

# ARSP



Vol. 110 · 2024 · Issue 1

Franz Steiner Verlag

**Archiv für Rechts- und  
Sozialphilosophie**

**Archives for Philosophy  
of Law and Social Philosophy**

Archives de Philosophie  
du Droit et de Philosophie Sociale

Archivo de Filosofía Jurídica y Social

**ARSP**

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law  
and Social Philosophy / Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale /  
Archivo de Filosofía Jurídica y Social

Edited by Internationale Vereinigung für  
Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)

**EXECUTIVE COMMITTEE****Honorary President**

Aulis Aarnio (Finland)  
Eugenio Bulygin (Argentina)  
Hermann Klenner (Germany)  
Enrico Pattaro (Italy)  
Carl Wellman (USA)  
Jose Brito (Portugal)  
Ricardo Guibourg (Argentina)  
Ulfried Neumann (Germany)

**President**

Matthias Mahlmann (Switzerland)

**Vice-President**

Veronique Champeil-Desplats (France)  
Marcelo Galuppo (Brazil)  
Sanne Taekema (Netherlands)  
Gülriz Uygur (Turkey)

**Other Members**

Klaus Günther (Germany) (Treasurer)  
Juan Pablo Alonso (Argentina)  
Amalia Amaya (Mexico)  
Andres Botero-Bernal (Colombia)  
Ann Cudd (US)  
Jasminka Hasanbegovic (Serbia)  
Isabel Lifante (Spain)  
Li Lin (China)  
George Pavlakos (UK)  
Giorgio Pino (Italy)  
Lorenz Schulz (Germany)  
Michael Sevel (Australia)  
Hirohide Takikawa (Japan)  
Jin-Sook Yun (Korea)  
Wojciech Zatuski (Poland)  
Mauro Zamboni (Sweden)

**Non-voting Members**

Anne Kühler (Secretary-General)  
Annette Brockmöller (for the Editor-in-Chief  
of the ARSP)  
Christoffer Wong (Webmaster)  
Mortimer Sellers (Immediate Past President)

**EDITOR-IN-CHIEF**

Prof. Dr. Klaus Günther (Germany)

**MANAGING EDITOR**

Dr. Annette Brockmöller (*verantwortlich*)  
E-Mail: annette.brockmoeller@t-online.de  
Phone: +49 / (0)721 / 1595124  
c/o Franz Steiner Verlag  
Birkenwaldstr. 44  
D – 70191 Stuttgart

**EDITORIAL BOARD**

Brenda Baker (Canada)  
Pierluigi Chiassoni (Italy)  
Stephan Kirste (Germany)  
Francisco Laporta (Spain)  
Matthias Mahlmann (Switzerland)  
Eric Millard (France)  
Yasutomo Morigiwa (Japan)  
Byung-Sun Oh (Korea)  
Mortimer Sellers (U.S.A.)  
Gülriz Uygur (Turkey)  
Ernesto Garzon Valdes (Argentina)

**HOMEPAGE**

[www.steiner-verlag.de/brand/Archiv-fuer-Rechts-und-Sozialphilosophie](http://www.steiner-verlag.de/brand/Archiv-fuer-Rechts-und-Sozialphilosophie)

**ERSCHEINUNGSWEISE**

Jährlich 4 Hefte mit insgesamt 600 Seiten

**BEZUGSBEDINGUNGEN**

Die aktuellen Abonnement-Angebote und  
Bezugsbedingungen können über die Internet-  
seite [www.steiner-verlag.de/brand/  
Archiv-fuer-Rechts-und-Sozialphilosophie](http://www.steiner-verlag.de/brand/Archiv-fuer-Rechts-und-Sozialphilosophie)  
aufgerufen werden.

**VERLAG**

Franz Steiner Verlag  
Birkenwaldstraße 44  
D – 70191 Stuttgart  
Telefon: 0711 / 2582-0  
Telefax: 0711 / 2582-390  
E-Mail: [service@steiner-verlag.de](mailto:service@steiner-verlag.de)  
Homepage: [www.steiner-verlag.de](http://www.steiner-verlag.de)

## Inhalt

### EDITORIAL

- 3 MATTHIAS MAHLMANN  
War and Law

### AUFSÄTZE

- 5 KUMIE HATTORI  
Third Party Duty of Justice  
Combatting Grave Human Rights Violations
- 30 TETSU SAKURAI  
Can Reflective Inclusiveness Mitigate the Cultural Confrontation  
Caused by International Migration?
- 45 JOÃO MAURÍCIO ADEODATO  
Rhetoric as a Kind of Philosophy
- 56 JULIAN NIDA-RÜMELIN  
Lügen – Eine begriffliche und ethische Klärung  
Lies – A Conceptual and Ethical Clarification
- 65 JOHANN BENEDIKT STEIGER / ANNABELL CLEMEN  
Existenzphilosophie und Recht bei Camus  
Existentialism and Law in the Philosophy of Camus
- 82 BURKHARD LIEBSCH  
Gewalt und Legitimation – Grundzüge eines unaufhebbaren Missverhältnisses  
Mit einem Exkurs zur Geschichte der Legitimation kriegerischer Gewalt  
Violence and Legitimation – Outlines of an Unsublatable Discrepancy  
With an Excuse into the History of Legitimation of Warlike Violence
- 105 SEBASTIAN SCHWAB  
Die Reine Rechtslehre von unten  
Die Rahmendoktrin als Methodenlehre und Argumentationstheorie  
A Bottom-Up Perspective on the Pure Theory of Law  
The Frame Doctrine as Legal Methodology and Argumentation Theory

**IVR-MITTEILUNGEN**

- 133 Nachruf auf Hans Albert  
136 Ankündigung: IVR Weltkongress Seoul 2024  
136 Ankündigung: Tagung der Deutschen Sektion der IVR in Bayreuth 2024  
136 IVR Young Scholar Prize 2024

**REZENSIONEN**

- 138 Christina Kast (Hrsg.). Pessimistischer Liberalismus. Arthur Schopenhauers Staat. (MICHAŁ DOBRZAŃSKI)  
143 Quinn Slobodian. Globalisten. Das Ende der Imperien und die Geburt des Neoliberalismus (WOLFGANG HELLMICH)  
146 Ulfrid Neumann. Juristische Argumentationstheorie (MARIJAN PAVČNIK)

SEBASTIAN SCHWAB

## Die Reine Rechtslehre von unten\*

Die Rahmendoktrin als Methodenlehre und Argumentationstheorie

### A Bottom-Up Perspective on the Pure Theory of Law

The Frame Doctrine as Legal Methodology and Argumentation Theory

**ABSTRACT:** Even according to many of its adepts, the Pure Theory of Law lacks crucial guidance in matters of legal interpretation. If true, this is unsurprising still. For a general theory of law can only ever describe general structures and mechanisms of “the law”. How its interpretation is done in legal practice, however, is not decided in the abstract but in the respective context of a concrete legal order. This insight does in fact lay at the centre of Viennese legal positivism, too. This paper aims to reconcile the characteristic generality of the Pure Theory with its focus on the rules of concrete legal orders by explicating the influence that particular positive norms exert on their own interpretation as well as on the interpretation of a legal order as a whole. To that end, the hierarchical structure of legal systems is being reconstructed “from the bottom up.” Since practical legal disputes problematise the lowest-ranking norms first, legal methodology either provides a technique of securing results towards higher level norms or it helps to reformulate unresolvable lower level interpretive issues in terms of higher-ranking norms. In that way, legal methods address the very uncertainties produced in the first place by the Kelsenian image of “law as a frame”.

**Keywords:** pure theory of law, Hans Kelsen, Adolf Merkl, law as a frame, cognition and decision, legal argumentation, legal interpretation, interdisciplinarity

**Schlagworte:** Reine Rechtslehre, Hans Kelsen, Adolf Merkl, Recht als Rahmen, Erkenntnis und Entscheidung, juristische Argumentation, Rechtsmethodik, Interdisziplinarität

### I. Ein Dickicht von Vorwürfen

Die Geschichte der Reinen Rechtslehre ist (auch) eine Geschichte der Vorwürfe gegen die Reine Rechtslehre. Deren Vertretern ist es vielfach gelungen, sich der Anwürfe erfolgreich zu erwehren. Interessanterweise gibt es aber selbst vielen Anhängern der Wiener rechtspositivistischen Strömung zufolge eine bedeutsame Schwäche der Lehre

\* Der Aufsatz entstand im Rahmen eines Forschungsaufenthaltes am Hans-Kelsen-Institut, Wien. Eine viel frühere Fassung dieses Textes wurde bei einem Workshop der Hans-Kelsen-Forschungsstelle Freiburg i.Br. in St. Peter (Schwarzwald) diskutiert.

Kelsens und Merkls. Die Reine Rechtslehre verhalte sich zu Fragen der Methodenlehre nicht oder aber wenigstens höchst unzureichend.<sup>1</sup>

Darauf könnte man mit Schulterzucken antworten, denn die Methodenlehre genießt selbst ja nicht den besten Ruf: Dass Rechtsmethodik, obgleich zur Anleitung juristischer Praxis bestellt, meist ziemlich unpraktisch daherkommt, gehört zu den kanonisierten Einleitungssätzen rechtsmethodischer Schriften<sup>2</sup> und taugt allemal als maliziöse Beobachtung von der rechtstheoretischen Seitenlinie.<sup>3</sup> Hier soll es mit dem allzu leichten Defätismus nicht sein Bewenden haben. Denn hinter tausend Stäben, die über die einen oder anderen Konzepte gebrochen werden, gibt es noch immer eine Welt, in der juristisches Arbeiten konstruktive und kritische Begleitung braucht. Bleibt das aus, wäre das Rationalitätsversprechen der Herrschaftsform Recht nichts Anderes als ein Lippenbekenntnis.

## II. Die Reine Rechtslehre als sinnvoller Startpunkt

Die vorliegende Untersuchung soll zum reinrechtlichen Diskurs beitragen, zielt aber darüber hinaus. Zuvörderst geht es hier darum, mittels der Reinen Rechtslehre zu zeigen, wie – und mit welchem epistemischen Einsatz – einer positiven Rechtsordnung methodische Leitlinien entnommen werden können. Dafür wird nicht nur die Funktionsweise von Methoden problematisiert, sondern zuvor ein Angebot für die Beschreibung juristisch-argumentativer Praxis unterbreitet.

### 1. Formalität und Anzillarität

Sich dafür die Reine Rechtslehre als Ausgangspunkt zu nehmen, ist dabei keine weiterer Erklärung enthaltene, axiomatische Setzung. Der Ansatz in der Reinen Rechtslehre

- 1 Matthias Jestaedt, Wie das Recht, so die Auslegung, *ZÖR* 55 (2000), 133 (141); ders., Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit, in: GS Walter, 2013, 219 (225 f.); Nicoletta Bersier Ladavac, Zur Interpretationstheorie von Hans Kelsen, in: *ebd.*, 51 (52); Robert Walter, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: *FS Klug*, Bd. 1, 1983, 187 (189); Heinz Mayer, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, hg. von R. Walter, 1992, 61 (61); Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, 148 f.; Christoph Schwaighofer, Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung, in: *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, hg. von S. L. Paulson/R. Walter, 1986, 232 (232); Michel Troper, Kelsen, la Théorie de l'Interpretation et la Structure de l'Ordre Juridique, *Rev Int Philos* 1981, 518 (518); weitere Nachweise bei Stanley L. Paulson, Kelsen on legal interpretation, *Legal Studies* 10 (1990), 136 (136). Umfassende historische Ursachensuche bei Mate Paksy, La Théorie pure du droit et l'interprétation juridique, in: *L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme*, hg. von A. Duranthon/C. Haguenaau-Moizard/K. Wojtyczek, 2019, 121 (134 ff.).
- 2 Paradigmatisch Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, 7; siehe auch Holger Fleischer, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtvergleichung, in: *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, hg. von dems., 2013, 1 (2); Hansjörg Seiler, *Praktische Rechtsanwendung*, 2009, 2.
- 3 Siehe etwa Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 279.

findet vielmehr eine besondere Rechtfertigung in eben jener nüchternen Formalität, die ihr den Vorwurf methodischer Fruchtlosigkeit häufig eingebracht hat. Doch der Vorwurf geht fehl. Denn eine Methodenlehre, die schon vor ihrer Befassung mit dem positiven Recht und der Rechtsordnung, der ein Rechtssatz angehört, ganz genau weiß, wie dieser zu interpretieren ist, wäre wie eine Verfassungstheorie, die eben nicht „hinter“ der Verfassung,<sup>4</sup> sondern recht eigentlich „über“ ihr steht. In der Wissenschaft von den Verfassungstheoriefragen wird darum schon lange nach einer „verbindlichen“ oder „verfassungsgemäßen Verfassungstheorie“<sup>5</sup> gesucht.<sup>6</sup> Auch wenn man den Erfolg der Bemühungen unterschiedlich beurteilen mag, ist damit zumindest Problembewusstsein angezeigt. In der deutschen Methodenlehre ist dagegen noch immer recht häufig eine ostentative Ortlosigkeit zu beobachten. Auch dort, wo man sich nicht emphatisch zur juristischen Einheitsmethode bekennt, kann man bisweilen den Eindruck bekommen, dass alle Welt nach hiesigen Methodeneinsichten funktionieren müsste – oder aber eben nicht funktioniert. Über das Recht zu präsidieren, ist indes der Rechtsmethodik ebenso unangemessen wie der Verfassungstheorie über die Verfassung. Es braucht eine Rechtsmethodik, die sich an der jeweiligen Rechtsordnung ausrichtet, die sie erklären möchte. Die unbefangene, relativistische Reine Rechtslehre scheint ein guter Ausgangspunkt zu sein, um dieses Desiderat zu befriedigen. Indem sie gerade auf das „Recht schlechthin“ zielt, hat sie das Potential, das analytische Gerüst für die Betrachtung partikularer Rechtsordnungen abzugeben.

