische Kurzformel diesen Teil des strukturierenden Konzepts zusammenfassen.

Dem entspricht, für die Methodik, statt des logifizierten Systems von „Methoden der Anwendung“ seit dem ersten Erscheinen des vorliegenden Buchs ein intern bewegliches Ensemble von *Elementen der Normkonstruktion*: weder „Chaos“ noch „Willkür“, wie das alte Denken allzu gerne argwöhnt, sondern einleuchtende Argumentation, sequenzielle Rationalität. Diese führt kaum jemals zur „einzig richtigen Entscheidung“, sondern (in Tenor und/oder Gründen) zu mehr als nur einer vertretbaren. *Und wann kann eine Entscheidung „vertretbar“ heißen?* Sie ist es dann, wenn alle fallnotwendigen Sprachdaten und Realdaten einbezogen sind, wenn diese methodisch genau und nachvollziehbar verarbeitet werden und wenn Ergebnis und Gründe dabei folgerichtig bleiben; und wenn ferner die einschlägigen methodenrelevanten Vorschriften eingehalten wurden und der Methodengleichheit Genüge getan ist.

Januar 2002

F. M.

¹ Christensen XI, S. 10; zu diesem Zusammenhang ebd. S. 7 ff. – Metaphorisch läßt das an jene Gebilde denken, die in der bildenden Kunst seit Alexander Calder „*Mobile*“ heißen: die Zahl der Elemente ist nicht beliebig, aber ergänzbar; sie sind fest aufgehängt, aber nicht starr; sie sind als einzelne deutlich explizierbar, aber ständig in (begrenzter) Bewegung; sie gruppieren sich zu neuen Konstellationen und lassen sich nicht wie ein Still-Leben (eine nature morte) fixieren.

Vorwort zur siebten Auflage

Die vorliegende Ausgabe wurde mit Blick auf hier wichtige neue Rechtsprechung und Literatur (auf dem Stand von Anfang 1997) durchgehend bearbeitet; dabei ist das Material nicht zuletzt in Richtung der Verwaltungsjustiz erweitert worden. Ferner wurde sie sachlich ergänzt: so weist sie jetzt auf Objektsprache und Metasprache in der Gesetzgebung hin, differenziert weiter im Rahmen der systematischen Interpretation oder untersucht die verschiedenen Spielarten des legislatorischen Phänomens der „*Programmsätze*“. Als aufschlußreich erwiesen sich auch jüngste Beispiele einer *Änderung höchstrichterlicher Judikatur* vor dem Hintergrund des über die Rechtskraft hinaus weiterlaufenden juristischen Diskurses; vor allem dann, wenn sich die tatsächlichen Gegebenheiten (der Sachbereich) inzwischen geändert haben. In diesem Zusammenhang können primär diskursive von sekundär diskursiven Vorgängen unterschieden werden.

Der Text des Buches wurde auf Randnummern umgestellt und so für Leser und Benutzer technisch noch leichter zugänglich gemacht.

Neben diese erneute Bearbeitung treten Erweiterungen von größerem Umfang: In der unverändert aktuellen Frage der „*Wortlautgrenze*“ werden Parallelen zu den „*Grenzen der Interpretation*“ in vergleichbaren Wissenschaften gezogen. Die in der Voraufgabe eingeführten *Handlungsformen* „*Verstehen*“, „*Interpretieren*“ und „*Arbeit mit Texten*“ werden jetzt mit den *Situationstypen* „*störungsfreie Kommunikation*“, „*Kommunikationskrise*“ und „*semantischer Kampf in der rechtsförmlichen Konfliktbearbeitung*“ näher verbunden. Das praktisch ebenso wie theoretisch weiterführende Konzept der *Textstruktur* und das der rechtsstaatlichen *Gewaltenteilung* als Unterscheidung, Verteilung und Kontrolle von Textkompetenzen werden vertieft. Schließlich wird die Analyse der tatsächlichen *Rolle der Gesetzesvorschriften je nach Adressatenkreis* fortgeführt: informell verbindliche Verhaltensdirektiven für alle Teilnehmer am Rechtsverkehr – formell verpflichtendes Eingangsdatum der Rechtsarbeit für die entscheidungsbefugten Juristen. Dabei bestätigt sich die rechtstheoretisch wie auch methodenpraktisch zentrale Unterscheidung von „*Geltung*“ (des Textformulars im Gesetzbuch) und „*Normativität*“ (der Textbedeutung am Ende des einzelnen Konkretisierungsvorgangs in der Praxis).

Größere Abschnitte (von Ralph Christensen) widmen sich ferner der wieder auflebenden Diskussion um *Gerechtigkeit* und deren Rolle als angeblicher Deduktionsbasis für Gerichtsentscheidungen sowie der linguistisch sinnvollen wie methodologisch klärenden Unterscheidung von *Geltung*, *Bedeutsamkeit* und *Bedeutung* gesetzlicher Wortlaute. Auch wird (im Abschnitt „*Bestimmbarkeit der Rechtsnorm statt Bestimmtheit des Normtextes*“) das für die Praxis nach wie vor dornige *Pro-*

blem der Bestimmtheit juristischer Ausdrücke und Argumente im Anschluß an die postanalytische Diskussion präzisiert; das schlägt zugleich eine Brücke zur heutigen nordamerikanischen Rechts- und Sprachphilosophie.

März 1997

F. M.

Vorwort zur sechsten Auflage

Die Neuausgabe wurde durchgehend überarbeitet. Auf neuestem Stand (Anfang 1995) sind methodologisch wichtige Rechtsprechung und Literatur aufgenommen. Der Ansatz des Buchs blieb beibehalten, ist jetzt aber mehrfach erweitert und fortentwickelt.

So wird das Konzept eingeführt, das grundsätzlich zwischen „*Verstehen*“, „*Interpretieren*“ und „*Arbeit mit Texten*“ unterscheidet. In der Praxis der Rechtswelt kennzeichnet im vollen Sinn nur die zuletzt genannte – über hermeneutisch intuitives Textverständnis wie über auslegendes Verständlich-Machen hinaus – die komplexen Bedingungen und Aufgaben juristischer Entscheidung. Diese ist Arbeit mit institutionellen (Norm-)Texten im Rahmen staatlicher Einrichtungen und ihrer Funktionsimperative.

Dieses neu vorgestellte Konzept wird in der Folge zwischen den Spannungspolen „Normtext – Legitimität – Spiel der Differenzen“ mit der Herausforderung durch Aspekte der dekonstruktivistischen Sprachphilosophie konfrontiert. In diesen Zusammenhang gehört auch eine vertiefte Reflexion der durch den Staat vermittelten Gewalt sowie des Status des juristischen Diskurses und überhaupt der Sprachlichkeit, Textualität und Schriftlichkeit des Rechtshandelns und der dieses ständig durchziehenden semantischen Kämpfe.

