

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 51

Juristische Methodik und Politisches System

Elemente einer Verfassungstheorie II

Von

Friedrich Müller



Duncker & Humblot · Berlin

FRIEDRICH MÜLLER

Juristische Methodik und Politisches System

Schriften zur Rechtslehre

Heft 51

Juristische Methodik und Politisches System

Elemente einer Verfassungstheorie II

Von

Friedrich Müller



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03692 1

Vorwort

1. Diese Arbeit hat zwei *praktische Ziele*. Einmal: beizutragen zur Konzeption einer *Juristenausbildung*, die nicht länger vorwiegend dazu dient, sekundäre Absicherungstechniken einzuüben; sondern die lernt, die Regeln juristischer Methodik für das Ermitteln von Ergebnissen einzusetzen. Sie wird es dann auch nicht mehr nötig haben, die wirklichen Gründe einer Entscheidung zu verbergen. Juristische Methodik sollte auch in Ausbildung und Alltagspraxis von Rechtfertigungskunde zur Rechtserzeugungswissenschaft werden. Das wird ohne Einsicht in ihre Stellung im Politischen System nicht möglich sein.

Zweitens ist es nötig, diese Stellung zu untersuchen, wenn die Verteidigung der *freiheitlichen* Wirkungen des verfaßten Rechtsstaats glaubhaft sein soll.

2. Aus diesen praktischen Zielen ergibt sich der *theoretische Umkreis* der Argumentation. Die Arbeit definiert mehrere *Bezugsrahmen* für die Zusammenhänge zwischen juristischer Methodik und Politischem System als genauere Fassung der viel debattierten Beziehung „Recht und Politik“. Die Frage nach der gesellschaftlichen Funktion des Rechts und nach dem Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz erscheint als die ineinander verschränkte Grundfrage juristischer Methodik. In dieser Perspektive untersucht die Studie Themen wie die sozial- und entscheidungswissenschaftlichen Elemente der Rechtsfindung, die Sonderstellung der Justiz, die Realitätsgrundlage der juristischen Methodik, die mehrfache Bedeutung von „Rationalität“ im bürgerlichen Rechtsstaat und die Funktionswandlungen dieses Verfassungsstaats. Sie diskutiert damit Fragen, die nicht nur zur juristischen Methodik, sondern ebenso in eine *Verfassungslehre* gehören. Das gilt auch für den Abschnitt über *Dezision*, *Implikation* und *Explikation*, der sich mit dem Bundesverfassungsgericht und mit Fehlentwicklungen in dessen neuerer Spruchpraxis auseinandersetzt. Er entwickelt an Fällen aus der Judikatur Maßstäbe für das Einwirken politischer Momente auf die richterlichen Zurechnungstechniken und Begründungsmuster; dabei wird versucht, die Debatte über politische Faktoren in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis durch strukturierende Typenbildung zu versachlichen.

Schließlich ergänzt die Studie die Konzeption der *Normstruktur* (strukturierende Normtheorie und Methodik) durch Vorschläge zu

einer *Textstruktur* des Rechtsstaats und einer *Geltungsstruktur* der positiven Rechtsordnung.

Der Zusatztitel deutet nicht auf den Plan hin, eine Verfassungstheorie aus Bausteinen zusammenzusetzen. Er sagt nur aus, daß eines ihrer wesentlichen Elemente die Frage darstellt, wie sich grundlegende Eigenschaften des verfaßten Politischen Systems auf die normorientierte Arbeit der Rechtspraktiker und Rechtswissenschaftler auswirken.

3. Abgesehen von Vorhaben, die schon ins Werk gesetzt sind, nehme ich mit dieser Schrift Abschied von meiner bisherigen Praxis des Veröffentlichens wissenschaftlicher Texte. Die Ergebnisse meiner künftigen Forschungsarbeit werde ich für die Lehre verwenden.