## 2. Methodenfragen und Verfassungsfragen

Eine Ausrichtung methodischer Debatten am positiven Recht scheint jedenfalls vielversprechender zu sein als das unmoderierte Gegeneinanderstellen und Ausspielen metaphysischer Überzeugungen vom Rechten und Guten. Insbesondere rückte eine überzeugende Begründung des Diktums, dass Methodenfragen Verfassungsfragen seien,<sup>8</sup> in greifbare Nähe. Eine solche fehlt bislang. Denn so beliebt die Lösung ist, so unklar ist ihr rechts- und verfassungstheoretisches Rückgrat. Was auf den ersten Blick in einem

4 Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009.

5 Beide Wendungen bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, 2089 (2098); mit der Forderung nach einer „verfassungsgemäßen Grundrechtstheorie“ ders., *Diskussionsbeitrag*, in: VVdStRL 30 (1972), 162 (162); ebenso ders., *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, 1529 (1536 f.).

6 Dazu kritisch wiederum Jestaedt, Fn. 1, ZÖR, 144 f.

7 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe '2017, 21: „Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung.“

8 Expressis verbis etwa Bernd Rüthers, *Methodenfragen als Verfassungsfragen?*, *Rechtstheorie* 40 (2009), 253 (272). Das Aperçu hat Klassikerstatus. Siehe etwa Peter Fischer, *Auslegungsziele und Verfassung*, in: *FS Tipke*, 1995, 187 (188); Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, 269; vgl. auch Christian Waldhoff, *Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in: *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, hg. von H. Fleischer, 2013, 75 (85). Für weitere Nachweise siehe Ralf P. Schenke, *Methodenlehre und Grundgesetz*, in: *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes*, hg. von H. Dreier, 2009, 51 (52 Fn. 6). Für den österreichischen Diskurs siehe Clemens Jabloner, *Erkennen und Entscheiden*, in: *FS Neumayr*, 2023, 151 (159) m.N.

deutschen Kontext, in dem ja beinahe jede Frage als Verfassungsfrage *geframed* wird, so intuitiv daherkommt, leidet auf den zweiten Blick an einem frappanten Mangel elaborierter verfassungsrechtlicher und -theoretischer Reflexion.

In einem materialen Verfassungsverständnis ist es denn auch keineswegs ausgemacht, dass Methodenfragen tatsächlich Verfassungsrang haben.<sup>9</sup> Verfassungen als „Grundordnungen“ für gutes Zusammenleben oder eine funktionierende Staatlichkeit enthalten nämlich nur, was in der jeweiligen Gesellschafts- oder Staatstheorie als fundamental gedacht (und emphatisch genug vorgebracht) wird. Was nicht wichtig genug ist, ist dann keine Verfassungsfrage. Dass im deutschen Diskurs, in dem es von materialen Verfassungstheorien nur so wimmelt, beinahe alles von irgendwem in Verfassungsrang erhoben wird, zeigt nur, wie beliebig und interessegeleitet solche Annahmen meistens sind. Sie leben auf paradoxe Weise von der Prämisse, dass Verfassungen besonders wehevolle Gesetze seien und darum nicht alles regeln *dürften*: Gerade so wollen sie ihrem individuellen Anliegen zum Prädikat des Herausragenden verhelfen.

Für die Reine Rechtslehre sind Verfassungen dagegen zunächst und vor allem Normen wie andere auch.<sup>10</sup> Sie stehen hierarchisch über den einfachen Gesetzen, aber das macht sie nicht zu Produkten weiseren Ratschlusses oder Trägerinnen höherer Dignität. Darum ist die Aussage, dass etwas eine Verfassungsfrage sei, reinrechtlich viel trivialer – und eben deswegen auf eine andere Weise viel bedeutsamer: Weil die Verfassung in der Reinen Rechtslehre die Spitze der Normenpyramide bildet, indem sie die Erzeugungsbedingungen allen niederrangigen Rechts unmittelbar oder mittelbar regelt, sich also alles Recht aus ihr ableiten muss, um Recht zu sein, ist auch *jede* Rechtsfrage zugleich Verfassungsfrage:<sup>11</sup> Denn Recht, das sich in der Darlegung seiner Genese nicht schlussendlich auf die Verfassung zurückführen lässt, ist kein Recht dieser partikularen, durch eine Verfassung verfassten Rechtsordnung.<sup>12</sup> Wenn Rechtsmethodik sich darum irgendwie am Recht ausrichten lässt (und die Gestalt des Rechts seine methodische Durchdringung irgendwie beeinflusst), dann ist sie in einem reinrechtlichen Sinne auch immer Rechts- und Verfassungsfrage.

<sup>9</sup> Dazu ausführlich demnächst Sebastian Schwab, *Geschichte und Argument*, Diss. Göttingen 2023, i. E., Ms. S. 190 ff.

<sup>10</sup> So verhalten sich etwa Urteile zu Gesetzen nicht anders als einfache Gesetze zur Verfassung – siehe Kelsen, Fn. 7, 415, 604. Das Wort von der „spezifische[n] Verfassungs-Form“ (ebd., 403) ist insoweit missverständlich, weil es auf typische Inhalte, also gerade nicht auf eine besondere Form, gemünzt ist.

<sup>11</sup> Vgl. zur „stufenübergreifen[n] Wirkung“ der Vorgaben äußerer Rahmen für alle niederen Rahmen Je-staedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, 1993, 275.

<sup>12</sup> Vgl. zur Schließung der Rechtsordnung durch die Spitze der Normenpyramide auch Norbert Achterberg, Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratietheoretischer Sicht, in: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hg. von W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller, 1982, 133 (141).

### 3. Die Reine Rechtslehre als „Theorie der Interpretation“

Immerhin ist Methodik offenbar eine Rechtstheoriefrage, hatte doch Kelsen selbst seiner Reinen Rechtslehre das Ziel ausgegeben, „Theorie der Interpretation“ zu sein.<sup>13</sup> Um von der Rechtstheorie der Positivität zum positiven Recht zu kommen und von der rechtsordnungsübergreifenden Theorie der Interpretation zur rechtsordnungsspezifischen Präskription der Interpretationsmethode, braucht es allerdings einen kreativen Umgang mit den Beständen der Wiener Rechtstheoretischen Schule. Dieser bringt auch den Übergang von einem solipsistischen, methodisch-epistemisch defizitären Rechts-erzeugungsblick zu einem argumentativ-diskursiven, modesten Blick „von unten“. Immer bleiben die folgenden Ausführungen dabei aber dem wohl wichtigsten Beitrag der Rechtslehre für die Methodenlehre verpflichtet: Dem Rahmentheorem.

Dessen Bedeutung auszumessen, ist Gegenstand der Sichtung der Werke Kelsens (III.1.) und Merkls (III.2.). Haben die damaligen Ausführungen zur Interpretationslehre auch ihr einstiges Ziel nicht verfehlt, bleiben aus heutiger Sicht doch Gravamina (III.3.). Ihnen ist es geschuldet, dass vorderhändig das methodische Problem tatsächlich nicht in den Blick gerät. Das ändert sich indes, wenn man die Blickrichtung ändert (IV.) Den Stufenbau des Rechts nicht im überkommenen Blick „von oben“ zu besehen, sondern von seinem Fuße aus zu betrachten, legt zunächst eine umfassendere Rekonstruktion rechtlichen Argumentierens nahe. Erst in ihm kommt der für das Rahmentheorem konstitutive Dualismus von Kognition und Dezision recht eigentlich zum Tragen. Nachdem sich die Ausführungen damit scheinbar von der Behandlung des engeren rechtsmethodischen Problems entfernt haben, lassen sich auf dieser Grundlage dann endlich nicht nur die Funktionsweise von Methoden im Recht erschließen (V.1.), sondern auch das genaue Verweisungsverhältnis von Recht auf Methodik aufzeigen. Daraus ließe sich ein Forschungsprogramm entwickeln, das hier wenigstens skizziert werden soll (V.2.). Zuletzt sei auf ein Potential hingewiesen, das das hier entwickelte Argumentationsmodell im Hinblick auf die angemahnte Öffnung der Reinen Rechtslehre für extrajuridische Wissensbestände birgt (V.3.).

## III. Bestandsaufnahme: Was die Reine Rechtslehre zur Methodik sagt (und was warum nicht)

Der bedeutendste Beitrag der Reinen Rechtslehre zur Interpretationstheorie ist die Vorstellung der Norm als Rahmen. Teilweise werden denn auch reinrechtliche Interpretationslehre und Rahmendiktum synonym verwandt.<sup>14</sup> Kelsen selbst hat dem (mit dem Rahmentheorem engstens verwandten) Stufenbau des Rechts entscheidende Be-

<sup>13</sup> Kelsen, Fn. 7, 21

<sup>14</sup> Jabloner, Fn. 8, 152. Vgl. auch Paulson, Fn. 1, 143.

deutung für die Interpretationslehre zugemessen.<sup>15</sup> Das ist insofern bemerkenswert, als der Fokus wissenschaftlicher Studien über den Stufenbau derzeit eher anderswo liegt.<sup>16</sup> Darin liegt keine Fehldeutung zeitgenössischer Rechtstheorie; das Sprachbild des Rahmens hat zahlreiche, unterschiedliche Bedeutungsebenen.<sup>17</sup> Es ist aber nicht nur, wie heutzutage vielfach kolportiert, ein hierarchisches, sondern eben auch ein epistemisches Postulat. Die Bedeutungsfacetten stehen nicht unverbunden nebeneinander und teilen nicht zufällig dieselbe Metapher: Vielmehr sind Hierarchie und Erkenntnis bei Kelsen miteinander verwoben. Wenn Kelsens Interpretationstheorie ihren Ausgang bei einem (auch) hierarchischen Postulat über das positive Recht nimmt, deutet das schon auf die zentrale Schlussfolgerung zu seiner Interpretationslehre hin: Kelsens „Methode“ ist das positive Recht (nun 1.). Eben darum müssen die Antworten der Reinen Rechtslehre als Lehre der Positivität des Rechts und nicht spezieller positiver Rechte auf Fragen der Interpretation scheinbar dürfingt bleiben. Das illustriert Kelsens Komplementär, Adolf Merkl. Er deutet die Zuwendung zum partikularen positiven Recht an; bei ihm ist das partikulare positive Recht als Vorbedingung für methodische Postulate freigelegt (dann 2.).

## 1. Kelsens Recht als Methode

Kelsens Rahmendoktrin zielt auf eine Eigenschaft des Rechts überhaupt.<sup>18</sup> Um ihre Mechanik und die damit einhergehenden interpretatorischen Implikationen zu verstehen, ist es erforderlich, sich den Zusammenhang von Rahmenmetapher und Stufenbau in Erinnerung zu rufen.

### a. Gestufte Rahmen: Das Rechtserzeugungsmodell als Ausgangspunkt

Das Bindeglied zwischen hierarchischer und interpretationstheoretischer Bedeutungsebene der Rahmenmetapher ist das kataraktische<sup>19</sup> Wiener Rechtserzeugungsmodell.<sup>20</sup> Seine Implikationen für die Interpretationslehre wurden vielfach und eingängig darge-

<sup>15</sup> Siehe Kelsen, Zur Theorie der Interpretation, in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, hg. von H. R. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck, Neuauflage 2010, 1113 (1113).

<sup>16</sup> Siehe etwa die Beiträge in *Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand*, hg. von C. Jabloner/Th. Olechowski/K. Zeleny, 2022. Kein einziger Beitrag befasst sich dort mit den Implikationen für die Interpretationstheorie.

<sup>17</sup> Siehe die Zusammenstellung bei Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, 1975, 11 ff.

<sup>18</sup> Das ist ein bedeutender Unterschied zu anderen Rahmenbegriffen, die insbesondere im deutschen Verfassungs- und Methodendiskurs flottieren. Siehe etwa Peter Häberle, Zeit und Verfassung, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1998, 59 (64); Böckenförde, Fn. 5, NJW 1976, 2091.

<sup>19</sup> Sprachbild bei Adolf Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, hg. von H. R. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck, Neuauflage 2010, 955 (969).