Ferner werden im einzelnen Probleme der *Geltung* der gesetzlichen Vorschriften gegenüber der (juristisch nicht fachkundigen) Allgemeinheit der Rechtsbetroffenen etwas stärker berücksichtigt ; wird die Eigenart der Normkonkretisierung als *Entscheidungsarbeit* und deren Charakter als Pragmatik juristischer *Text-Handlungen* klarer herausgehoben; wird die Differenz zwischen Normtext, Rechtsnorm und Entscheidungsnorm unter Gesichtspunkten der *Legitimität* weiter entfaltet und das den juristischen Alltag erheblich prägende Phänomen der „herrschenden Meinung“ näher befragt.

Ein abschließendes Zusatzkapitel stellt die *rechtspolitische* Stellung und Wirkung juristischer Methodik vor; es diskutiert einige metamethodologische Anstöße des vorliegenden Konzepts am Beispiel zweier Denkschulen (Moralphilosophie, Kritischer Rationalismus) und wirft weiterführende Fragen zur Rolle von *Konsens und Maßstäblichkeit* in der täglichen Praxis der juristischen Methodik auf.

Vorwort zur fünften Auflage

I

Die fünfte Ausgabe bietet den Text der Voraufgabe in einer auf neuestem Stand (Anfang 1993) von Rechtsprechung und wissenschaftlicher Diskussion neu bearbeiteten und ergänzten Fassung. Auch diesmal ging es nicht um einen allgemeinen Literaturbericht, sondern um Aufnahme und Auseinandersetzung im präzisen Sinn der hier behandelten Fragen und Vorschläge.

Das Konzept der hier vorgestellten Methodik ist in der lebhaften Diskussion, die ihm gewidmet wird, nicht in Frage gestellt worden¹. Vielleicht hängt das zu einem Teil damit zusammen, daß auch die neueren Methodenlehren noch überwiegend vom Zivilrecht herkommen und die Strukturierende Methodik nicht in ihr Einzugsgebiet rechnen. Die hier vertretene These einer Pluralität der Methodiken der großen dogmatischen Rechtsgebiete könnte von dieser Entwicklung bestätigt werden. Abgesehen davon, daß wichtige Punkte in Auseinandersetzung mit der Literatur zu klären oder richtigzustellen waren, gab es für eine Wiedergabe der breiten methodologischen Diskussion im deutschen Sprachraum daher keinen Anlaß. Das hätte den auf Forschung ausgerichteten, den monographischen Charakter dieser Schrift in Richtung auf einen Literaturbericht verändert; dem Vorankommen auf dem Weg zu einer Theorie der Praxis wäre damit kaum gedient.

Auf der anderen Seite war der Text der Voraufgaben eben mit Blick auf ein solches Vorankommen der Rechts(norm)theorie, der Theorie der Dogmatik sowie der Verfassungslehre inzwischen vielfältiger Ergänzung und Präzisierung bedürftig geworden. So wurden seit der 4. Auflage Grundfragen wie die nach *Normativität* und *Geltung* des Rechts auf neue Weise aufgerollt, Erscheinungen wie *Generalklauseln* und *Richterrecht* (das nicht Gewohnheitsrecht ist) anders als in der Tradition gedeutet. „*Konkretisierung*“ wird aus der Vagheit des bisher üblichen Begriffsgebrauchs gelöst und als *Rechtsnormkonstruktion* gefaßt. Linguistische Grund- und Vorfragen der Rechtsmethodik wurden, bei aller gebotenen Kürze, nunmehr durchweg intensiver erörtert, was angesichts der Nonchalance, mit der Positionen der Linguistik in

¹ Eine Ausnahme macht *Kriele* I, dessen Angriffe von dem Fehlverständnis herrühren, die Strukturierende Methodik sei ein „Rechenspiel“, eine „Technik des algorithmischen Rechnens mit methodischen Regeln“, S. 317; ferner sei die Judikatur, aus deren Analyse die strukturierende Rechtslehre und Methodik doch entwickelt wurden und deren Aufarbeitung sie ständig begleitet, angeblich ignoriert, S. 324. Sich mit dieser Attacke auseinanderzusetzen müßte heißen, um ausreichend genaue Lektüre zu bitten. – Auf *Krieles* Spuren polemisiert *Haverkate* II, v. a. S. 139 ff.

der juristischen Argumentationslehre oft exekutiert werden, nicht überflüssig ist. So sind unter anderem neue Einsichten der *Sprachwissenschaft* zu Problemen von Zeichenwert, Bedeutung, Sprachspiel und semantischer Praxis im Rahmen der im Recht allgegenwärtigen Wort- und Begriffskämpfe eingeführt. Die heikle Streitfrage einer *Wortlautgrenze* zulässiger Interpretation findet jetzt eine Antwort. Die methodische Figur der „*Einheit der Verfassung*“ ist neu untersucht und in ihrem praktischen Stellenwert aufgrund einer Analyse der Rechtsprechung abweichend bestimmt worden. Die Strukturierende Methodik tragende Grundbegriffe wie zum Beispiel *Normtext*, *Sach-*, *Fall-* und *Normbereich*, *Rechtsnorm* und *Entscheidungsnorm* wurden fortgeschrieben, klar abgegrenzt und in den praktischen Arbeitsvorgängen realistisch verortet. Veranschaulicht wird der komplexe Vorgang der für Juristen alltäglichen Normkonkretisierung – vom Positivismus als „Subsumtion“ verkürzend und auch fehlerhaft vereinfacht – durch ein graphisches Modell (S. 172).

II

Auch in Einzelheiten wird dem hier entwickelten Konzept wenig widersprochen. Öfter als *Widerspruch*, der ein Eingehen auf die Probleme und eigene, möglichst bessere Argumente braucht, also anspruchsvoll ist, findet sich Ablehnung. Sie bleibt pauschal, geht auf die Gegenstände einer Methodologie und ihre Einzelfragen nicht ein und (ver-)urteilt statt dessen vom hohen Roß außermethodologischer, ja außerjuristischer Wissensgebiete herab: so von den Feldherrnhügeln ‚des‘ (unangemessen dogmatisierten) Falsifikationismus, der Systemtheorie, der Diskursethik oder ‚der‘ Moralphilosophie.

Dabei geht es nicht um Interdisziplinarität. Deren Notwendigkeit begründet die hier vorgelegte Konzeption seit jeher; deren praktische Möglichkeiten und Schwierigkeiten beschäftigen, über diese „Juristische Methodik“ hinaus, schon immer die Überlegungen und Vorschläge in den einzelnen Teilen der Strukturierenden Rechtslehre (Dogmatik, Methodik, Rechts- und Verfassungstheorie). Das vorliegende Buch widmet sich den Fragen, die ich zu den Aufgaben einer Rechtsmethodik rechne (vgl. etwa die Abschnitte 0 und 1), mit dem *praktischen* Ziel, allen Juristen zuzuarbeiten, die bereit sind, die Normen und Postulate von Demokratie und Rechtsstaat in ihrem professionellen Handeln ernst zu nehmen. Weiterführende wissenschaftliche Probleme behandeln, im Sinn einer Arbeitsteilung², die über juristische Methodik hinausgehenden Studien³. Im Rahmen dieser Schriften sind grundsätzliche Themen des Verhältnisses der Jurisprudenz zum Ensemble der Wissen-

² Diese ist z. B. in Müller XIX, S. 431 ff., im einzelnen ebd., S. 225 ff., 274 ff., 314 ff.; für die Dogmatik: ebd., S. 381 ff., erläutert.