Heidelberg, Dezember 1975

Friedrich Müller

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
0 Ausgangspunkt	9
1 Theoretische Bezugsrahmen	11
11 Bezugsrahmen I: Funktionen — Strukturen — Arbeitsweisen	11
111 Nachpositivistischer Realismus	11
112 Rationalität rechtsstaatlicher Methodik	13
113 Formalitäts- und Geltungsvorsprung positiven Rechts	15
12 Bezugsrahmen II: Einwirkungen des Politischen Systems auf die juristische Methodik	16
121 Allgemeine Wirkungen auf die Arbeitsbedingungen juristischer Methodik	16
122 Allgemeine Wirkungen auf die Voraussetzungen juristischer Methodik	17
123 Spezielle Wirkungen auf die Voraussetzungen juristischer Methodik	18
124 Spezielle Wirkungen auf die Arbeitsbedingungen juristischer Methodik	18
124.1 Beispiele für politische Faktoren in der Verfassungsrechtsprechung	18
124.10 Zur Fragestellung	18
124.11 Dezision durch Rechtsverbiegung	19
124.12 Dezision durch Rechtsunterstellung	24
124.13 Gesellschaftliche Implikation und wissenschaftliche Explikation	28
124.131 Explikation	33
124.14 Primäre normative Implikation	36
124.15 Sekundäre normative Implikation	37
124.2 Parallelbeispiel aus der Verwaltungspraxis	41
124.3 Einige allgemeine Aspekte zu: Dezision — Implikation — Explikation	44
125 „Recht“ und „Politik“ im bürgerlichen Rechtsstaat — Bestandsaufnahme und Prognose	49
13 Bezugsrahmen III: Die Realitätsgrundlage der juristischen Methodik	52
130 Fragestellungen	52
131 Nichtnormieren und normatives Offenhalten	53
132 Verwirklichen von Normen	53
132.1 Grundfragen	54

132.2	Beispiel: Strafrecht — Norm, Sanktion, „Dunkelfeld“ ..	54
132.3	Die Abhängigkeit der Norm„anwender“ und Normadressaten von sozialer Ungleichheit	55
132.4	Rechtsstaatliche Rationalität und soziale Schichtung ..	57
132.5	Beispiel: Der Allgemeine Gleichheitssatz	58
132.51	Begrenztheit des Normbereichs?	58
132.52	Realitätsgrundlage des Gleichheitssatzes	59
132.53	Art. 3 Abs. 1 GG als Willkür„verbot“	60
132.6	Weitere Generalisierungstendenzen	61
132.7	Beispiel: Die Verwirklichung von Grundrechten	63
132.8	Das Grundrecht auf Methodengleichheit	65
2	Einzelfragen	68
21	„Rechts- und Sozialwissenschaften“	68
211	Zur wissenschaftsgeschichtlichen Lage	68
212	„Entscheidungswissenschaft“	71
213	Juristenausbildung	72
22	Sonderfunktionen der Rechtsprechung	73
221	Zum politischen Standort der Rechtsprechung	74
222	„Soziale Garantien“ der Normkonkretisierung	75
223	„Subjektive“ und „objektive“ Auslegung	76
224	Zur rechtsstaatlichen Grenzfunktion des Wortlauts — Gewaltenteilung und juristische Methodik — Rechtsnormen und Entscheidungsnormen	77
225	Normbindung — konstitutionelle und aktuelle Gewalt	80
226	Entscheidung gegen das Postulat der Normbindung	82
227	Zusätzliche Legitimationswirkungen der Justiz	84
23	Wissenschaftliche und politische Funktionen rechtsstaatlicher Methodik	86
24	Politische Funktionen des bürgerlichen Rechtsstaats. Ziel rechtsstaatlicher Methodik	90
3	Entwurf eines theoretischen Gesamtrahmens	94
31	Normstruktur	94
32	Textstruktur	95
33	Geltungsstruktur	98
34	Anknüpfungspunkte	102
35	Offene Fragen — Vorschläge für weitere Forschung	104
	Literaturverzeichnis	109
	Register	117

O Ausgangspunkt

Dieser Text ist kein weiterer Beitrag zur *allgemeinen* Diskussion über „Recht und Politik“. Angesichts des Umfangs dieser mit Hingabe geführten akademischen Debatte¹ ist das auch gar nicht nötig. Er bringt vielmehr Beobachtungen, Folgerungen und vor allem Fragestellungen, die im Konzept einer nachpositivistischen juristischen Methodik impliziert sind.