<sup>20</sup> Siehe ausführlich Jestaedt, Fn. 8, 298 ff., 307 ff.

stellt.<sup>21</sup> Darauf kann für Weiteres verwiesen werden, während hier eine geraffte Darstellung genügen mag. Auf der Grundlage höherrangigen – rahmenden – Rechts dürfen niederrangige Rechtsschichten etabliert werden; diese hierarchische Kleinarbeitung beruht aber ihrerseits auch auf sprachlicher Unbestimmtheit, die in Folgeakten auf immer klarere Weisungen zugespitzt werden soll.<sup>22</sup> Kelsens Rahmen rahmt immer nur weitere Rahmen; Normen werden ineinander gestuft, um Bedeutungsräume immer kleiner zu ziehen. Maßstab von Rechtmäßigkeit ist in diesem Rahmenmodell, dass sich die Aussagen niederer Abstraktionsebene innerhalb des höherrangigen Rahmens halten. Jeder neue Rahmen „passt“, wenn er rechtmäßig gesetzt ist, in jeden größeren Rahmen.<sup>23</sup>

Rahmen mit anderen Rahmen auszufüllen, ist bei Kelsen keine logische Ableitung, sondern erfordert einen kreativen, nicht volldeterminierten Part. Darin gerade lag Kelsens Anwurf gegenüber der Methodenlehre seiner Zeit, die zwar interpretatorische Alternativität schaue, aber an Alternativlosigkeit der Ergebnisse glaube.<sup>24</sup> Das Wiener Petitum geht darum statt auf täuschende Einsinnigkeit auf die Sichtbarmachung von Janusköpfigkeit<sup>25</sup> aus: Zwar sei es eine Erkenntnisleistung, den vorgegebenen, bestimmten Rahmen zu erkennen; daneben trete aber die Willensleistung, diesen in einer (zu bestimmenden) Weise auszufüllen. Damit ist das „Paradigma jedes Rechtspositivismus“ angedeutet.<sup>26</sup> Für die zur Rechtserzeugung berufenen Gesetzgeber, Verwaltungsbeamten und Richter<sup>27</sup> stellt sich das Ganze als ein fortgesetztes Wechselspiel aus Kognition und Dezision<sup>28</sup> dar. Jeder Akteur muss den Rahmen, den eine höherrangige Norm ihm setzt, erkennen; auf dieser Grundlage kann er diesen Rahmen dann seinerseits (beliebig) ausfüllen. Er schafft damit einen neuen Rahmen, den hierarchisch nachgeordnete Stellen ihrerseits zunächst zu erkennen haben, um ihn dann ihrerseits wiederum entsprechend ausfüllen zu können.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Hervorhebenswert Bersier Ladavac, Fn. 1, 53 f. sowie Schwaighofer, Fn. 1, 233 ff. Vgl. auch Gabriele Kucske-Stadlmayer, Der Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, hg. von R. Walter, 1992, 107 (119).

<sup>22</sup> Kelsen, Fn. 7, 598 f.

<sup>23</sup> Kelsen, Fn. 7, 601; Merkl, Fn. 19, 964 f.

<sup>24</sup> Kelsen, Fn. 7, 604. Die Philippika baut sich ab 601 auf. Siehe auch, konziser, Kelsen, *The Law of the United Nations*, 1950, xiii f. In dieselbe Richtung bereits Merkl, Fn. 19, 959 f. Zu Kelsens Ablehnung der damaligen Methodenlehre vgl. auch Walter, Fn. 1, 190; Dreier, Fn. 1, 153 f.; Bersier Ladavac, Fn. 1, 55; Mayer, Fn. 1, 62; Jabloner, Fn. 8, 153.

<sup>25</sup> Siehe ausführlich Jestaedt, Fn. 8, 298 ff., 307 ff. Die Janusköpfigkeit wird schließlich – mit Merkl – diagnostiziert auf 319.

<sup>26</sup> Jabloner, Richter im Zwiespalt, in: ders., *Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt*, hg. von Th. Olechowski/K. Zeleny, 2013, 359 (360)

<sup>27</sup> Grundlegend die Beschreibung bei Merkl, Fn. 19, 957.

<sup>28</sup> Begriffsprägung bei Dieter Grimm, Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen, in: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hg. v. W. Kraiwietz/E. Topitsch, P. Koller, 1982, 149 (151). Bereits Merkl hatte von einer „Denkfunktion“ und einer „Willensfunktion“ gesprochen: Merkl, Fn. 19, 956.

<sup>29</sup> Siehe Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, hg. von H. R. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck, Neuauflage 2010, 893 (898); vgl. ders., Fn. 19, 971.

### *b. Rahmen und Form, Methode und Recht*

Diese rechtstheoretischen Überlegungen zur gestuften Rechtserzeugung enttäuschen, wenn man aus ihnen bereits Weisung im juristischen Ewigkeitsstreit von subjektiver und objektiver Auslegungslehre erwartet. Wenn gilt, dass jede Rechtsordnung ihre Methode hat,<sup>30</sup> dann können nämlich rechtstheoretische Hintergrundüberlegungen, so sehr sie auch zur Strukturbeschreibung taugen mögen, dafür nichts (jedenfalls nichts Endgültiges) hergeben.<sup>31</sup> Dieser Verweis ins positiv-dogmatische Feld fällt offensichtlich schwer, ist aber bei Kelsen selbst klar angelegt. Seine rechtsmethodischen Ausführungen zeigen ständig zum partikularen Recht. Denn wenn man auf der Linie des janusköpfigen Rechtserzeugungsmodells eine bestimmte, rechtsetzende Dezision beurteilen will, geht das nur anhand des konkreten positiven Rechts. Es ist dieses konkrete positive Recht, das teilweise bestimmt, andernteils aber unbestimmt ist. Dieses – und nicht ein schlechthinniges<sup>32</sup> – muss betrachtet werden, um den Rahmen zu erkennen, innert dessen sich die Dezision auf niederer Stufe halten muss.<sup>33</sup> Und dieses erkannte positive Recht, das anderem Recht den Rahmen für Entscheidungen vorgibt, ist seinerseits durch Entscheidung auf der Grundlage weiterer Rahmen entstanden. Wo Kelsen nach der juristischen Methode fragt, landet er immer wieder bei der Rahmendoktrin, die erst in der Erzeugung konkreten, partikularen Rechts wirksam und greifbar wird. Bei Kelsen ist die Frage, ob eine Rechtsetzung methodengerecht geschehen ist, darum gleichbedeutend mit der Frage, ob sie *rechtmäßig* ergangen ist: Entscheidend ist, dass die Dezision den erkannten Rahmen wahrt und nicht sprengt. Seine Methode ist das positive Recht.<sup>34</sup> Wie das kontingente positive Recht, so ist auch Methode notwendig offen und unbestimmt. „Methode“ ist bei Kelsen Synonym für diese Eigenschaft des Rechts. Weil Recht kontingent ist, ist Methode kontingent: In der abstrakten rechtstheoretischen Außensicht sind verschiedene Methoden „positivrechtlich gleichwertig“<sup>35</sup>, weil verschiedene Rechtserzeugungen in einer wertrelativistischen Haltung einander prinzipiell gleichwertig sind.<sup>36</sup> Ihr Wert bestimmt sich ausschließlich nach der Gestalt des Rahmens, den sie füllen – oder eben nicht.

<sup>30</sup> Siehe V.2.b.

<sup>31</sup> Zur dahin lautenden Kritik an Jestaedt siehe III.2.b.(2).

<sup>32</sup> Siehe Fn. 7.

<sup>33</sup> Ähnlich auch Bersier Ladavac, Fn. 1, 60.

<sup>34</sup> Vgl. auch Paksy, Fn. 1, 150 als Konsequenz rechtstheoretischer Perspektivität.

<sup>35</sup> Kelsen, Fn. 7, 603

<sup>36</sup> Das ist zumindest eine Ausdeutung der Wendung. Anders etwa Walter, Fn. 1, 189, 196, der die Aussage nicht aus der Flughöhe der Rechtstheorie verstanden wissen will, sondern als Beschreibung eines – indes ungenannten – konkreten positiven Rechts ansieht, das aber ja durchaus „normieren [kann], daß eine der Methoden unzulässig ist, oder daß eine der anderen vorzuziehen ist.“ Dass darin ein Widerspruch zu dem liegt, was Kelsen ausdrücken wollte, sei bezweifelt. Meines Erachtens handelt es sich bei Kelsens vielfach angefochtener Aussage also tatsächlich um eine Feststellung, dass das positive Recht grundsätzlich alles, auch seine eigene Auslegung, regeln kann. Diese Variante mag in den Worten Jestaedts „trivial“ sein (ders., Fn. 1, ZÖR, 141 Fn. 22), ist aber jene, die sich in die Reine Rechtslehre einzig kohärent einfügt.

In diesem Sinne ist „Demokratie“ für Kelsen „Methode“;<sup>37</sup> sie ist nichts als Form, nach der Recht zu erzeugen ist.<sup>38</sup> Wenn eine Verfassung die Demokratie als Herrschaftsform festschreibt, ist eine Rechtserzeugung, die sich innerhalb des Rahmens hält, den ein solcher Rechtssatz zieht, „methodengerecht“. Dieses Prädikat aber ist nur dann auszustellen, wenn und soweit über eben diese konkrete Rechtsordnung gesprochen wird. Die Methodenfrage ist dann: Rechtsfrage.

## 2. Merkls Methode qua Recht

Es mag kleinlich scheinen, nach dieser Darstellung nun noch spezifisch über Adolf Merkl zu sprechen, haben dessen Arbeiten zum Stufenbau und zur janusköpfigen Rechtserzeugung den reinrechtlichen Zugang – auch insbesondere jenen Kelsens – zur rechtsmethodischen Fragestellung in erheblicher Weise beeinflusst und gar vorgeprägt.<sup>39</sup> Und doch kann eine isolierte Betrachtung Merkls den Blick schärfen.

### a. „*Superfluum*“ und „*condicio sine qua non*“

Merkl, dessen Œuvre viel stärker von der Auseinandersetzung mit dogmatischen, insbesondere verwaltungsrechtlichen Problemen geprägt ist,<sup>40</sup> sekundiert Kelsens Schlüssen von der positivrechtlichen Gleichwertigkeit der Methoden: Das positive Recht könne zu seiner eigenen Auslegung beinahe jede erdenkliche Methode anordnen – müsse es aber auch. Eine transzendentale Methode,<sup>41</sup> die sich von positivrechtlichen Regelungen emanzipiert hat oder diesen vielmehr vorgelagert ist, kennt Merkl zwar; doch anders als eine erkleckliche Anzahl von Vertretern der Reinen Rechtslehre späterer Generationen<sup>42</sup> ist der transzendentale Austrag keineswegs bereits ein (zumeist abschließendes) Votum, dass subjektive oder objektive Methode die Oberhand behalten müssten. Merkl insistiert, um eine positivrechtliche Methodenanordnung überhaupt möglich werden zu lassen, allein auf dem Prinzip, dass Worten überhaupt Bedeutung zukommen müssen.

<sup>37</sup> Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, 98

<sup>38</sup> Siehe auch Öhlinger, Fn. 17, 33.

<sup>39</sup> So ist der maßgebliche Beitrag Merkls hier auch bereits behandelt worden: Nämlich die Lehre vom doppelten Rechtsantlitz, das mit Rahmentheorem und Stufenbau untrennbar verbunden ist. Würdigung und Verortung Merkls interpretationstheoretischer Bemühungen in diesen rechtstheoretischen Errungenschaften bei Gerhart Wielinger, Merkls Interpretationslehre, in: *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, hg. von R. Walter, 1990, 107 (108). Als umfassende Vergleichung von Kelsen und Merkl jüngst Matheus Pelegriño da Silva, Merkls Beitrag zu Kelsens Theorie der Rechtsauslegung, *ARSP* 2019, 359.

<sup>40</sup> Kucska-Stadlmayer, Fn. 21, 109

<sup>41</sup> Siehe Merkl, Zum Interpretationsproblem in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, hg. von H. R. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck, Neuauflage 2010, 867 (870).

<sup>42</sup> Und wohl auch Kelsens selbst. Jedenfalls sind die hier gemeinten Strömungen teilweise wohl stark von Kelsens Spätwerk beeinflusst. Das trifft insbesondere für die in ihren rechtstheoretischen Postulaten besonders weitreichende Lehre Robert Walters zu: Siehe Bersier Ladavac, Fn. 1, 63; Jabloner, Fn. 8, 156.

se:<sup>43</sup> Eine in dieser Weise auf die Bedingung von Sprachlichkeit zurückgeführte Version von Wortlautauslegung müsse vorausgesetzt, nicht angeordnet werden. Sie anzurufen, sei für sie ein „Superfluum“, für alle anderen Methoden dagegen eine „condicio sine qua non“<sup>44</sup>. Andernfalls seien die Methoden zwar nicht unzulässig, aber eben mit keiner verbindlichen rechtlichen Relevanz ausgestattet.<sup>45</sup> Ihr Status verharrte in Prekarität, Argumente aus ihnen blieben von unklarer Wertigkeit. Was Merkl dem entgegenstellt, macht Auslegung bei ihm, anders als teilweise über ihn behauptet, durchaus zur „Frage der Rechtsdogmatik“<sup>46</sup>.

Denn mit seiner Konzeption buchstabiert Merkl aus, was bei Kelsen rechtstheoretisch-abstrakt angedeutet war. Er bescheidet sich nicht damit, dass positives Recht die Methode der Reinen Rechtslehre sei – was für die heutige Methodendiskussion ja tatsächlich eine Aussage kaum verarbeitungsfähigen Abstraktionsgrades ist. Sondern Methode im engeren Wortsinne entstehe aus der Gestalt des positiven Rechts. Folgt man also der Spur, die Merkl ausgelegt hat, gerät man unweigerlich in die Betrachtung des partikularen positiven Rechts. Fokussiert man dieses, ändern sich die Bewertungen: So gleichwertig in der Theorie, so ungleichwertig können Methoden durch positivrechtliche Auf- und Abwertung sein.<sup>47</sup> Die Reine Rechtslehre als Rechtstheorie vermag auf diesen Umstand nur hinzuweisen, aber zu den partikularen Bewertungen nichts selbst zu sagen. Sie schwebt über den konkreten Rechtsordnungen, die zur methodischen Letztentscheidung berufen sind. Die Reine Rechtslehre formuliert lediglich eine „Erkenntnistheorie des Rechts“, sie bewegt sich „nicht auf dem Boden der Rechtserkenntnis“.<sup>48</sup> Dieser deiktischen Grundhaltung bedarf es, um Methodenfragen als Rechtsfragen zu begreifen.