³ Etwa unten 6, Müller III, X, XII, XIV, XVI, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI; sowie z. B. Christensen I, IV, V, VI, VII; Jeand'Heur II, III, IV; Busse I, II, III; Wimmer-Christensen.

schaften wie auch wichtige Einzelfragen (Recht und/als Sprache, Grenzen des Rechts im Politischen System, Funktionalisierbarkeit des Rechtsstaats, Realisierungsbedingungen juristischer Methodik, und zahlreiche andere) seit langem erheblich eingehender diskutiert, als es die Verfasser von Ablehnungs-„diskursen“ bisher rezipiert zu haben scheinen. Eilfertige Verdikte müssen sich also nicht nur fragen lassen, warum sie sachunspezifisch und deduktiv-kolonisatorisch vorgehen, sondern auch, warum sie so ausgeprägt unterkomplex bleiben.

III

Die Methodendebatte scheint mir die These der Voraufgaben zu bestätigen, daß die juristische Methodik durch besser entwickelte Methodiken der großen Teilrechtsgebiete voranzubringen ist. Deshalb müssen gerade auch die den Teilbereichen *gemeinsamen* normativen, funktionellen, wissenschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen sowohl nach der Seite der Methodik wie nach jener der Rechts- und Verfassungstheorie ausgearbeitet werden. Nur eine vorgeblich einheitliche Methodologie wäre versucht, von den Beziehungen der Form und Funktion juristischer Arbeit zur gesellschaftlichen Wirklichkeit abzusehen; eine solche Sicht führt entweder zu methodenvergleichender Anhäufung oder zu formalistischem Glasperlenspiel.

Die hier vertretene Normtheorie und Methodik gehen dagegen von den beispielhaften Schwierigkeiten und Erfahrungen eines bestimmten Rechtsgebiets, des Verfassungsrechts, aus und implizieren zugleich ihre politischen Voraussetzungen. Daß diese hier nicht auch eingehend expliziert werden, ist Folge wissenschaftlicher Arbeitsteilung zwischen Methodik und Verfassungstheorie. In einigen Schriften seit „Recht – Sprache – Gewalt“ (1975, 2008²) über „Richterrecht“ (1986) bis „Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht“ (2003) habe ich begonnen, die hier wie dort gemachten Beobachtungen auf eine gemeinsame rechtswissenschaftliche Perspektive hin zu verarbeiten⁴.

Das damit entfaltete Norm- und Methodenkonzept hat als einen Grundzug das Bemühen, für die Rechtsarbeit in Praxis und Wissenschaft das nur irgend Mögliche an *Rationalität* zu erreichen und das Unmögliche jedenfalls zu umgrenzen. Die nicht vermeidbaren irrationalen Faktoren der juristischen Entscheidung dürfen nicht verdrängt werden oder schweigender Dezision überlassen bleiben. Sie sind offenzulegen und damit der Kritik und Kontrolle durch andere zugänglich zu machen. Der Jurist, der solche *Methodenehrlichkeit* anstrebt, erschwert sich allerdings die Arbeit. Handwerklich genaue Falllösung kostet mehr Zeit und Kraft als voreilig bereitwillig-

⁴ Zum theoretischen Gesamtkonzept, das außer der *Methodik* auch *Dogmatik*, *Rechts-(norm)theorie* und *Verfassungslehre* miteinbezieht: Müller XIX passim und z. B. S. 431 ff. Vgl. aus der Literatur zu dieser Position prägnant zusammenfassend Christensen III, m. w. N.en.

ges Werten oder Abwägen. Und mit skrupelhaft-korrektem Erarbeiten dessen, was das geltende Recht zur Bestimmung der konkreten Rechts- und Entscheidungsnorm anbietet, macht sich der Jurist in aller Regel weniger Freunde als mit routinierter Erledigung oder mit pragmatischem bis opportunistischem „Judiz“, die beide nicht zuletzt an den subjektiven Erwartungen gleichgestellter Beteiligter oder höhergestellter Instanzen ausgerichtet sind. Eine Arbeitshaltung von Juristen, die den Anspruch des Rechtsstaats in die alltägliche Tätigkeit hineinnimmt, ist daher nicht nur eine Frage des Entwicklungsstands der wissenschaftlichen Methodik, sondern auch eine des privaten und des politischen Ethos. Ohne ein solches Ethos wird an dem korrekt zu ermittelnden positivrechtlichen Ergebnis „gedreht“, bis ein sogenanntes (und zwar den gerade Entscheidenden) befriedigendes, ein „praktikables“ oder „vernünftiges“ Ergebnis rhetorisch gerechtfertigt werden kann. Damit ist die Hauptaufgabe der Rechtsordnung verraten. Sie besteht angesichts der Realität von *Konflikten*, der Gegensätzlichkeit von *Interessen* und der daraus folgenden Unterschiedlichkeit von *Zielen* und *Wertungen* darin, jeweils partiell und auf Zeit bestimmte Fragen *verbindlich zu regeln*. Damit rationalisiert, stabilisiert und befriedet die Rechtsordnung den gesellschaftlichen Gesamtzustand. Nicht nur der äußere, vor allem auch der *innere Friede* bedarf haltbarer Strukturen; die vielleicht wichtigsten liefert eine entwickelte Rechtsordnung. Deren Veränderung hat auf den normierten Wegen und im Rahmen der normierten Funktionen zu erfolgen. Es ist eine alarmierende Tatsache, daß seit langem auch konservative Kräfte in Wissenschaft, Verwaltung und (Verfassungs-)Rechtsprechung, die gegenüber anderen zu Recht auf die verbindliche Autorität der Rechtsordnung pochen, bei ihrer eigenen Arbeit an entscheidenden Punkten vor allem „vom Ergebnis her denken“. Das bedeutet: (rechts-)politische Dezision an die Stelle einer Falllösung zu setzen, die thematisch umfassend ist, Schritt für Schritt argumentiert, die ungelösten Fragen und irrationalen Faktoren bezeichnet, ihre eigenen Ziele und Präferenzen offen ausspricht und die verschiedenen Entscheidungsdaten normativ gewichtet. Dezisionen dagegen desavouieren durch böses Beispiel die Autorität der Rechtsordnung nachhaltiger, als das die mit ihrer Hilfe bekämpften politischen Positionen oder gesellschaftlichen Tendenzen vermögen werden.