Zulänglich, das heißt: sowohl grundsätzlich als auch umfassend, kann das gegenständlich genauere Thema „Juristische Methodik und Politisches System“ nur im Rahmen einer *Verfassungstheorie* behandelt werden. Soweit sich aber die Fragen an eine Verfassungstheorie aus der Binnenstruktur, aus den Arbeitserfahrungen und Funktionen juristischer *Methoden* formulieren lassen, sind sie hier zu formulieren. Dieser Zusammenhang ist notwendig. Juristische Methodik ist die Arbeitsmethodik von Funktionsträgern². Diese sind nie Glasperlenspieler; und in unserem Rechtssystem sind sie auch nicht Honoratioren. Es sind nach Herkunft und Ausbildung typisierbare, von „Standes“konventionen gerade in Fragen der alltäglichen Arbeitsweise überformte, „professionalisierte“ Funktionäre, „Rechtsarbeiter“³. Ihr „Status“, ihre „Rolle“, ihre „Funktion“ sind durch den Gesellschaftstypus inhaltlich und durch die Rechtsordnung positiv festgelegt.

Normen sind Strukturierungsmechanismen für soziale Wirklichkeit. Normkonkretisierung, genauer: das *Setzen von Entscheidungsnormen* unter Berufung auf „dahinter“ stehende allgemeine *Rechtsnormen*, ist im Grundsatz nicht nur Interpretation von Normtexten, sondern auch Analyse von Normbereichen. Daher ist *Rechtsarbeit* nicht nur als *Entscheidungsarbeit* im funktionellen Sinn „politisch“, sondern ist sie auch arbeitsmethodisch unmittelbar mit gesellschaftlicher Wirklichkeit befaßt.

Dieser Sachverhalt ist hier durch Fragestellungen näher zu kennzeichnen, die sich aus dem Entwurf einer systematisch angelegten Me-

¹ Überblick bei *Grimm*; *Schuppert* I, v. a. S. 115 ff. Aus der jüngsten Diskussion vgl. etwa *Hagen*, S. 14 ff., 80 ff.; *Rottleuthner* I, S. 166 ff.; in historischer Skizze bei *Goerlich*, S. 143 ff.; von der Gesetzgebungswissenschaft her: *Noll*, S. 58 ff.

² *F. Müller*, *Juristische Methodik*, 2. Aufl. 1976, 311.1.

³ Dazu *F. Müller* VI.

thodik ergeben. „Methodik“ ist dabei nicht eine „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“⁴, sondern die *tatsächliche alltägliche Argumentationsweise* von Rechtsarbeitern, hier zunächst dargestellt nach ihrem rechtsstaatlich geforderten „Soll-Zustand“. Das Bestimmte dieser Argumentation durch die Grundzüge des Politischen Systems ist aufzudecken: durch Kritik, die Verbesserbares verbessert, wie durch Kritik auch an dem Unverbesserlichen, weil „Systemnotwendigen“. Lebenslügen sind auch dort beim Namen zu nennen, wo sie wichtige soziale Funktionen erfüllen. Solche Funktionen durch Verbreitung von Illusion oder Ideologie zu honorieren, ist nicht Sache der Wissenschaft⁵.

Der Zusammenhang „Juristische Methodik und Politisches System“ ist auf beiden Seiten auf die vom Grundgesetz verfaßte Gesellschaftsordnung begrenzt. Es wird hier ja auch keine „allgemeine“ Rechtsmethodik vorausgesetzt. Es handelt sich vielmehr um eine juristische Methodik *dieses Typus* von Rechtsordnung und, was methodenrelevante Rechtssätze (im Verfassungsrecht, im materiellen Gesetzesrecht, im Verfahrensrecht) angeht, sogar um eine Methodik gerade *dieser Rechtsordnung*. Nicht nur Methoden, auch Methodiken sind von ihrem Gegenstand abhängig. „Die“ juristische Methodik zu schreiben, wäre Anmaßung; oder es wäre rechts- und methodenvergleichende Kompilation von Methodiken, die dann doch im einzelnen erst auszuarbeiten blieben. Auch empirische Forschung ist in unterschiedlichen Gesellschaften nicht mit derselben Methodik möglich; die *sozialen* Verhältnisse der jeweiligen Menschengruppe und Kulturgemeinschaft sind vielmehr entscheidend für die Möglichkeiten der empirischen Methodologie⁶.