### *b. Positivität und Subtilität und Normativität und Realität*

Den Weg der Methodik ins positive Recht hat man im Lager der Reinen Rechtslehre schon manches Mal beschritten, wenn auch selten so radikal wie Merkl. Das illustriert die reinrechtliche Auseinandersetzung um Stellenwert und Rechtfertigung historischen Argumentierens im Recht. Denn so kennzeichnend „subjektive“ Ansätze im

<sup>43</sup> Siehe die Ausführungen bei Merkl, Fn. 41, 878 ff.; ders., Fn. 29, 901. Mit ähnlicher Deutung auch Pelegrino da Silva, Fn. 39, 373 f.

<sup>44</sup> Merkl, Fn. 41, 881

<sup>45</sup> Mit leicht anderer Lesart diesbezüglich Wielinger, Fn. 39, 111 f.

<sup>46</sup> Gegenteilig aber Mayer, Fn. 1, 68: „Merkl hat schon im Jahre 1916 sehr deutlich gezeigt, daß sowohl die Bestimmung des Gegenstandes der Auslegung wie auch die der Methode der Auslegung keine Frage der Rechtsdogmatik ist, sondern daß Gegenstand und Methode durch theoretische Festlegungen bestimmt werden müssen.“ Insgesamt verweist Merkl Vieles, was man für gewöhnlich rechtstheoretisch setzt, ins Feld der konkret-partikularen Dogmatik: Siehe Kucsko-Stadlmayer, Fn. 21, 113, 115 f., 117.

<sup>47</sup> Vgl. dann, viel später, auch Kelsen, Fn. 24, xiii.

<sup>48</sup> Merkl, Fn. 41, 876. Vgl. insoweit auch Mayer, Fn. 1, 62.

Rahmen der Rechtsauslegung unter Kelsenianern sein mögen,<sup>49</sup> so unterschiedlich ist doch deren genaue Begründung. Vertreter des Wiener Rechtspositivismus haben sie nämlich nicht allein aus dem positiven Recht hergeleitet, sondern meistens abermals rechtstheoretisch radiziert. In diesem Lichte werden Fortsetzungen und Abbrüche der Merkl'schen Traditionsserie, die positivrechtliche Regelung der Auslegung des positiven Rechts zu thematisieren, sichtbar.

### (1) Jabloner: Positivität und Subtilität

Im Erbgang Merkls steht jedenfalls teilweise Clemens Jabloner. Zwar leitet er aus der rechtstheoretischen Eigenschaft des Rechtssatzes als Willensakt ab, dass einer Methode, die nach den historischen Intentionen des Rechtsetzers fragt, das Pramat zukomme.<sup>50</sup> Doch daraus folgt nicht viel. Anders als bei anderen kommt der partikularen Rechtsordnung bei Jabloner eine bedeutendere Rolle zu als bloß jene, modifizierende Fußnoten zu einem umfangreichen vorpositiven Programm zu setzen.<sup>51</sup> Denn wie der Inhalt des rechtlichen Willensaktes zu ergründen sei, könne positivrechtlich umfassend spezifiziert sein.<sup>52</sup>

Die von Jabloner aufgewiesenen methodischen Leitplanken sind dabei keineswegs allein solche, die *expressis verbis* eine bestimmte Lesart anordnen. Er identifiziert Normen, die auf subtilere Weise bestimmte Zugriffe nahelegen. Dass etwa Gesetze nach dem österreichischen Verfassungsrecht publiziert werden müssten, sei zugleich eine Anordnung, sich interpretatorisch an ihrem Wortlaut auszurichten. Die vielfältigen Anhaltspunkte, die sich im österreichischen Verfassungsrecht zum Gesetzgebungsverfahren fänden und „*en passant* [...]“ auch die Herstellung der Gesetzesmaterialien“ regelten, seien zugleich als Anordnung zu verstehen, dass „diese Gesetzesmaterialien zur historischen Auslegung prioritär herangezogen werden sollen.“<sup>53</sup>

### (2) Jestaedt: Subtilität und Normativität

Der auf das partikulare deutsche Recht ziellende Versuch Jestaedts, seine Spielart subjektiver Auslegung aus einer „grundgesetzadäquaten Rechtserzeugungstheorie“ zu entwickeln,<sup>54</sup> geht offenbar noch weiter. Jestaedt sieht nämlich nicht nur – in seiner feinen Diktion – „echte Auslegungsregeln“ am Werk, die einen Materialienkanon vorsehen, sondern nähert sich Merkl auch insoweit an, als er auch „unechte Auslegungsregeln“,

<sup>49</sup> Vgl. pauschalisierend für Vertreter des kelsenianischen Positivismus Uwe Volkmann, Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, *Der Staat* 54 (2015), 35 (48). Facettenreicher aber Jestaedt, Fn. 1, ZÖR, 142 f.

<sup>50</sup> Siehe Jabloner, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: ders., *Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt*, hg. von Th. Olechowski/K. Zeleny, 2013, 61 (62 ff.).

<sup>51</sup> Dieser Vorwurf richtet sich v. a. gegen Robert Walters Erwägungen, die eine sehr ausgefeilte Methodik auf vorpositiver Ebene postulieren: Siehe Walter, Fn. 1, 192 ff., 196 f.

<sup>52</sup> Vgl. Jabloner, Fn. 50, 67 f.; ders., Fn. 8, 156.

<sup>53</sup> Jabloner, Fn. 50, 68

<sup>54</sup> Siehe eingehend Jestaedt, Fn. 8, 261 ff. (insb. 276 ff. zur abstrakten Verweisungsthese von Recht auf Methode; 279 ff. zum Adäquanzbegriff). Zur Gegenstandadäquanz auch ders., Fn. 1, ZÖR, 147 f.

die eine Leitlinie für die Rechtserzeugung darstellen, für möglich hält.<sup>55</sup> Dass solche positivrechtlichen Regeln aber realiter bestünden, scheint Jestaedt für den Einzugsbereich des deutschen Verfassungsrechts zu bestreiten. Nur so schließlich entfaltet seine Rechtserzeugungstheorie nämlich ihre Schlagkraft – und offenbart damit freilich auch ihre Schwäche. Denn sie fällt mit ihrem Anspruch, Rechtstheorie zu sein, gleichzeitig aber den Bezug auf das Grundgesetz zu wahren, zwischen Stuhl und Bank. Sie ist nicht Rechtstheorie in einem Sinne, dass bloß eine Morphologie des positiven Rechts gegeben würde,<sup>56</sup> weil sie mit ihrem Primat historischer Auslegung diesem mehr zu entnehmen beansprucht, als sie ihm zu enthalten zuzugestehen gewillt ist.<sup>57</sup> Gleichzeitig begnügt sie sich nicht mit der Alternativenreflexion und Sinnkritik,<sup>58</sup> weil Jestaedts Ergebnisse für das Recht der Bundesrepublik normative Wirksamkeit behaupten, die über Edukation und Explanatio hinausgeht.

Man muss darum Jestaedt nicht vorwerfen, sich mit der Frage, ob sich die grundständige Relevanz der subjektiven Methode in der Bundesrepublik positiver Anordnung verdankt oder nicht, nicht auseinandergesetzt zu haben. Dieser Vorwurf kondensierte auf das wesentlich weniger gehaltvolle Verdikt, dass Jestaedt nicht Merkl ist. Unklar bleibt aber, wie sich trotz des Jestaedt'schen Verweisungsverhältnisses von Rechtstheorie auf das positive Recht eine Aussage, dass subjektive Methodik möglicherweise sogar die einzige zulässige Methodik im deutschen Verfassungsstaat sein könnte,<sup>59</sup> ausschließlich auf rechtstheoretische, nicht aber eingehende dogmatische Diskussion stützen kann.<sup>60</sup>

### (3) Schneider: Normativität und Realität

Außerhalb der Reihen der Reinen Rechtslehre bemüht man sich um eine positivrechtliche Fundierung methodischer Postulate nur zögerlich. Im bundesrepublikanischen Kontext findet man – jenseits einer notorischen, in ihrer Generalität kaum fasslichen, ja, dogmatikaversen Demokratie-Invokation zur Würdigung historischen Argumentierens<sup>61</sup> oder bei näherem Hinsehen unergiebiger, bundesverfassungsgerechtspositivisti-

<sup>55</sup> Jestaedt, Fn. 8, 347 ff.

<sup>56</sup> Dies eine Spielart der Rechtstheorie; Jestaedt, Fn. 4, 41.

<sup>57</sup> Zum Problem vgl. auch Heinz Mayer, Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, hg. von R. Walter, 1992, 37 (39): „Sie [scil. die Stufenbautheorie] kann als Theorie der Rechtserkenntnis nicht mehr an Strukturerkenntnis liefern als eine Struktur im positiven Recht jeweils enthalten ist.“

<sup>58</sup> Dies eine andere Spielart der Rechtstheorie: Jestaedt, Fn. 4, 41, 50.

<sup>59</sup> Mit dieser Andeutung von Exklusivität Jestaedt, Fn. 8, 334 f.; zurückgenommener dann ders., Fn. 4, 84 f.

<sup>60</sup> Zuzugeben ist freilich, dass Jestaedt insbesondere mit seiner Schrift über „Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung“ wesentliche dogmatische Arbeit geleistet hat, die sich für die sogleich und späterhin aufgeworfene Fragestellung nach dem Zusammenhang von Demokratieprinzip und historischer Argumentation fruchtbar machen lässt. Den Konnex stellt er selbst nicht ausdrücklich her, lässt sich aber mit ihm rekonstruieren. Dazu bald ausführlich Schwab, Fn. 9, 240 ff.

<sup>61</sup> Siehe beispielsweise Christian Hillgruber, Verfassungsinterpretation, in: *Verfassungstheorie*, hg. von O. Depenheuer/Ch. Grabenwarter, 2010, § 15 Rn 17; Mathias Hong, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*, 2019, 46 ff.; Karl Riesenhuber, Die Auslegung, in: *Europäische Methodenlehre*, hg. von dems., \*2021, § 10 Rn. 9; Rüthers, Fn. 8, 272; ders., Wer schafft Recht? – Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfragen, *JZ* 2003, 995 (996); ders., Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, *NJW* 2005, 2759 (2761); ders., Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, *JZ* 2006, 53 (56); Clemens Höpfner, Gesetzesbin-

scher Überlegungen zu einem vermeintlichen „Methodenrecht“<sup>62</sup> – etwa das Petitum, bei der Betrachtung und Bewertung von Gesetzesmaterialien als Quelle des Legislativwillens mehr Skrupulosität hinsichtlich ihrer Produktionsbedingungen im Gesetzgebungsprozess obwalten zu lassen.<sup>63</sup> Doch von einem positivrechtlich befohlenen Materialien-Kanon ist dabei keine Rede; die rechtstheoretische Reflexionstiefe Jestaedts sucht man andernorts vergebens.

Abseits der Schützengräben der Methodendiskussion, die einem subjektiven oder objektiven Theorielager als Zuflucht dienen, finden sich indes methodische Konzepte, deren Subtilität den Merkl-Erben nicht nachsteht. Hier soll nur hingewiesen sein auf Hans-Peter Schneider, dem als Smend-„Enkel“ die Erstbetreuung einer der kanonischen Kelsen-Arbeiten eher widerwillig zugekommen war.<sup>64</sup> Ohne jede reinrechtliche Affinität analysierte er als einer der Väter funktionell-rechtlicher Ansätze in der Verfassungsrechtswissenschaft der Gewaltenordnung früh die normativen, aber auch tatsächlichen Faktoren, die richterliche Entscheidungsmodi prägen.<sup>65</sup> Bei ihm sollten Methodenfragen aus dem Limbus rechtstheoretischer Peripherie befreit und in Richtung des juristischen Kerngebiets der Dogmatik geführt werden.<sup>66</sup> Angekommen sind sie dort freilich bis heute nicht.

### 3. Gravamina des Rahmentheorems – Bedarf für Perspektivwechsel

Das liegt auch an spezifischen Gravamina, die der klassischen Gestalt der Reinen Rechtslehre zu attestieren sind.

#### a. Invisibilierung und Unitarisierung

Die Kontingenzsensibilität der Reinen Rechtslehre und ihr dezidierter Wertrelativismus kommen in ihren rechtsmethodischen Ausführungen nicht vollends zum Tragen. Der Rechtserzeugungsblick verhindert das. Entscheidungsspielräume werden invisibilisiert, weil sie nicht hinterfragt werden können und sich nicht angreifbar machen: Warum eine Entscheidung so oder anders getroffen wird, bleibt gefangen im theoretisch-

dung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, *RdA* 2018, 321 (322); Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe*, 2001, 255 f.; Dirk Looschelders/Wolfgang Roth, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, 31, 50, 54 und öfter.

<sup>62</sup> Detlef Leenen, Methodenrecht, in: *Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk*, hg. von S. Hähnchen, 2019, 65

<sup>63</sup> Siehe Thomas Wischmeyer, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaats*, 2015, 389; vgl. auch Markus Sehl, *Was will der Gesetzgeber?*, 2019, 170 ff.

<sup>64</sup> Siehe Dreier, Die (Wieder-)Entdeckung Kelsens in den 1980er Jahren, in: ders., *Kelsen im Kontext*, hg. von M. Jestaedt/S. L. Paulson, 2019, 115 (125 f.).

<sup>65</sup> Insbesondere Schneider, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, *DÖV* 1975, 443 (449 ff.).