Der Jurist, der die hier vorgeschlagene nach-positivistische Methodik akzeptiert, verarbeitet die historischen und gesellschaftlichen Implikationen der Normtexte und Fälle, mit denen er zu tun hat, nach rechtsstaatlich kontrollierbaren methodischen Regeln und stellt sie, wie die primär sprachlichen Konkretisierungselemente auch, in seiner Begründung nach ihrer tatsächlichen Rolle im Entscheidungsvorgang dar. Er ermittelt stets auch die wahrscheinlichen *Folgen* seiner und vergleichbarer Entscheidungen, überspielt dabei aber nicht das geltende Recht. Erscheinen ihm die Folgen unbefriedigend, unpraktikabel, unvernünftig, so bringt er diese Wertung – allerdings wiederum sehr viel mühsamer – in die fachwissenschaftliche Debatte, in die rechtspolitische Diskussion und in den allgemeinen politischen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes ein, statt erheblich zwangloser durch rechtsverbiegende Dezision den apokryphen Gesetzgeber zu spielen.

In einer allgemein oder auch nur überwiegend *praktizierten* ehrlichen Arbeitsmethodik der Juristen läge eine Chance, rechtsstaatliche Form und demokratische Politik tatsächlich zu verknüpfen.

IV

Die einzelnen Arbeitsfelder der Strukturierenden Rechtslehre, so auch die vorliegende juristische Methodik, beginnen nicht bei vorgefertigten Theorien, aus denen deduziert wird, aus denen Aussagen *über* das Recht gemacht werden sollen. Vielmehr ist das theoretische Modell hier aus der Untersuchung der *tatsächlichen Rechtspraxis* entwickelt, in der Folge mit den *rechtsstaatlichen Anforderungen* und Standards des Grundgesetzes verbunden und ihnen entsprechend dann abstrahiert und systematisiert worden. Dieser „von unten nach oben“ arbeitende induktive Ansatz trägt nicht erst das Konzept der Konkretisierung, er prägte von Anfang an das zugrundeliegende Normmodell. Nicht zuletzt er führte zum Abschied von der traditionellen Auffassung von Methodik als Rechtfertigungskunde und hin zur nachpositivistischen Konzeption einer realistischen und demokratisch-rechtsstaatlich verpflichteten *Rechtserzeugungsreflexion*.

Die Arbeitsabläufe in allen Funktionsbereichen staatlicher Gewalt zeigen, daß Bestandteile der Wirklichkeit als Bestandteile von Normen offenbar unausweichlich verwendet werden und wirksam sind. Das positivistische Glaubensbekenntnis einer kategorialen Trennung von Sollen und Sein war gegenüber dieser Einsicht in reale Vorgänge hilflos. Es erwies sich als nicht tragfähig, darauf zu beharren, aus einem Sein *könne* kein Sollen hergeleitet werden. Schon die Akteure, die Gruppen, die in den Funktionen der Legislative Normtexte setzen, leiten aus einem bestimmten „Sein“ in der Beschaffenheit, die sie vorfinden, und aus der Beschaffenheit, die es nach ihrer Meinung aufweisen sollte, ein „Sollen“ ab. Die Aussage, Sollen und Sein seien auseinander unableitbar, ist eine philosophische These, der man folgen kann oder auch nicht. Die Art und Weise, in der die Rechtswelt tatsächlich funktioniert, ist dagegen eine Praxis; und die wirkliche Praxis gilt es zu begreifen.

V

Über allem notwendigen Streit um einzelnes, wie um Normbereichsanalyse oder Wortlautgrenze, Gesetzesbindung oder Richterrecht, sollte nicht aus dem Blick geraten, daß sich der hier durchgeführte Ansatz seit jeher auch wissenschafts- und praxisethisch begründet: durch den Kampf für die rechts- und sozialstaatliche Demokratie. Diesen Kampf *muß* man nicht führen, eine überweltliche Norm fehlt auch hier. Doch sprechen sehr gute Gründe dafür, es zu tun, und für die Juristen unter dem Grundgesetz gibt es die positivrechtliche Pflicht dazu. An ihr finden auch die „rein“ wissenschaftlich nicht selten überzeugenden Destruktionen naiv überkomme-

ner (positivistischer, aber auch antipositivistischer) Gewißheiten eine Grenze. Diese Grenze bemüht sich die vorliegende Methodik nicht zu vergessen. Ihre Vorschläge, beispielsweise zur Normprogramm-grenze zulässiger (nicht: methodisch möglicher) Konkretisierung, sind bereits Ergebnisse einer Reduktion. Realistisch reduziert werden hergebracht ‚unverbrüchliche‘ (Rechtsstaats-)Postulate zusammen mit den durch sie verbreiteten rechtspolitischen Illusionen und den ihnen zugrunde liegenden kruden Sprachtheorien und Methodenkonzepten (wie ‚Repräsentation‘ von Bezeichnetem durch Zeichen, ‚Syllogismus‘, ‚Subsumtion‘, ‚Normanwendung‘). Das Ergebnis zeigt, was – unzweideutige Loyalität zu den Anforderungen der Verfassung vorausgesetzt – äußerstenfalls erreichbar ist: ehrliches, nachvollziehbar durchgeführtes und dargestelltes Arbeiten mit verallgemeinerungsfähigen, diskutierbaren und damit akzeptablen Methodenstandards im Ausgang von und in Zurechnung zu legislatorischen Normtexten.

Weg und Ziel der hier gemachten Vorschläge bleiben in diesem Sinn unverändert die, den *Rechtsstaat* beim Wort zu nehmen, damit *Demokratie* nicht nur ein Wort bleibe.

März 1993

F. M.

Inhaltsverzeichnis

0 Einleitung	33
01 Aufgabe einer juristischen Methodik	33
02 Thema einer juristischen Methodik	33
03 Methodik und Methodiken	34
04 Funktionen juristischer Methodik	35
1 Fragestellung	36
11 Voraussetzungen	36
12 Begriffe	37
13 Funktionen	44
14 Funktionen, Verfahren, Rationalität	44
15 Methodik und Politik	45
2 Zum gegenwärtigen Stand der Methodik des Verfassungsrechts	46
21 Rechtsprechung	46
210 Die Rechtsprechung als Material für methodologische Analyse	46
211 Methodologische Reflexion in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	47
212 Zur methodischen Praxis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	50
212.1 Behandlung der herkömmlichen Regeln	50
212.11 Gründe für diese Behandlung der herkömmlichen Regeln	52
212.2 Neuere Interpretationsregeln	53
212.3 Sachbestimmte Konkretisierungsaspekte	54
212.31 Natur der Sache	54
212.32 Andere Sachelemente	55
212.33 Zur Rolle der Sachelemente	57