Mit dem „*Politischen System*“ ist nicht nur der Staatsapparat gemeint; sondern alle Faktoren, die in einer *Form* Gesellschaft und Politik bestimmen, die entweder direkt normiert und institutionalisiert ist, oder die in Institutionen und Normen ihre Grundlage hat; das zuletzt Gesagte gilt beispielsweise für Parteien, Massenmedien, die Wirtschaft oder für Interessenverbände. Sowohl das „staatliche“ wie das „gesellschaftliche“ Moment sind, so gesehen, durch die Rechtsverfassung normiert, zumindest für legitim erklärt.

⁴ Wie bei *Larenz*.

⁵ Das ist wieder eine Aussage zum „Soll-Zustand“; diesmal zu dem der Wissenschaft. Daß das Verbreiten von Illusion und Ideologie *tatsächlich* auch Sache der Wissenschaft ist, stellt zugleich eine Aussage über das Politische System dar; und, soweit Juristen betroffen sind, über dessen Vertretung mit juristischer Methodik.

⁶ Vgl. das Beispiel bei *Mühlmanns* Feldforschungen in Indien über die heutige Rolle des Gandhismus für die indische Sozialpolitik: Die auf *Einzelinterviews* abzielenden Fragebogen „griffen“ nicht, die strukturierten Befragungen von Individuen ließen sich nicht durchführen. Aus den Versuchen konventioneller Interviews wurden stets spontane Gruppendiskussionen der Personen, die sich um den Befragten versammelten; *Mühlmann*, S. 2.

I Theoretische Bezugsrahmen

Die Zusammenhänge zwischen Verfassungs- und Rechtsordnung auf der einen Seite, Politischem System und Gesellschaftsordnung auf der anderen sind mit einer einzigen Formel inhaltlich nicht zu erfassen. An deren Stelle tritt eine Mehrheit von Fragengruppen.

II Bezugsrahmen I: Funktionen — Strukturen — Arbeitsweisen

Die Zusammenhänge können zunächst nach *Funktionen — Strukturen — Arbeitsweisen* befragt werden⁷. Daß Bewußtsein und Nichtbewußtes, mit dem der Handelnde seine Aufgaben angeht und seine Wertungen steuert, daß diese „Haltung“ von seiner tatsächlichen Lebenssituation abhängt, von Rolle, Status, Schichtzugehörigkeit und Lebensgeschichte, ist unter dem Sammelnamen „Vorverständnis“ gerade für die *Arbeitsweisen*, den besonderen Arbeitsbereich der juristischen Methodik, geklärt worden und nicht mehr zu bestreiten.

Daß darüber hinaus die *Strukturen* der Rechtsordnung von den Strukturen des Politischen Systems abhängig und daß ihre *Funktionen* wissenschaftlich angebar sind, ist durch zahlreiche Ansätze der Politischen Soziologie und der Rechtssoziologie hinreichend plausibel gemacht.

111 Nachpositivistischer Realismus

Eine allgemeine inhaltliche Formel über „Abhängigkeiten“ bzw. über „Wechselwirkung“ zwischen Rechtsordnung und *politökonomisch* gefaßter Gesellschaftsordnung ist auch auf diesem Weg nicht zu erwarten⁸. Insofern gilt dasselbe wie zum Politischen System. Dieses

⁷ Dazu *F. Müller VI*; zum zunächst folgenden vgl. auch *Rottleuthner I*. — Die Konzeption der *Normbereichsanalyse* wird in vergleichbarem Zusammenhang aufgenommen bei *Rottleuthner II*, S. 206, 262 ff. u. ö.

⁸ Vgl. dazu die Versuche einer globalen Bestimmung gesellschaftlicher Systeme bei *Galbraith, Shonfield*, ferner bei *Rostow, Baran* und *Meadows*. Primäre Reflexion auf die Rolle des Staatsapparats und seiner Funktionen bei *Miliband*, z. B. S. 71 ff., 160 ff., 187 ff. zu hier besonders interessierenden Aspekten; zu den Legitimationsvorgängen ebd., S. 239 ff., 290 ff. — Im besonderen zum Gesellschaftssystem der Bundesrepublik Deutschland: *Claessens / Klönne / Tschoepe, Ellwein, Waterkamp, Jaeggi*; in verfassungsrechtlicher Reflexion: *Preuß*; unter Aspekten krisenhafter Entwicklung: *Gurr, Hudson*. — In der Hoffnung, die Diskussion der „Ordnungspolitik“ energisch „von