<sup>66</sup> Schneider wollte „die neuere Methodendiskussion von ihrem hermeneutischen Kopf auf die verfassungsrechtlichen Füße gestellt“ sehen (ders., Fn. 65, 452)

schen Arkanum. Ist eine Entscheidung einmal getroffen, sind Alternativen im Rechts-erzeugungsblick nicht mehr denkbar. In seiner Retrospektion sind sämtliche prospek-tiven Unwägbarkeiten eliminiert.<sup>67</sup> Im Rechtserzeugungsblick ist die Entstehung eines Rechtssatzes ein siegreicher Staffellauf: Der Rechtsanwender erzählt davon, wie der Verfassunggeber den Rechtsrahmen an einen anderen Rechtsetzer weitergab, wie er selbst einen vorgegebenen Rechtsrahmen aus der Hand dieses übergeordneten Recht-setzers erhielt, ehe er dann sein eigenes, konkretes Recht auf dieser Grundlage setzte und das Recht dann an den nachgeordneten Rechtsanwender weiterreichte, dem er selbst als Rechtsetzer gegenübertrat. Doch tatsächlich geschieht Rechtsanwendung in einer zeitlichen Brechung. Anders als beim Staffellauf und anders als vom Rechtserzeu-gungsparadigma insinuiert, gibt es keinen direkten Kontakt zwischen Rechtsetzer und -anwender. Der Richter entscheidet auf der Grundlage eines Rechts, das der Gesetzgeber ihm nicht „frisch“ aus erster Hand gibt, sondern das von einem nicht zuletzt zeitlich entrückten Gesetzgeber geschaffen wurde<sup>68</sup> und womöglich von vorheriger Entschei-dungspraxis umfassend überformt ist. Diese zeitliche, auch wirkungsgeschichtliche, Lü-cke, in die der Staffelstab fällt, ehe ihn der nächste Rechtsanwender aufnimmt, findet im üblichen Paradigma keine Stütze. Ihre Epistemologie ist darum zumeist eine, die die Bedingung ihrer Notwendigkeit – nämlich Distanz zum Erkenntnisgegenstand – gar nicht thematisiert.

### *b. Solipsismus und Pazifismus*

Weil ihr Richtigkeitskriterium für Dezision Kompetenz ist<sup>69</sup> und sie sich rechtstheore-tisch zur korrekten Kognition ausschweigt,<sup>70</sup> steht die Reine Rechtslehre in steter Ge-fahr, auf die Frage nach dem Recht im Rückblick mit der Gegenfrage „Quis judicabit?“ zu antworten.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Siehe Merkl, Fn. 19, 971 f.

<sup>68</sup> Vgl. Rudolf Thiemel, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*, 1991, 192.

<sup>69</sup> Siehe Dreier, Fn. 1, 146 ff.; Bersier Ladavac, Fn. 1, 55; auch Paksy, Fn. 1, 131. Vgl. Merkl, Fn. 19, 959, 961, 965.

<sup>70</sup> So etwa Walter, Fn. 1, 191; siehe auch Dreier, Fn. 1, 149. Vgl. Paksy, Fn. 1, 149 f.

<sup>71</sup> Dieses Problem stellt sich in Abhängigkeit vom Rechtswissenschaftsbegriff und der Abgrenzung zum Pro- prium gerichtlicher Tätigkeit mit größerem oder geringerem Nachdruck. So ist die Lehre der richterlichen, „authentischen Interpretation“ bei Kelsen anfällig für eine Vermächtung von Verständnisfragen. Mit ihr bewegt sich Kelsen noch im Dunstkreis der einaktigen Rechtserzeugungslehre, gegen die er eigentlich angetreten war: Siehe zu diesem Problemkreis Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein...*, 2006, 48 Fn. 137. Die Rezeption der Reinen Rechtslehre hat darum nicht selten von der „authentischen Interpretation“ Ab-stand zu nehmen gesucht. Siehe Jestaedt, Fn. 8, 372 ff., der auch einer „radikal zu Ende gedachten Lehre vom Fehlerkalkül“ kritisch gegenübersteht: ders., Fn. 1, Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit, 219 (230 f.). Bei Merkl dagegen wird von Beginn an ein mehraktiges Rechtserzeugungsmodell stärker durch-gehalten, sodass die Rechtswissenschaft bei ihm durchaus ohne Interferenz durch die Rechtserzeuger das Verdict der falschen Kognition aussprechen kann: Siehe eingehend Merkl, Fn. 29, 899 ff. Was ausbricht, kann er dann allenfalls durch das Fehlerkalkül einfangen. Einen Maßstab für die kognitive Tätigkeit bie-tet aber auch Merkl nicht an, sondern alloziert sie umgekehrt nun wieder exklusiv bei der Rechtswissen-schaft: Merkl, Fn. 19, 979. Zur Rechtswissenschaftsdebatte innerhalb der Wiener Schule siehe Thomas Hochmann, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft?, in: *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*, hg. von

Damit ereilt diese Theorie, die gegen die zeitgenössische Auslegungslehre angetreten war, ein ähnliches Schicksal wie jene. Sie ist auf einsame, selbstsichere Akteure fokussiert, die dort (teils auch heute noch) einen Rechtstext „entfalten“<sup>72</sup> hier Rahmen um Rahmen ausfüllen. Sie beschreibt mit dem uninteressierten Blick des Rechtstheoretikers, wie idealtypisch Rechtsakte entstehen. Dass Recht nicht nur aus Erkenntnis, sondern auch aus Entscheidung entsteht, hat die Reine Rechtslehre betont, der Rechts-erzeugungsblick aber vergessen: Er liefert eine sehr spezifische, und für eine politische Deliberation betonende Rechtslehre auch seltsam pazifizierte *Darstellung*.<sup>73</sup> Rechtsanwälte, Parteien, Zivilgesellschaft, selbst die Eigendynamik mehrköpfiger richterlicher Spruchkörper kommen darin nicht vor.<sup>74</sup> Man kann nur ahnen, dass die *Herstellung* diskursiver und uneindeutiger sein dürfte als dies.

### c. Methode: Offen, ungewiss und intersubjektiv

Diese Mängel machen sich in der Behandlung des Methodenproblems bemerkbar. Denn Methoden, das lässt sich ja schon aus Kelsens Bezugnahme von Methodik zu offener Formalität rekonstruieren, kommen dann zum Zuge, wenn ein Ergebnis eben gerade *nicht* evident ist oder qua Autorität unhintergehbar bestimmt werden kann.<sup>75</sup> Sie sollen ein Instrument sein, in strittigen Fällen intersubjektiv anerkennenswerte Ergebnisse zu produzieren. Sie sollen Unsicherheiten reduzieren; sie sind Mittel der *Herstellung*. Methoden in die *Darstellung* einer Entscheidung einfließen zu lassen, ja, Entscheidungen überhaupt (methodisch) zu begründen, ist dagegen ganz und gar nicht selbstverständlich.<sup>76</sup>

Die Unsicherheiten, auf die Methoden die Antwort sein sollen, verschwinden aber mit den Entscheidungsspielräumen, aus denen sie resultieren, und verlieren ihre Klärungsbedürftigkeit, wenn niemand da ist, dem gegenüber sie zu bewältigen wären. Mit

M. Jestaedt/R. Poscher/J. Kammerhofer, 2020, 161. Zum engen Konnex von Rechtswissenschaftsbegriff und Interpretationstheorie etwa Pelegriño da Silva, Fn. 39, 360; Michael Thaler, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung, in: FS Adamovich, 1992, 691 (692 f.).

<sup>72</sup> Paradigmatisch Karl Larenz, *Methodenlehre*, '1991, 313: „Auslegung“ ist, wenn wir an die Wortbedeutung anknüpfen, ‚Auseinanderlegung‘, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber noch gleichsam verhüllten Sinnes.“ Ähnlich – und doch wegen des anderen rechtswissenschaftlichen Anspruchs mit gänzlich anderer Tragweite – Merkl, Fn. 41, 870 f.

<sup>73</sup> Kritik, der Reinen Rechtslehre fehle ein Gespür für diskursive und argumentative Positionen, etwa bei Andreas Funke, Grenzen der rechtstheoretischen Aufklärung der Staatsrechtslehre, *Der Staat* 57 (2018), 267 (272). Vgl. ganz entfernt auch Joseph Raz, The Purity of the Pure Theory, *Rev Int Philos* 1981, 441 (452).

<sup>74</sup> Kelsen verweist das alles in den interpretatorisch unbedeutenden, der Kompetenzanmaßung gezeigten Bereich der Rechtspolitik: Kelsen, Fn. 7, 608.

<sup>75</sup> Vgl. daneben Kelsen, Fn. 7, 603: „Denn die Notwendigkeit einer ‚Interpretation‘ ergibt sich gerade daraus, daß die anzuwendende Norm oder das System von Normen mehrere Möglichkeiten offen läßt, das heißt aber: noch keine Entscheidung [...] enthält [...].“

<sup>76</sup> Vgl. kuriosisch: Uwe Kischel, *Die Begründung*, 2003, 5 f.; Clara Günzl, *Eine andere Geschichte der Begründungspflicht*, 2021, 3 ff.

einer solchen Rechtsmethodik dringt man weder zu Kern noch Sinn methodischen Arbeitens wirklich vor.

#### *d. Das Recht aus der Froschperspektive*

Doch man kann den Mängeln der Reinen Rechtslehre abhelfen, ohne die wichtigen Erträge, die sie der Methodendebatte in Gestalt des Rahmentheorems geliefert hat, zu verlieren. Man kann die Reine Rechtslehre diskursiver gestalten, die Unsicherheiten in der Rechtserzeugung wieder sichtbar machen und damit das methodische Problem, das ja eigentlich im Mittelpunkt ihrer Bemühungen stand, wieder ins Zentrum rücken. Mit dem Stufenbau, der Rahmendoktrin und dem aus ihr resultierenden Dualismus aus Kognition und Dezision ist alles, was man braucht, vorhanden. Es bedarf nur noch eines Perspektivwechsels. Blickt der Rechtserzeugungsblick von der Spitze der Normpyramide hinab,<sup>77</sup> soll sie nun vom Fuße aus betrachtet werden. Die Argumentationstheorie, die sich aus der Reinen Rechtslehre rekonstruieren lässt und den methodischen Gravamina abhelfen soll, besieht das Recht aus der Froschperspektive.

### **IV. Reinrechtliche Argumentationslehre**

Was ändert sich, wenn man den Stufenbau des Rechts, die Rahmendoktrin, den Rechtserzeugungsvorgang, von unten betrachtet? Einiges. Es entsteht eine praxisaffine Argumentationstheorie, die mit Struktur und Mechanik der Reinen Rechtslehre verwoben ist – und glaubhaft begründet, wie und warum Methodenfragen Verfassungsfragen sein können. Das sei nun dargestellt.

#### **1. Prämisse: Der engste Rahmen**

Rechtliche Argumentation kreist um Bestimmung und Bedeutung von Rechtsätzen. Sie zielt darauf, deren abstrakten Inhalt zu erkennen und diesen dann konkret auf eine Streitfrage anzuwenden. In rechtlicher Argumentation werden Vorschläge unterbreitet, wie eine Norm zu verstehen und auf ihrer Grundlage der daraus resultierende epistemische Rahmen auszufüllen ist.<sup>78</sup> Normdeutungsangebote – Prämissen – kann es viele geben. Denn an rechtlicher Argumentation nimmt eine Vielzahl von Akteuren teil: Parteien und ihre Rechtsanwälte, das Gericht, aber auch die Zivilgesellschaft und – egal, ob man dies nun (noch) als Ausübung der eigenen Kompetenz ansieht oder bereits als unbefugtes Agieren *ultra vires* – die Rechtswissenschaft. Auf sie alle trifft die Beschreibung

<sup>77</sup> Siehe Walter Ott, Die Reine Rechtslehre als rechtspositivistische Theorie, in: *30 Jahre Hans Kelsen Institut*, hg. von R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny, 2003, 13 (25).

<sup>78</sup> Vgl. Merkl, Fn. 19, 960. Vgl. ferner, mit Blick auf die Tätigkeit von Rechtsanwälten, Kelsen, Fn. 24, xvi.

des hier entfalteten Argumentationsmodells zu; ein rechtsanwaltliches Argument ist insofern einem richterlichen strukturanalog. Alle Argumentationsteilnehmer müssen, um im Recht Gehör zu finden, ihr Argument an einen Rechtssatz rückzubinden suchen.<sup>79</sup> Wer darin scheitert, spricht vielleicht moralinsauer, vielleicht polemisch, gar beleidigend, imaginiert Welten statt in der gegebenen zu leben, gibt möglicherweise sogar in seine wahren Beweggründe und Ansichten direkten Einblick – doch rechtliche Relevanz wird all dies nicht entfalten. Ob dann im Übrigen die Argumente, die sich auf eine rechtliche Prämisse, also ein bestimmtes Normverständnis, plausibel berufen können, durchdringen, also von der argumentativen Gleichordnung in autoritative Überordnung erwachsen, ist zwar dem Gericht als Letztentscheider anheimgestellt. Doch dieses Letztentscheidungsmonopol gewinnt seine Bedeutung (und bisweilen seine Tragik) gerade aus der Fülle vorheriger Angebote.<sup>80</sup> Ohne Auditorium keine Argumentation, und ohne Argumentation auch kein Bedarf für Letztentscheidung.