212.34	Sachelemente von Grundrechten	58
212.341	Artikel 5 Grundgesetz	61
212.342	Artikel 6 Grundgesetz	65
212.343	Artikel 7 Grundgesetz	68
212.344	Artikel 8 Grundgesetz	69
212.345	Artikel 9 Grundgesetz	70
212.346	Artikel 14 Grundgesetz	72
212.347	Artikel 12 Grundgesetz	74
212.348	Zur Rolle grundrechtlicher Sachelemente	78
212.349	Spezialität von Freiheitsrechten	78
212.350	Spezialität von Gleichheitsrechten	79
212.351	Grundrechte als „Werte“ und „Wertsystem“	80
213	Gesamtbild verfassungsgerichtlicher Methodologie und Methodik und neuere Tendenzen	84
213.1	Die Elemente der Konkretisierung	84
213.11	Grammatische Konkretisierung	85
213.12	Systematische Konkretisierung	94
213.13	Historische und genetische Elemente	96
213.14	Teleologische Konkretisierung	98
213.2	Normbereichsanalyse	101
213.3	Rechtsnormtheorie	105
213.4	Das rekursive Moment in der Legitimität des Verfassungsstaates	106
22	Verfassungsrechtliche Methodik in der wissenschaftlichen Literatur	109
221	Zur methodischen Praxis	109
221.1	Entformalisierte Grundrechtsbehandlung	110
221.11	Schrankenübertragung	110
221.12	„Abwägung“ grundrechtlicher „Güter“ und „Werte“	112
221.13	Grundrechts„mißbrauch“	113
221.14	Bewertung	114
222	Methodologische Reflexion in der gegenwärtigen Verfassungsrechtswissenschaft	115
222.0	Fortwirken des Gesetzespositivismus	115
222.1	Die Arbeitsweise des verfassungsrechtlichen Positivismus	116
222.11	Grundlagen und Herkunft	116
222.12	Purismus	117
222.13	Systembegriff, Verdinglichung rechtlicher Größen	118
222.14	„Sein und Sollen“	120

222.2	Zurück zu Savigny?	124
222.21	Kritik der „geisteswissenschaftlichen“ Methode	124
222.22	Zur Metakritik der „geisteswissenschaftlichen“ Methode	125
222.23	Zum theoretischen Hintergrund der Regeln Savignys	128
222.24	Heutige Methodenfragen und die canones	130
222.25	Zur Gesetzesform der Verfassung	132
222.3	Neue Ansätze verfassungsrechtlicher Methodik	132
222.30	Die Art der Ansätze	132
222.31	Verfassungskonforme Gesetzesauslegung	133
222.32	Richterrecht im Verfassungsrecht	138
222.33	Topik im Verfassungsrecht	141
222.331	„Offenes System“?	141
222.332	Bindung an den Normtext im Verfassungsrecht	142
222.333	Primat der Normtextbindung	143
222.334	Beispiel: Der Topos „eigenständig“	145
222.335	Grenzen verfassungsrechtlicher Topik	146
222.34	Weitere Ansätze zu sachbezogener Methodik	151
222.340	Die Art der Ansätze	151
222.341	„Natur der Sache“	151
222.342	Institutionelles Denken im Verfassungsrecht	153
222.343	Verfassungsinterpretation als Verwirklichung von Autonomie oder als praktische Verfassungstheorie	154
222.344	Prinzipien der Verfassungsinterpretation	156
222.345	Analyse der Normstruktur als Aufgabe praktischer Konkretisie- rung	156
222.346	Das Verfahren der Bildung von Normhypothesen	158
222.346.1	„Vernunftrechtliche“ Interessenberechnung	158
222.346.2	Rechtspolitik und Konkretisierung	160
222.346.3	Rechtspolitik und Methodik	163
222.347	Die Auflösung der Grundrechte in Prinzipien oder Werte	164
222.348	Gerechtigkeit als Deduktionsgrundlage für Gerichtsentschei- dungen?	165
23	Bemerkungen zum Diskussionsstand	175
231	Aufgaben	175
232	Konkrete Normativität	177
233	Besonderheiten verfassungsrechtlicher Methodik	178
233.1	Die canones im Verfassungsrecht	178
233.2	Zur neuen Reflexion der canones	178
24	Methodik und Normtheorie	179

3 Entwurf einer juristischen Methodik	181
31 Grundlagen juristischer Methodik	181
311 Methodik und Funktionenlehre	181
311.1 Normkonkretisierung, Normbeachtung	181
311.2 Funktionen und Arbeitsaufgaben	182
312 Normativität, Norm, Normtext	185
312.1 Zur Begrenztheit der Rolle des Normtextes	185
312.11 Bestimmbarkeit der Rechtsnorm statt Bestimmtheit des Normtextes	187
312.12 Zur Geltung des Normtextes	201
312.2 Die Jurisprudenz als Normativwissenschaft (Entscheidungswissenschaft)	207
312.21 Beispiel: Gewohnheitsrecht	210
312.3 Rechtswissenschaftliche Grundsatzkritik als Kritik der Rechtsform: Ansätze marxistischer Rechtstheorie	211
312.31 Der Ansatz von E. Pašukanis	212
312.32 Die Beständigkeit bürgerlicher Rechts- und Verfassungsformen	213
312.4 Juristische Methodik und Kommunikationstheorie	218
312.5 Normtext als Ausdruck von „Inhalt“ oder als Signal	219
312.6 Juristische Methodik und Sprachkritik	224
312.7 Rechtsstaatliche Textstruktur	231
313 Norm, Normtext, Normstruktur	235
313.1 Normativität als strukturierter Vorgang	235
313.2 Normprogramm, Normbereich, Rechtsnorm, Entscheidungsnorm	239
313.21 Beispiel: Zur Struktur des Plans	243
313.3 Normbereich	244
313.4 Zur tatsächlichen Rolle der canones	257
313.5 Zu einer Typologie von Normstrukturen	257
313.6 Faktoren einer Typologie	260
313.7 „Programmsätze“	260
314 Konkretisierung (Normkonstruktion) statt Auslegung	263
314.1 Zur Gleichsetzung von Rechtsnorm und Normtext	263
314.2 „Evidenz“, „Klarheit“, Norm und Fall	269
314.3 Zum Hintergrund der „Willens“-Doktrin	271
314.4 Zur Unbrauchbarkeit der „Willens“-Doktrin	273
314.5 Entscheidungsinteresse	274
314.6 Vorverständnis, Wertung, Objektivität, Rationalität	275

314.7	Funktion des juristischen Vorverständnisses	277
314.71	Vorverständnis und „Methodenwahl“	278
314.8	Konkretisierung (Normkonstruktion)	279
314.81	Ablauf der Konkretisierung	284
314.82	Subjekt der Konkretisierung	285
315	Verfassungsrecht und Strukturierende Methodik	288
315.1	Verfassungsverständnis	288
315.2	Strukturen und Funktionen von Verfassungsrecht, Legalität und Legitimität	290
315.3	Normativität und verfassungsgebende Gewalt – Legitimität	293
315.4	Strukturierende Methodik	296
315.41	Konkretisierungs„elemente“	297
315.42	Eigenständigkeit juristischer Methodik	298
32	Elemente der Normkonkretisierung (– der Normkonstruktion)	299
320	Der Wortlaut als Grenze der Normkonkretisierung/Von der Wortlaut- zur Normprogrammgrenze	299
320.1	Zur Sonderstellung des Wortlauts	299
320.2	Der Wortlaut als Begrenzung des Spielraums zulässiger Konkretisierung	303
320.3	Die Verletzung der Grenzfunktion des Wortlauts durch Dezi- sion	308
320.4	Die Grenzfunktion des Wortlauts bei Generalklauseln	310
320.5	Beispiele für die Grenzfunktion des Wortlauts	313
320.51	Normzweck gegen Normtext?	313
320.52	Materielle Gerechtigkeit gegen Normtext?	314
320.53	Funktionsdifferente Auslegung	319
320.6	Ist eine Grenze juristischer Textarbeit möglich?	321
321	Gruppen von Konkretisierungselementen (Elemente der Normkonstruktion)	326
322	Methodologische Elemente im engeren Sinn	327
322.0	Überblick	327
322.1	Herkömmliche Interpretationsregeln	328
322.11	Grammatische Auslegung	328
322.110	Vom Wortlaut zum Wortsinn	328
322.110.1	Schwierigkeiten im Übergang	329
322.110.2	Der Spielraum, oder von der Unvollkommenheit des Normtextes	330
322.110.3	Die Ermittlung des Gesagten durch Wörterbücher	331
322.110.4	Ist der Sprachgebrauch normativ?	339

322.110.5	Von der Semantik des Spielraums zur Pragmatik der Konfliktkonstellationen	346
322.110.6	Von der konventionellen zur aktuellen Bedeutung – Die Rolle der Stereotypen- und der Prototypensemantik in der grammatischen Konkretisierung	351
322.111	Der Wortlaut von Gewohnheitsrecht	362
322.112	Grammatische Auslegung und Typen von Normstruktur	363
322.113	Verflechtung grammatischer Interpretation mit anderen Elementen	366
322.114	Der Wortlaut zweiter Ordnung	368
322.12	Historische, genetische, systematische und teleologische Elemente	369
322.121	Abgrenzung der historischen von der genetischen Interpretation	369
322.121.1	Das Risiko des Zirkelschlusses	371
322.121.2	Kontinuität und Diskontinuität als historische Erzählweise	371
322.122	Genetische Konkretisierung	373
322.122.1	Kritik der subjektiven Auslegungslehre	374
322.122.2	Möglichkeiten genetischer Auslegung	375
322.122.3	Genetische Konkretisierung jenseits der Willensmetapher	378
322.122.4	Zur Rolle der genetischen und historischen Gesichtspunkte	381
322.123	Unschärfe der funktionalen Abgrenzungen	382
322.124	Résumé zur teleologischen Auslegung	383
322.125	Allgemeines zur systematischen Konkretisierung	384
322.125.1	Abgrenzung zur grammatischen Auslegung	385
322.125.2	Die Sinneinheit des Buches	386
322.125.3	Von der Systematik erster Ordnung zur Systematik zweiter Ordnung	388
322.126	Strukturen systematischer Interpretation	390
322.126.1	Analogie	393
322.126.11	Begründung der Lücke	393
322.126.12	Die Reichweite der Lücke	395
322.126.13	Beispiele für den Analogieschluß	396
322.126.2	„Zirkelschlüsse“, „Ausnahmevorschriften“	398
322.127	Aspekte eines funktional einheitlichen Vorgangs	399
322.128	Unentbehrlichkeit und Grenzen der canones	400
322.2	Prinzipien der Verfassungsinterpretation	401
322.20	Überblick	401
322.21	Funktionelle Richtigkeit	402
322.22	Praktikabilität	403

322.23	Interpretation aus dem geistesgeschichtlichen Zusammenhang .	404
322.24	Maßstab integrierender Wirkung	404
322.25	Prinzip der Einheit der Verfassung	404
322.26	Vorverfassungsrechtliches Gesamtbild	407
322.27	Zusammenhang von Grundrechts- und Kompetenznormen	408
322.28	Praktische Konkordanz	409
322.29	Der Grundsatz der normativen Kraft der Verfassung	415
322.291	„Grundrechtseffektivität“ und „in dubio pro libertate“	416
322.3	Axiomatisierbarkeit des (Verfassungs-)Rechts?	417
323	Konkretisierungselemente aus Normbereich und Fallbereich	419
323.1	Funktion der Strukturelemente	419
323.2	Fallbezogenheit der Strukturelemente	422
324	Dogmatische Elemente	423
324.1	Die Rolle der dogmatischen Elemente	423
324.2	Sprachliche Interpretationsbedürftigkeit der dogmatischen Elemente	428
324.3	Direkt normbezogene und nicht direkt normbezogene dogmatische Elemente	429
324.4	Zur Rolle der „herrschenden Meinung“	431
325	Lösungstechnische Elemente	432
326	Theorie-Elemente	434
326.1	Zur Verwendbarkeit von Theorie-Elementen	434
326.2	Verfassungstheoretisches Vorverständnis	436
326.3	Zur methodologischen Ergiebigkeit theoretischer Positionen ...	437
327	Verfassungs- und rechtspolitische Elemente	440
327.1	Möglichkeiten	440
327.2	Grenzen	441
328	Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	443
328.1	Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Methodik deutscher Gerichte	443
328.11	Die Direktwirkung von Gemeinschaftsrecht	443
328.12	Die indirekte Wirkung des Gemeinschaftsrechts	447
328.13	Verhältnis von direkter und indirekter Wirkung bei Richtlinien	449
328.2	Begriff und Struktur gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung	450
328.21	Begriff der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung	450
328.22	Begriff der richtlinienkonformen Auslegung	451
328.23	Vergleich mit der verfassungskonformen Auslegung	451

328.3	Normative Grundlagen für die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	455
328.31	Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts	455
328.32	Konfliktmechanismus im nationalen Recht	463
328.33	Konfliktmechanismus im Gemeinschaftsrecht	464
328.4	Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung	468
328.41	Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	468
328.42	Richtlinienkonforme Auslegung	474
328.43	Zeitlicher Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung	476
328.5	Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung	479
328.51	Grenzen aus den normativen Grundlagen des Gemeinschaftsrechts	480
328.52	Grenzen aus der Systematik des Gemeinschaftsrechts	480
328.53	Grenzen aus dem nationalen Recht	484
328.6	Beispiele aus der Praxis deutscher Gerichte	486
328.61	Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung in der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts	486
328.62	Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung in der Praxis des Bundesarbeitsgerichts	490
328.63	Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung in der Praxis des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen	492
328.64	Keine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	494
33	Rangordnung der Konkretisierungselemente (Elemente der Normkonstruktion) ...	496
330	Unverbindliche Kunstregeln und verbindliche methodenbezogene Normen ..	496
331	Wirkungsmodi der Konkretisierungselemente	497
331.1	Direkt normtextbezogene Elemente	497
331.2	Nicht direkt normtextbezogene Elemente	498
332	Konflikte zwischen den Konkretisierungselementen	499
332.0	Ist eine Rangfolge unmöglich?	499
332.1	Der methodologische Begriff des Konflikts	499
332.2	Typen von Konfliktslagen zwischen einzelnen Konkretisierungselementen	500
332.21	Konflikte zwischen den nicht unmittelbar normtextbezogenen Elementen	500
332.22	Konflikte der nicht direkt normtextbezogenen mit den direkt normtextbezogenen Elementen	501
332.23	Konflikte zwischen den direkt normtextbezogenen Elementen ..	501