Die Anstrengungen formal rechtlicher Argumentation richten sich zunächst und in erster Linie auf die naheliegendste und zugleich rechtlich niedrigrangigste Norm.<sup>81</sup> Wer keine „Grundsatzentscheidung“ erwirken oder treffen möchte und nicht meint, *in seinem Recht das Recht* verteidigen zu müssen, wird das bevorzugen. Nicht zuletzt bezeugen Gerichte so die Achtung ihrer eigenen Kompetenzgrenzen gegenüber höheren Gerichten und dem Gesetzgeber.<sup>82</sup>

## 2. Vertikaler Verbund: Der Stufenbau

Diese erste Prämisse ist freilich nur der Anfang. Die niedrigste, dem Streit nächste Norm ist ja selbst – dies wieder eine Erkenntnis des Rechtserzeugungsparadigmas – Produkt vorgängiger und höherrangiger Setzungen. Streiten die Parteien über Deutungen dieser niedrigsten Norm, also darüber, wie der engste Rahmen zu ziehen ist, ist Kontrollpunkt für jeden dieser einzelnen Deutungsvorschläge, dass sie sich auch innerhalb aller höherrangigen Rahmungen hält. Bricht eine vorgeschlagene Deutung aus dem Bedeutungsraum aus, den höherrangige Normen eröffnen, ist das Argument, das sich auf diese Normdeutung als Prämisse stützt, nicht anschlussfähig. In dieser Perspektive blickt also

<sup>79</sup> Siehe Luhmann, Fn. 3, 106 f.; Jestaedt, Fn. 4, 37; vgl. auch Thaler, Fn. 71, 696.

<sup>80</sup> Vgl. das „Paradox der richterlichen Rechtsbindung“ bei Christoph Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, *VVdStRL* 71 (2012), 296 (298); Jestaedt, Autorität und Zitat, in: *Im Namen des anderen*, hg. von M. Mayer/J. Jacob, 2010, 141 (142) („Dilemma“); Jabloner, Fn. 26, 375.

<sup>81</sup> Mit reinrechtlichem Zugang so auch Meinrad Handstanger, Relationen zwischen Rechtsquellen im Kontext der Rechtsanwendung, in: *FS Lachmayer*, 2014, 11 (14); vgl. ferner, aber als Rechtserzeugung von unten, auch Thaler, Kreationismus und Evolutionismus in der Theorie der Rechtsschöpfung, in: *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, hg. von R. Walter/C. Jabloner, 1997, 109 (118) und passim. Im Rahmen seiner Rechtswissenschaftstheorie als (unrealistische) Option auf das Dasein als „Rechtswissenschaftler schlechthin“ angesprochen von Merkl, Fn. 19, 958 f., 962.

<sup>82</sup> Georg Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVdStRL* 61 (2002), 119 (141): „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“. Siehe auch Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1994, 529; vgl. ebd., 315 ff. (insb. 318) im Kontext seiner Wertjudikatur-Kritik.

Argumentation vom Fuß der Normpyramide in Richtung ihrer Spitze. Fraglich ist dabei stets, ob dieser Fuß in einer Fluchlinie mit allen vorangegangenen Stufen steht.

Zur Verdeutlichung dieses Mechanismus hilft es vielleicht, dem Bild der üblichen Pyramide – unten breit, oben spitz – eine umgekehrte Pyramide zur Seite zu stellen.<sup>83</sup> Rechtliche Argumentation dringt auf Zuspitzung auf eine, spezielle, möglichst präzise Fragestellung, die es zu entscheiden gilt. Wenn sich herausstellt, dass diese vermeintliche Spitze in Wahrheit „breiter“ ist als das, was vorangegangene, auf immer engere Rahmen zuspitzende Normebenen zulassen – die durch Argumentation über Normdeutungen angestrebte Rechtsetzung also von der Logik der stetigen Verengung abfällt –, dann hat sich in der vertikalen Betrachtung eine Normdeutung, so plausibel sie auch im isolierten Blick auf den einzelnen Normtext sein mag, disqualifiziert.

So kann etwa eine Norm des Polizeirechts beim Vorliegen eines Tatbestands eine außerordentlich invasive Gefahrenabwehrmaßnahme zulassen. Betrachtete man nur diese eine Norm, so käme man zum Schluss, dass selbst bei banalen Gefahren extraordinäre Abwehrmaßnahmen zulässig sind. Erst, wenn man den Blick „nach oben“ richtet, stellt man fest, dass das nicht sein kann. Ein solches Deutungsangebot wäre zwar *prima facie* mit dem Normtext vereinbar, bräche aber aus höherrangigen Rahmungen, beispielsweise dem Grundsatz, dass alles staatliche Handeln mit Eingriffscharakter verhältnismäßig sein muss, aus.

Argumentation gewinnt seine Präzision danach nicht aus der Prätention von Zwangsläufigkeit, sondern dem Nachvollzug von Offenheit: Der Blick nach oben stellt gerade darauf ab, die vorgeschlagene Normdeutung als Ausfüllung eröffneter Möglichkeitsräume darzustellen, die ihrerseits ja auch nur qua noch höherrangiger, noch weiterer Rahmen existieren.

Damit ist jede Prämisse über die Gestalt des Rechts in einen „vertikalen Verbund“<sup>84</sup> gestellt. Wer zur Prämisse einer vorgeschlagenen Rechtserzeugung eine bestimmte Normdeutung macht, inkludiert in diese Normdeutung stets auch Deutungen höherrangiger Normen, die diese Deutung als insgesamt rechtmäßig figurieren. Entsteht über die Deutungen höherrangiger Normen ernstlich Streit, müssen diese also von der impliziten zur expliziten Prämisse gemacht werden, eskaliert die Argumentation auf die nächste Stufe. Auch diese muss sich dann als in der Fluchlinie höherrangiger Rechtserzeugungen erweisen. So kann eine Argumentation immer weiter und höher getrieben werden, bis sie am Ende bei der Spitze der Normpyramide – oder, im anderen Sprachbild, ihrem weitesten Rahmen – angekommen ist: Der Verfassung. Können Gesetzesnormdeutungen, die über die Spannbreite höherer Normschichten hinausgehen, nicht schnell als Missverständnisse verworfen werden, kann dies prozedural letztlich zur Vorlage nach Art. 100 GG nötigen.<sup>85</sup> Spätestens hier erweist sich der Blick „von unten“ als

<sup>83</sup> Vgl. entfernt Achterberg, Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre, *DÖV* 1974, 445 (454). Vgl. auch Merkl, Fn. 29, 894; zur Offenheit des Verfassungsrechts auch ebd., 897; ders., Fn. 19, 970.

<sup>84</sup> Begriff von Jan Schapp, *Methodenlehre des Zivilrechts*, 1998, 44, 79 f.

<sup>85</sup> Vgl. auch Handstanger, Fn. 81, 13.

praxisnahe Nachbildung einer (gerichtlich-)derogatorischen Kontrollperspektive. In ihr ist jede rechtliche Argumentation potentiell eine Argumentation über die Verfassung, auch wenn sich dieses Potential selten verwirklicht. Dass die Verfassung ubiquitär ist, ihre Problematisierungen aber daran gemessen rar gesät sind, mag rätselhaft scheinen. Die Antwort führt über das dritte Element des hier vorgeschlagenen Theoriemodells (nun 3.) – und lehrt einiges über die Mechanik juristischer Methode (dann V.1.).

### 3. Bindeglied: Kognition und Dezision

Ein Theoriemodell, das von Prämissen im vertikalen Verbund spricht, um rechtliche Argumentation zu beschreiben und Rechtsmethodik zu analysieren, hat mehr mit der Reinen Rechtslehre zu tun als die darin liegende, triviale Reminiszenz an den Stufenbau der Rechtsordnung. Denn – auch das ganz reinrechtlich – zu diesem statischen Ordnungselement tritt ein dynamisierendes hinzu,<sup>86</sup> das nicht nur den Zusammenhang der verschiedenen Normenschichten erhellt, sondern zugleich den argumentativen Prozess unter Anlehnung an eine andere kelsenianische Dichotomie mit Leben füllt: Das dritte Element des Argumentationsmodells neben Prämissen und vertikalem Verbund ist der (doppelte) Zweiklang aus Kognition und Dezision.

#### a. Kognition und Dezision – gleichrangig und synchron

Denn Kognition und Dezision kehren beim Argumentieren im Stufenbau zweifach wieder. Anders als beim Rechtserzeugungsmodell, das sich insoweit auch chronologisch lesen lässt, folgt der Rechts(rahmen)erkenntnis nicht bloß die Rechts(ausfüllungs)entscheidung nach. Auch die Erkenntnis eines vorgegebenen Rechtsrahmens enthält dezitative Elemente. Dieses synchrone Vorkommen von Kognition und Dezision fehlt bei Kelsen<sup>87</sup> und wird auch durch die neuere reinrechtliche Forschung bislang oft<sup>88</sup> übersehen.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Siehe Kelsen, Fn. 7, 140 f.

<sup>87</sup> Vgl. insoweit die Kritik von Hans Lindahl, Gadamer, Kelsen and the Limits of Legal Interpretation, *Phänomenologische Forschungen* 2002, 27 (35 f.), aufgegriffen bei Benedikt Pirker, Kelsen meets Cognitive Science, in: *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*, hg. von M. Jestaedt/R. Poscher/J. Kammerhofer, 2020, 203 (218 f.). Eine leicht andere Bewertung könnte sich im Hinblick auf Kelsens Spätwerk zu ergeben: Paulson, Fn. 1, 151. Eine prononcierte Unvereinbarkeitserklärung von Erkenntnis und Entscheidung dagegen bei Hans Klinghofer, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, hg. von R. A. Métall, 1974, 153 (159 ff.).

<sup>88</sup> Siehe aber (knapp) Jestaedt, Fn. 8, 342 f., auch 148 ff.; ders., Fn. 71, 47 f. Angedeutet bereits als Einwand bei Kucsko-Stadlmayer, Fn. 21, 120.

<sup>89</sup> Vgl. auch den Vorwurf von Florian Werni, Die Rechtsnorm als Wille und sprachlicher Ausdruck, in: *Recht und Sprache*, hg. S. Burger et al., 2019, 43 (50).

(1) Erkennen heißt (auch) Entscheiden

Die Epistemologie lehrt, dass man sich auch zur Erkenntnis entscheiden muss.<sup>90</sup> Wer eine Normdeutung zu erkennen vorschlägt, muss sich dafür (etwa aus strategischen Gründen) entschieden haben; wer eine Normdeutung sodann akzeptiert, also vom Möglichen zum im Rahmen des jeweiligen rechtlichen Kontexts Wirklichen werden lässt, erkennt nicht einfach (an), sondern entscheidet sich für die Erkenntnis des so-hin „Richtigen“ aufgrund von Plausibilitäten und Probabilitäten. In Argumentation soll denn auch eigenen Erkenntnissen zu intersubjektiver Anerkennung verholfen werden – andere sollen sich für die Erkenntnis entscheiden.<sup>91</sup>

(2) Normbindung ist möglich, aber nicht alles

Ob eine Prämissen gültig ist oder nicht – ob eine Normdeutung also einem vorgegebenen Rechtsrahmen entspricht oder nicht – , bestimmt sich danach zunächst natürlich an dem vorhandenen Normtext. Normbindung ist allen (weitenteils auch nur imaginierten)<sup>92</sup> Unkenrufen zum Trotz möglich, aber sich an eine Norm zu binden bedeutet dennoch, sich für Bedeutung zu entscheiden. Bedeutung ist erkenntnisfähig,<sup>93</sup> aber mit stiller Erkenntnis ist es meist nicht getan. Was eine Norm sagt, ist vor Gericht selten evident – und gleichzeitig nicht völlig beliebig. Man kann mit Sprache viel, aber nicht alles machen.<sup>94, 95</sup> Was aus dieser Fülle von Möglichkeiten dann aber tatsächlich mit Sprache gemacht wird, welche der konkurrierenden Normdeutungen die Oberhand behält, muss letztlich festgesetzt werden. Diese Festsetzung ist nicht völlig beliebig, weil sie sich an – nicht völlig beliebiger – Sprache ausrichten muss, aber auch nicht qua Volldetermination lässlich.<sup>96</sup> Sie ist auch nicht peripher, sondern zentral, weil sich erst in der Entscheidung für eine Norm(be)deutung die Norm verwirklicht.<sup>97</sup> Diese Entscheidung ist eine Entscheidung unter Unsicherheit – wie alle Entscheidungen, weil sich bei völliger Sicherheit Entscheidungen in der Regel erübrigen.

90 Hans Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, 1969, 61: „daß die [...] Dichotomie von rationaler Erkenntnis und irrationaler Entscheidung inadäquat ist, und zwar schon deshalb, weil hinter jeder Erkenntnis – bewußt oder unbewußt – Entscheidungen stehen.“

91 Vgl. in diese Richtung auch Jabloner, Fn. 8, 160.

92 Insbesondere Wittgenstein-Reminiszenzen gehen in der deutschen Methodenlehre häufig fehl und übertreiben maßlos. Gegen eine besonders kühne Dienstbarmachung durch Depenheuer etwa Christoph Möllers, Nachvollzug ohne Maßstabsbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2009, 668 (668 Fn. 6).

93 Gegenteilig wohl die „realistische“ Lesart der Reinen Rechtslehre, die Interpretationsfragen allein zu institutionell-hierarchischen Fragen verkürzt. Für einen solchen, das Spätwerk Kelsens überakzentuierenden Machtpositivismus *Troper*, Fn. 1, 525 ff.