332.231	Normtextbezogene dogmatische Argumente auf der einen – methodologische und Normbereichselemente auf der andern Seite	501
332.232	Normbereichselemente – methodologische Elemente im engeren Sinn	501
332.233	Konflikte der methodologischen Elemente im engeren Sinn (Interpretationselemente) untereinander	502
332.233.1	Verhältnisbestimmung der canones	503
332.233.2	Die Rolle des genetischen Aspekts	503
332.233.3	Die Unbrauchbarkeit der „subjektiven“ und der „objektiven Theorie“	504
332.233.4	Vorrang der Grenzfunktion grammatischer und systematischer Auslegung	506
332.234	Widerspruch zwischen grammatischem und systematischem Aspekt	507
333	Fälle mangelnder Aussagekraft des grammatischen und systematischen Elements	508
333.1	Nur begrenzende Aussagekraft des grammatischen und systematischen Aspekts	508
333.2	Nicht einschlägige Norm	509
333.3	„Lücken“ im Verfassungsrecht	509
334	Zur Normativität von Vorzugsregeln	510
4	Zur Formaltechnik der Falllösung	513
41	Vorbemerkung	513
42	Funktionsbestimmung	514
5	Grundlinien der juristischen Methodik	517
50	Vorbemerkung – Begriffe	517
51	Gesetzespositivismus – Rechtserzeugung – Norm/Fall – Norm/Wirklichkeit	519
52	Gruppen von Konkretisierungselementen	523
53	Interpretation (Normtextauslegung)	525
54	Normbereichsanalyse	526
541	Sachbereich/Normbereich/Normprogramm – Rechtsnorm und Entscheidungsnorm	529
542	Grundrechte und Generalklauseln	531
543	Beispiel: Methodik der Prüfung des Allgemeinen Gleichheitssatzes	532

55	Weder „objektive“ noch „subjektive“ Auslegungstheorie – Rangordnung der Konkretisierungselemente	535
56	Vorverständnis	537
57	Funktion juristischer Methodik	538
58	Methodik und Methodiken	539
59	Normtext – Legitimität – Spiel der Differenzen: Arbeit mit Texten in einer staatlichen Institution	541
591	Das „rechtsstaatlich Zulässige“ vor der Folge des „methodisch Möglichen“	541
592	Normprogrammgrenze statt „Wortlautgrenze“	554
6	Juristische Methodik und Rechtspolitik – Metamethodologische Fragen – Maßstäblichkeit und Konsens	565
61	Juristische Methodik und Rechtspolitik	565
611	Zur rechtspolitischen Rolle des „Theorie“ansatzes	565
612	Juristische Methodik und normative Staatsform	571
613	Explikation und rechtspolitische Rolle des „Strukturierungs“-Projekts	572
62	Metamethodologische Fragen	577
621	Rechtspolitische Bedenken aufgrund mangelhafter Rezeption	577
622	Ablehnung vom Archimedischen Punkt aus	579
622.1	Moralphilosophie	579
622.2	Kritischer Rationalismus	582
63	Zu einigen Fragen von Maßstäblichkeit und Konsens in der juristischen Methodik	589
7	Literatur	596
71	Alphabetisches Verzeichnis	596
72	Literatur zu einzelnen Sachgebieten	677
8	Register	683

0 Einleitung

01 Aufgabe einer juristischen Methodik

Juristische Methodik ist nicht juristische Formallogik. Auch ist sie nicht Anleitung zur Technik von Falllösung. Sie ist schließlich etwas anderes als schulmäßige Methodenlehre im Sinn der Darstellung methodologischer Positionen in der Rechtswissenschaft.

1

Eine Methodik hat die *Aufgabe*, die den verschiedenen Funktionen von Rechtsverwirklichung (Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, Rechtsprechung, Wissenschaft) im Grundsatz gemeinsame Struktur fallbezogener Normkonkretisierung aufzuklären: Sie untersucht die praktische Arbeit der Funktionsträger, schlüsselt sie begrifflich auf, hebt Eigenart, Leistungsfähigkeit und Grenzen der Konkretisierungselemente heraus, bestimmt ihr gegenseitiges Verhältnis und ihre Überlagerung durch Gebote des geltenden Rechts. Damit ergänzt sie die Strukturanalyse des Konkretisierungsvorgangs durch ein Strukturmodell von Konkretisierung.

02 Thema einer juristischen Methodik

Juristische Methodik ersetzt nicht Rechtsdogmatik und Rechtstheorie; und sie ist nicht Rhetorik. Ihre Konzentration auf das optimal mögliche Maß an Rationalität und Kontrollierbarkeit normtextorientierter Rechtsverwirklichung ist *Konzentration auf ihr Thema*. Dabei wird weder übersehen, daß es auch andere (politische, soziale, öffentliche, nicht-öffentliche, informelle) Kontrollmöglichkeiten gibt; noch wird verkannt, wie eingeschränkt das Streben nach gerechtem Recht, nach rechtsstaatlicher und demokratischer Transparenz der – empirisch als *Kreislauf* deutbaren – Rechtsverwirklichung unter den sich abzeichnenden Bedingungen von Gegenwart und Zukunft sein kann. Zu diesen Grenzen zählen auch die bekannte Neigung zu und die Wirksamkeit von *Rhetorik*¹. Das befreit nicht von der Aufgabe, juristische

2

¹ Neben *Argumenten* bieten juristische Entscheidungstexte bekanntlich auch *rhetorische* Stilmittel, um plausibel zu erscheinen. Das festzustellen ist eines; etwas anderes ist es, dies unter der Hand zur Quasi-Norm umzuformulieren. – Ergänzungsbedürftig bleibt die Position von *Sobota I*, derzufolge schlicht der „rein sprachkünstlerische Aspekt der Jurisprudenz das Rechtsleben bestimmen (wird)“; ebd., S. 237. – Daß – z. B. – die *Soraya*-Entscheidung des BVerfG an ihren „inhaltlichen“ Höhepunkten zugleich Gipfel der Rhetorik erklimmt, immunisiert dieses Judikat im rechtlich-politischen Rahmen der rechtsstaatlichen Demokratie nicht gegen Kritik durch *Argumente*. – Die unleugbare *Wirkung der Rhetorik des (institutionell) Stärkeren* ist eine nicht eben begeisternde Spielart des „Rechts des Stärkeren“. – Bei *Gast IV*

Methodik für ihre wissenschaftliche und fallentscheidende Praxis auf eine den Gesetzespositivismus hinter sich lassende Grundlage zu stellen und sie so klar wie möglich auszuarbeiten.