94 Siehe bereits Merkl, Fn. 29, 909. Für Kelsen rekonstruiert bei Paksy, Fn. 1, 146.

95 Dazu kommt auch die vielgescholtene und kaum zum Monolithen sich eignende „Postmoderne“: Zum Konzept der Iterabilität bei Derrida etwa Markus Wolf, *Gerechtigkeit als Dekonstruktion*, 2019, 81 ff.

96 Sonst wäre Rechtsanwendung keine Rechtsanwendung: Merkl, Fn. 29, 908.

97 So vehement Klinghofer interpretatorische Erkenntnis und Entscheidung trennt, so emphatisch betont er dann aber, dass im Falle mehrfacher Interpretationsmöglichkeiten einer Rechtsanwendungsentscheidung der Gebrauch delegierter Normsetzungskompetenz vorangehen muss: ders., Fn. 87, 166 f.

### (3) Rechtserkenntnis ist rekonstruktiv

Aus diesem Gedanken erklärt sich auch, warum das Rechtserzeugungsparadigma diesem Vorkommen von Kognition und Dezision so eine geringe Bedeutung beimisst: Weil sie die spezifische Unsicherheit im Umgang mit zwangsläufig der Vergangenheit entstammenden Normtexten nicht kennt. So richtig es theoretisch ist, dass ein vorgegebener Rahmen entweder erkannt oder verfehlt wird,<sup>98</sup> so belanglos ist diese Alternativität doch in der Praxis.<sup>99</sup> Denn ob das eine oder das andere der Fall ist, kann einem im Recht agierenden Akteur ja doch niemand sagen. Es bleibt ihm mangels archimedischen Punktes nichts anderes übrig, als seine Erkenntnis, wie etwas ist oder gemeint war, auf eine bestenfalls gut begründete Entscheidung zurückzuführen. Erst diese Entscheidung bestimmt, welchen Rahmen man als erkenntnissfähig erzeugt betrachtet. Man ist somit allenthalben auf Rekonstruktion von unverfügbarer, weil fremden, Dezisionen verwiesen. Darin unterscheidet sich juristische Argumentation nicht von den allfälligen Unsicherheiten etwa historischer Erkenntnis.

### b. Kognition und Dezision – hierarchisch und diachron

Neben der Entscheidung, über das Vorgegebene zu erkennen, muss dieser Erkenntnisgegenstand in Abgleich mit anderem Vorgegebenen gebracht werden. Dieses zweite Vorkommen des Duals aus Kognition und Dezision ähnelt der klassisch kelsenianischen Tonalität mehr. Weil eine niederrangige Prämisse nur dann rechtliche Relevanz behaupten kann, wenn sie sich innerhalb jener Pflöcke bewegt, die höherrangige Normen ihr stecken, muss über das Verhältnis der vorgeschlagenen Normdeutung zu Kognitionen höherer Normschichten entschieden werden: Liegt der von einem Argumentationsteilnehmer vorgeschlagene Rahmen innerhalb des Rahmens, der anerkanntermaßen bereits gezogen ist? Oder, diachron aus einer (noch) hypothetischen Rechtserzeugungsperspektive gefragt: Könnte der Vorschlag Rahmenausfüllung – Rechtsanwendung – im Nachgang von rahmenentdeckender Rechtserkenntnis sein?

Es liegt auf der Hand, dass diese Entscheidung innerhalb der Hierarchie auf eine Erkenntnis baut, die ihrerseits der Entscheidung bedurfte und bedarf. So verschränken sich die beiden Dimension von Kognition und Dezision miteinander. Die aufstrebende Bewegung von Erkennen und Entscheiden sekundiert der Statik des vertikalen Normverbundes. Doch auch die Eskalationsdynamik aus Kognition und Dezision findet ein Ende: In der Verfassung. Denn über die Gestalt einer verfassungsrechtlichen Kognition muss entschieden werden, ohne, dass sich diese Kognition vor dem Forum höherrangiger rechtlicher Kognition als *intra muros* erweisen müsste. Dem Reden über Verfassungsrecht haftet darum zwangsläufig etwas Dezisionistisches an und greift, weil es die Normpyramide abschließt, zur Absicherung seiner Aussagen häufig in jenen Bereich

<sup>98</sup> Jestaedt, Fn. 71, 48 f.

<sup>99</sup> Vgl. in diese Richtung auch Jabloner, Fn. 8, 154.

über, der mal als Politik, mal als Verfassungstheorie, mal als Privatphilosophie oder Vorverständnis bezeichnet wird.

## V. Klärungen, Leistungen, Perspektiven

Die Gefahr verfassungsrechtlichen Redens, sich den Vorwurf einzutragen, aus eigenen Vorstellungen statt jenen des Gesetzes zu judizieren, vermeiden Juristen in den allermeisten Fällen. Nicht natürlich Verfassungsrechtler – aber gemessen daran, dass sich kelsenianisch alles Recht aus der Verfassung speisen muss, um zum Recht dieser Rechtsordnung zu gehören, doch erstaunlich viele. Obwohl man alles zur Verfassungsfrage eskalieren könnte, werden realiter letztlich nur wenige Auseinandersetzungen auf dieser Stufe ausgefochten. Das verdeckt der stets von „oben“, von der Verfassung, ausgehende Rechtserzeugungsblick. Der Schlüssel zu diesem numerischen Missverhältnis liegt in der Mechanik von Methodik (dazu 1.). Ist sie verstanden, erhellt, dass man im reinrechtlichen Modell zwar gut und überzeugend Methodenfragen als Rechts- und damit auch Verfassungsfragen reformulieren kann (2.) – es aber dann mit der Methodik vorbei ist. Hat man die Methodik verloren, ist aber nicht nur eine verfassungsrechtliche Perspektive gewonnen, sondern auch der Blick darüber hinaus wird möglich (schließlich 3.).

### 1. Was Methode ist – und wo sie endet

Die Ausführungen haben juristisches Argumentieren im Stufenbau als eine außerordentlich aufwendige Operation aufgezeigt. Doch das ist nur die Theorie – ganz entgegen dem gängigen Vorurteil, juristische Methodik sei *per definitionem* unpraktisch, zeigt sich nämlich gerade die Invokation von Methode als ein pragmatischer *Workaround* für die Mühen permanenter Eskalation. Dieser ist nötig, weil juristisches Arbeiten in der Regel unter Zeitdruck geschieht. Es bedarf der Mittel und Wege, aus der Eskalationsspirale, die erst auf Verfassungsebene ihren rechtsinternen Abbruch fände, früher auszubrechen. Eben das leistet Methode.

#### a. Funktion der Methode

Methodik ermöglicht, sich auf einige, hochgradig spezifische, normativ möglichst niedrigrangige Streitfragen zu verlegen. Sie sichert Argumentationen „nach oben“ ab, indem an die Stelle des dynamischen Aufstiegs durch verschiedene Normstufen durch Kognition und Dezision eine Chiffre gesetzt wird, die einen *common sense* entweder abbildet oder wenigstens vorschützt. Von der Belastung juristischen Fortkommens, Streite durch alle Ebenen auszutragen, immer bis zum kognitiv schwankenden, verfassungsrechtlichen Letztgrund fragen zu müssen, wird durch die Kurzformel der Methode entlastet. Methode ist in diesem Sinne anerkannte Kognition, geronnene Dezision.

Sie birgt die Summe zahlreicher, bereits vielfach diskutierter Argumentationen, die vernünftigerweise – etwa aus Gründen der Zeit, des intellektuellen Aufwands und der intertemporalen Gleichbehandlung – nicht immer wieder geführt werden sollen, sondern die mitgeführt werden können. Methode ist danach auch ein gutes Stück kondensierte Wirkungsgeschichte. Wer zur Untermauerung einer Normdeutung etwa des einfachen Rechts eine „methodische“ Begründung vorbringt, der vertraut<sup>100</sup> dafür auf eine Reihe höherrangiger Kognitionen (oder präziser: Narrative, wie in der Vergangenheit richtigerweise erkannt worden sei), ohne sie zu explizieren. Methodik hat danach jedenfalls drei, sich ergänzende und bedingende, Funktionen. Methode verkürzt, entlastet und rationalisiert.<sup>101</sup>

### b. Methode der Methode

Die Methode aller Methodik zur Erreichung dieser drei Ziele ist zuvörderst: Schweigen. Nicht nur, dass die Chiffre davon lebt, eben vieles nicht zu entfalten; sie wird auch immer überzeugender, je häufiger sie benutzt wird. Methode perpetuiert sich mit jeder Verwendung. Mit jeder Betätigung, Ergebnisse auf tieferer Ebene zu erzielen, werden die Bedingungen der Möglichkeit, sich auf dieser niedrigen Ebene zu streiten, bestätigt.<sup>102</sup> So werden geronnene Dezisionen immer fester, anerkannte Kognitionen immer selbstverständlicher. In Anbetracht der reinrechtlichen Erkenntnisse ist der Effekt bemerkenswert: Methoden ermöglichen, durch die Ausklammerung hochkontingenter Entscheidungen eine Vielzahl von Ergebnissen zu erreichen.<sup>103</sup> Diese Klage, dass man mit Rechtmethodik praktisch jedes Ergebnis irgendwie begründen kann, ist so alt wie richtig. Aber gerade dadurch ermöglichen es Methoden, über Ergebnisse statt Bedingungen von Herleitungen zu streiten. Mit Kelsen ist so zwar Methode gerade das Sinnbild für Offenheit – aber gleichzeitig hilft Methode, diese Offenheit, die sie selbst abbildet, zu bewältigen. Nach dem Gesagten ist dann auch klar, wann Methode endet: Nämlich, wenn das Schweigen bricht. Sobald man Methode thematisiert, sobald man fragt, *warum* eine bestimmte Methodik eigentlich legitimerweise bei der Bestimmung von Normdeutungen helfen soll, ist es um ihre Komplexitätsreduzierende Wirkung geschehen.<sup>104</sup> Diese Fragen setzen die Eskalationsspirale wieder in Gang.

<sup>100</sup> Zur Haltung des Vertrauens im Stufenbau vgl. Handstanger, Fn. 81, 16.

<sup>101</sup> Ganz ähnlich der Dogmatik-Begriff bei Jestaedt, Fn. 4, 35 f.

<sup>102</sup> Vgl. Lindahl, Fn. 87, 43 f., 49. Zur Verfestigung einer Rechtsordnung durch Anwendung auch Thaler, Fn. 81, 120 ff.

<sup>103</sup> Zu möglicherweise vergleichbaren Aussagen bei Kelsen und Merkl siehe Pelegrino da Silva, Fn. 39, 369 mit Fn. 37.

<sup>104</sup> Auf dieser Linie liegt auch der Vorhalt Radbruchs, Wissenschaften, die ihre Methode reflektierten, statt Ergebnisse zu produzieren, seien „kranke Wissenschaften“: Siehe Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1910, 117 f.

### c. Schweigen trotz Redens

Ein Beispiel: Es ist akzeptiert, dass Gesetzesmaterialien für die Bestimmung des Bedeutungsgehalts einer Norm irgendwie relevant sind, auch wenn man sich über die Einzelheiten streiten kann. Die Einführung von Gesetzesmaterialien als Stütze für das eigene Argument lässt über konkrete Befunde streiten, also *was* sich den Materialien entnehmen lässt und *was* nicht. Der Blick wird so auf den streitigen Einzelfall gelenkt. *Inwiefern* Gesetzesmaterialien Schlüsse auf historische Intentionen zulassen, ja, *weshalb* historische Intentionen überhaupt belangvoll für das Verständnis einer in der Gegenwart angewandten Norm sein sollen – diese Fragen werden wohlweislich ausgeblendet. Betrachtet man sie dagegen, rücken zahlreiche rechtliche Großfragen wieder ins Blickfeld. Dann werden Methodenfragen zu Verfassungsfragen. Die Bedeutung historischer Intentionen müsste dann, um hier und im Folgenden eine bundesrepublikanische Neigung aufzugreifen, im positivrechtlichen Demokratieprinzip radiziert werden – und nicht etwa in entrückter demokratietheoretischer Deliberation. Aber selbst dort, wo das vorderhand bereits geschieht, bleibt die Demokratiedogmatik unterentwickelt. Das ist bemerkenswert, aber nicht erstaunlich. Es dominiert dann die Ahnung, dass, sobald man sich auf das weite Feld des Art. 20 GG und die Suche nach seinen positivrechtlich wirksamen Gehalten begeben hat, es um die apodiktische Eindeutigkeit des Zusammenshangs geschehen sein dürfte. Man schweigt weiter, auch wenn man spricht.

## 2. Verfassung(-rechtsordnung) und Methode: Ein Forschungsprogramm

Den Gewissheitsverlust, eine bestimmte Methode nicht mehr im Brustton der Überzeugung als unter verfassungsrechtlichen Auspizien besonders demokratisch ausweisen zu können, mag man bedauern. Eine Betrachtung des Stufenbaus von unten erkaufte sich seine epistemische Redlichkeit mit dem bescheidenen Eingeständnis gelegentlicher Sprachlosigkeit.<sup>105</sup> Doch „Zielrichtung einer (wissenschaftlich betriebenen) Rechtsauslegung [ist] nicht [die] Darlegung der Eindeutigkeit, sondern [die] Herausarbeitung der Mehrdeutigkeit einer Rechtsnorm“<sup>106</sup>. Insofern ist Wissenschaft die Gegenbewegung zu einer vorkritischen Methodik: Sie muss implizite Prämissen explizieren und verfestigte Wahrnehmungen auf Substanz prüfen.