Rhetorik des Rechts kann dessen Methodik nicht ersetzen, im gegebenen Fall aber ergänzen. Nichts spricht dagegen, die Gründe einer Entscheidung rhetorisch anspruchsvoll zu formulieren, sofern nur diese Entscheidung demokratisch/rechtsstaatlich korrekt, also vertretbar ist. Und die Forschungsrichtung der analytischen Rhetorik liefert aufschlußreiche Beobachtungen im Umkreis analytischer Rechtstheorie, greift aber nicht in die Probleme juristischer Methodik ein. Auch das zeigt wieder, daß Rhetorik eine *allgemeine Disziplin* ist; die juristische Methodik dagegen operiert an eben dem spezifischen Ort, den die Rhetorik (wie auch die von der Philosophie her kommende Argumentationslehre) nicht einnimmt. Nur eine juristische Methodik ist entscheidungsnah genug für das, was vor sich geht, wenn ein demokratischer Rechtsstaat in Funktion ist; und zugleich ist nur sie diesem verfassungsrechtlichen Rahmen normativ so weit eingefügt, wie es moderne Verfassungsstaatlichkeit und Verfassungsjustiz voraussetzen.

03 Methodik und Methodiken

- 3 Juristische Methodik ist Sachlogik. Es kann zwar eine den juristischen Teildisziplinen gemeinsame Rechtsnormtheorie geben – diese Arbeit baut auf einer solchen auf –, daneben aber *nur partikuläre Methodiken* von Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht, von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, wenn nicht die Genauigkeit der Sachnähe dem Anspruch allseitiger Sachkompetenz geopfert werden soll. Daher wird hier juristische Methodik am Exempel einer Methodik des Verfassungs- und im weiteren Sinn des Öffentlichen Rechts erarbeitet. Doch richten sich die dabei behandelten Grundfragen und Einzelprobleme an alle Bereiche praktischer Arbeit am Recht. Die Rede von „partikulären Methodiken“ bedeutet nämlich nicht, die Methodik jedes der großen juristischen Arbeitsgebiete habe jeweils am Nullpunkt anzufangen. Das hier entwickelte *Rahmenmodell einer Strukturierenden Methodik* versucht, für *alle normativ-dogmatischen Rechtsbereiche* den Vorgang der Normkonkretisierung und damit normtextgebundener Rechtsarbeit im Grundsatz zu erfassen. Damit ist sozusagen die *Grundausstattung des Instrumentariums juristischer Arbeitsweise* geliefert. Über diese Basis hinaus drückt sich die aus Kodifikationslage, Sachproblematik, Eigenart der Normbereiche, Wissenschafts- und Praxisgeschichte gespeiste *Unterschiedlichkeit der rechtlichen Teildisziplinen*² bekanntlich in speziel-

ist Juristische Rhetorik repräsentativ ausgearbeitet. – Subtile Beobachtungen der tatrichterlichen Praxis i. S. einer interdisziplinären Rhetorik bei *Seibert* XII. – Zur „Rhetorik des juristischen Begründens“: *Schlieffen*. – Anders ist „Rhetorik“ bei *Seibert* XIV aufgefaßt: im Rahmen rhetorisch-semiotischer Prozeduren unter Einbeziehung des Strukturkonzepts. – Analytischer Zugriff auf Fragen der Rechtsrhetorik bei *Adeodato* II.

² Vgl. dazu auch *Morlok* II, S. 205 ff.

len Interpretationsaspekten aus. Diese *zusätzlichen Konkretisierungselemente* sind hier in bewußter Beschränkung auf das Verfassungsrecht ausgearbeitet (vgl. unten 212.2 und .3, 222.3, 322.2) und können für die anderen Felder der Rechtsarbeit analog diskutiert und systematisiert werden (zum Grundsätzlichen dieses vielschichtigen Ganzen auch unten 58). Als Rahmenkonzept im Dienst einer die Realität verarbeitenden sowie rechtsstaatlich und demokratisch gebundenen Rationalität ist die Strukturierende Methodik auch in bezug auf andere Wissenschaften (Linguistik, Sozialwissenschaften) zu vielfacher Zusammenarbeit, Korrektur, Ergänzung fähig, auf sie auch angewiesen. Sie ist in einem avancierten Sinn *interdisziplinär*³

04 Funktionen juristischer Methodik

Juristische Methodik bringt die alltäglichen Arbeitsweisen der Juristen auf den Begriff. Sie ist *Entscheidungstechnik* und *Zurechnungstechnik* unter dem (rechtfertigenden) Anspruch der „Bindung“ an allgemeine Rechtsnormen. Sie betrifft die *Bildung von Entscheidungsnormen* für den Rechtsfall und ihre *Zurückführung auf Rechtsnormen* sowie dieser auf positiv geltende Normtexte oder auf Gewohnheitsrecht; ferner die *Messung* von ungeschriebenen an geschriebenen und außerdem allgemein von niederrangigen an höherrangigen Vorschriften. Das so umgrenzte Arbeitsfeld hat es stets mit der Frage der methodischen *Beherrschbarkeit* der Divergenz von Normtext und Entscheidungsnorm zu tun; anders gesagt: mit der sich auf reguläre „Methode“ gründenden *Legitimierbarkeit* des Abschiebens politischer Verantwortung für praktische Entscheidungsakte auf je abstraktere Instanzen der Normtextsetzung. Zusammenfassend werden diese Arbeitsvorgänge als „*Konkretisierung*“ von Normtexten bezeichnet. Dieser Name meint in keiner Weise eine ontologisierende Aussage dahingehend, der Normtext „enthalte“ Wirkungsfaktoren, die sozusagen in die Einzelfälle hinein „verteilt“ werden könnten (dazu auch 312.5, 314.8 u. ö.). Vielmehr haben Normtexte, wie hier differenziert darzustellen sein wird, „Signal“- und „Grenz“-Funktionen in *Rechtsfindungs-* und *Rechtfertigungsprozessen*, d. h. in juristischen *Entscheidungs-* und *Darstellungsvorgängen* von allgemein gesellschaftlichem Gehalt, aber wissenschaftlich und professionell spezifischer Form (zur Funktion juristischer Methodik s. a. 42 und 57 und eingehend *Müller X* und *XII*).

4

³ Eine vorbildlich problembewußte, vom Strukturkonzept inspirierte Behandlung der Frage: „Wie sollte Interdisziplinarität praktiziert werden?“ bei: *Windisch*, z. B. S. 156 ff. und durchgängig.