<sup>105</sup> Denn eine wissenschaftliche Betrachtung des Demokratieprinzips kann wohl bloß Möglichkeitsräume aufzeigen: „Folge davon [scil. des interpretatorischen Rahmencharakters von Verfassungsnormen] ist, daß im Hinblick auf den verfassungskräftig garantierten (Rahmen-)Grundsatz der Demokratie in der Regel nur konstatiiert werden kann, daß bestimmte organisationsrechtliche Normierungsansätze verfassungswidrig oder zwar verfassungskonform, aber nicht verfassungsgeboten sind.“ – Jestaedt, Fn. 11, 148.

<sup>106</sup> Jabloner, Fn. 50, 62 [Hervorhebung i. O.]. Siehe auch ders., Fn. 8, 155. mit einem „Lob der Mehrdeutigkeit“, das sich wiederum in den Kontext der Rechtswissenschaftsdebatte stellt. Danach habe Wissenschaft auch einen edukatorischen Aspekt für den Gesetzgeber. Ähnlich bereits Kelsen, Fn. 24, xvi.

### a. Staatsstrukturprinzipien und Methode: Eine Skizze

So wird sich denn schnell zeigen, dass eine dogmatische Annäherung an das hier bereits mehrfach angesprochene Diktum, historisch-genetische Argumente aus dem Willen einer einst legiferierenden Entität seien aus demokratischen Gründen relevant, besonders wertvoll, entscheidend oder gar einzig bedeutsam, auf unsicheren und bestreitbaren verfassungsrechtlichen Prämissen aufruht. Die dezidiert demokratische Auszeichnung einer möglicherweise lang zurückliegenden Vergangenheit setzt etwa in einer deutschen, von der Legitimationskettendoktrin gekennzeichneten Sicht voraus, dass „Volk“ als Legitimationsanker, dem historisches Handeln letztinstanzlich zugerechnet wird, ganz entgegen einer verbreiteten Note<sup>107</sup> nicht aus den derzeit lebenden Personen einer bestimmten Staatsangehörigkeit besteht, sondern diese Personen, auch zeitlich, etwa in ein rechtliches Organ transzendiert sind.<sup>108</sup> Sonst ginge mit der Wandlung des Personenbestands eine Auf- und Abwertung historischer Relevanz einher. Welche Deutung des Begriffs „Volk“ im Rahmen von Art. 20 Abs. 2 GG man sich zur argumentativen Prämissen macht, bestimmt als verfassungsrechtliche Rahmenziehung die Methode für die Behandlung des niederrangigen Rechts.<sup>109</sup> Die Methodenfrage ist hier verfassungsrechtlich prädeterminiert, aber verfassungsrechtlich deutlich schwieriger zu beantworten als man der rechtsmethodischen Debatte anhört.

Eine Argumentationstheorie, die, statt selbst ein verfassungsrechtliches Vorverständnis (und noch häufiger ein vorverfassungsrechtliches Vorverständnis!) zu kultivieren, nach den nötigen Rahmenziehungen solch hochfliegender Invokationen fragt und gegebenenfalls unter Berufung auf die geringe Präzision verfassungsrechtlicher Deklamation skeptisch begleitet, ist mithilfe der Reinen Rechtslehre möglich und ange-sichts der Fehlleistungen intuitiver Setzungen auch wissenschaftlich geboten. Denn nur durch die Freilegung der tatsächlichen verfassungsrechtlichen Stellschrauben können aus Lagermonologen diskursive Auseinandersetzungen um Methodik im Verfassungsstaat werden. Neben der Konfrontation historischer Argumentation mit Demokratiedogmatik eröffnen sich zahlreiche weitere, reizende Untersuchungsgegenstände. So sind die Implikationen „systematischer“ Argumentation, also verfassungsrechtliche Anhaltspunkte für Einheitsideale der Rechtordnung, bislang erst in Ansätzen erforscht.<sup>110</sup> Nicht zuletzt finden sich jenseits demokratieprinzipieller Anrufungen insbesondere für

<sup>107</sup> Anstatt Vieler: Brun-Otto Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *SfWStP* 5 (1994), 305 (322); Sebastian Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, 77; Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: *Handbuch des Staatsrechts*, II, hg. von J. Isensee/P. Kirchhof, 2004, § 22 Rn. 68.

<sup>108</sup> Auswahl: Jestaedt, Fn. 11, 189; Stefan Lenz, *Kommunalverwaltung und Demokratieprinzip*, 2020, 89; Katrin Verena Franz, *Das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag – Architektur eines organschaftlichen Rechts*, 2019, 134 f.; vgl. Josef Isensee, Politik als Schicksal?, in: *Lebensentscheidung*, hg. von P. Gordan, 1987, 165 (185).

<sup>109</sup> Umfassend dazu demnächst Schwab, Fn. 9, 232 ff.

<sup>110</sup> Siehe zum Themenkreis etwa Patrick Hilbert, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft*, 2015. Zum eng damit verbundenen Topos der Einheit der Rechtsordnung siehe Friedrich Müller, *Die Einheit der Verfassung*, 1979; Dagmar Felix, *Einheit der Rechtsordnung*, 1998; und jüngst *Die Einheit der Rechtsordnung*, hg. von P. Hellwege/M. Soniewicka, 2020.

historische Argumente noch Begründungen, die auf das Normkonvolut Rechtsstaat<sup>111</sup> oder, seltener, das Bundesstaatsprinzip<sup>112</sup> Bezug nehmen. Auch diese gälte es unter die Lupe zu nehmen. So kann ein rechtsmethodisches Interesse bei der Kartierung verfassungsrechtlicher Streitstände helfen und für ihre Konsequenzen sensibilisieren.

### *b. Partikularität und Methode: Einige Konsequenzen*

Mit einer Methodenlehre, an deren zentraler Stelle eine Reminiszenz an das kelsenianische Rahmentheorem steht, ist zugleich markiert, dass es wirklich nur um Methodik in einem bestimmten Verfassungsstaat gehen kann. Weil die Verfassung der rechtsinterne Letztbezug einer juristischen Argumentation ist, kann von einer Methodik, die sich von ihrer Provenienz in einer konkreten positiven Rechtsordnung freimacht, nicht sinnvoll gehandelt werden. Es ist die kosmopolitische Pointe der Reinen Rechtslehre, dass ihr Relativismus ermutigt, sich der eigenen Provinzialität bewusst zu werden. Das heißt: Jeder Rechtsordnung ihre Methode<sup>113</sup> – ohne Kenntlichmachung der spezifischen Rechtsordnung kann man zwar sicher (auch das ist ja ein Petuum Merkls) zahlreiche Vorschläge für Textverständnis unterbreiten, aber eben keine, die nicht bloß hierarchiefrei und ohne tiefere normative Rechtfertigung frei flottieren. Sie sind dann allenfalls logisch möglich, nicht aber geboten.<sup>114</sup> Das ist noch immer allerhand; aber wem damit Genüge getan ist, muss auf die Behauptung, die eigenen methodischen Aussagen als Rechtsfragen reformulieren zu können, verzichten. Wer dazu nicht bereit ist, muss anerkennen, dass Rechtstheorie in dieser Beziehung nur deiktische Funktion für das konkrete Recht einer konkreten Rechtsordnung zukommt. Rechtstheoretisches Reden von primären und sekundären Methoden<sup>115</sup> zerschellt dann schnell an der umfassenden, harten Potentialität des realexistierenden positiven Rechts.

Sozusagen im Ausgleich für diese wissenschaftliche Selbstbescheidung auf den Horizont der Verfassung kann mithilfe der Reinen Rechtslehre aber ein Fragenfeld eröffnet werden, das verschlossen ist, solange man Rechtsmethodik mit rechtsordnungstranszentalem Anspruch betreibt. Denn das Rahmentheorem lebt ja gerade davon, dass sich in weite Rahmen engere schachteln lassen. Vielleicht ist die Suche von verfassungsrechtlichen Prämissen für methodische Weichenstellungen darum in einem von unten auf den Stufenbau schauenden Argumentationskonzept der zweite Schritt vor dem ers-

<sup>111</sup> Siehe etwa Höpfner, Fn. 61, 322 (Gewaltenteilung, Gesetzesbindung, Rechtsstaat); Looschelders/Roth, Fn. 61, 51ff. (Gewaltenteilung, Gesetzesbindung, Rechtssicherheit); Franz Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2020, Rn. 255, 257 (Gewaltenteilung, Rechtsstaat); Tino Frieling, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers*, 2017, 153 ff. (Gewaltenteilung; die Rechtssicherheit lässt er indes gegen die Benützung historischer Argumente streiten: 184 ff.); vgl. auch für die Schweiz Hans Georg Lüchinger, *Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung*, 1954, 95 ff. (Rechtsstaat).

<sup>112</sup> Lüchinger, Fn. 111, 95 ff. Ähnlich Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, 281 f. für die Interpretation von Gesetzeskompetenzen.

<sup>113</sup> Siehe Jestaedt, Fn. 1, ZÖR, 149 f. Methodenfragen als nationale Fragen auch bei Schönberger, Fn. 80, 299.

<sup>114</sup> Merkl, Fn. 41, 1076

<sup>115</sup> Walter, Fn. 1, 196

ten. Denn jedes Rechtsgebiet, jedes Gesetz kann durch seine dezisiven Rahmeneausfüllungen andere methodische Vorgehensweisen nahelegen.<sup>116</sup> Das spiegelt sich nicht zuletzt, wo verfassungsrechtlich Fehlmeldung abgegeben wird.<sup>117</sup> Es finden sich denn auch in letzter Zeit zunehmend Stimmen, die methodische Fragen als Methodenfragen des *Privatrechts*, des *öffentlichen Rechts*<sup>118</sup> oder des *Strafrechts*<sup>119</sup> behandeln.<sup>120</sup>

### 3. Methode und Motiv: Jenseits der Reinheit

Der Dual aus Kognition und Dezision entstammt der Reinen Rechtslehre und weist über sie hinaus. Denn das dezisive Moment ist für die Rechtserzeugung essentiell, aber aus ihr heraus nicht erklärlich. Im Zentrum der reinrechtlichen Rechtserzeugungstheorie liegt Dunkelheit, die juridisch nicht zu erhellen ist. Hier – im „Unreinen“ – liegt auf allen Rechtserzeugungsstufen der politische Kern der Reinen Rechtslehre.<sup>121</sup> Allenthalben und allseits wird politisch entschieden: Etwa darüber, was man sich zu erkennen entscheidet, und darüber, wie man das Verhältnis zu anderen Rahmen bestimmt. Davon hängt ab, für welche der möglichen Rechtserzeugungen sich etwa ein Rechtsanwalt entschließt, um sie zu seiner Deutung zu machen. Und über diese Entscheidungen wird schließlich abermals entschieden: Denn auch, welche der möglichen Rahmeneausfüllung ein Gericht schließlich tatsächlich vornimmt, ist keine rechtliche, sondern (auch) eine politische Entscheidung.<sup>122</sup>

Das Politische bleibt in dieser Lesart nicht äußerlich. Der analytisch-juristische Dezisionsbegriff internalisiert politische ebenso wie ökonomische, philosophisch-moralisch-weltanschauliche oder schlicht strategische Externalitäten. Die Reine Rechtslehre ist von ihren Grenzen durchzogen. Sie rettet das Rationalitätsversprechen des Rechts durch Erwartungsmanagement. Die Reinheit wird durch Kenntlichmachung des Anderen, der „subjektive[n] Zutat“<sup>123</sup>, gesichert.<sup>124</sup> Bestimmtes und zu Bestimmendes gehören zusammen, aber fallen nicht in eins. Könnte man sich im klassischen Auslegungspara-

<sup>116</sup> Das Rahmentheorem verträgt sich insoweit sogar mit Franz Bydlinskis Subtraktionsansatz, der zunächst von einer juristischen Einheitsmethode ausgeht: ders., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, <sup>2</sup>1991, 593 ff. Siehe auch ders./Peter Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, <sup>3</sup>2018, 24 ff.

<sup>117</sup> So identifiziert Jestaedt auf der Ebene des einfachen bürgerlichen Rechts etwa §§ 133, 157 BGB als Rechtserzeugungsregeln: ders., Fn. 8, 348.

<sup>118</sup> Siehe etwa Katja Hemke, *Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht*, 2006.

<sup>119</sup> Für dessen verfassungsrechtlich angelegte Spezialmethodik im Hinblick auf Analogieschlüsse ist das ohnehin einsichtig.

<sup>120</sup> In diese Richtung etwa Waldhoff, Fn. 8, 91 oder auch Schapp, *Die juristische Methode als der Weg zum Verstehen und Anwenden des Rechts*, *JURA* 2001, 217 (218). Nicht umsonst trägt dessen Methodenlehrbuch ja den Titel „Methodenlehre des Zivilrechts“.

<sup>121</sup> Siehe Jestaedt, Fn. 1, Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit, 229; Dreier, Fn. 1, 152; vgl. Achterberg, Fn. 83, 454. Auf allen Stufen des Rechtskataraks flössen neue Ströme des Subjektiven herzu, so bereits Merkl, Fn. 19, 969.

<sup>122</sup> Siehe Kelsen, Fn. 7, 605; ders., Fn. 24, xv.

<sup>123</sup> Merkl, Fn. 19, 963

<sup>124</sup> Siehe auch Jestaedt, Fn. 1, Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit, 229 f. Zu den Herausforderungen eines dies berücksichtigenden Richterbildes siehe Jabloner, Fn. 26, 375.

digma darum der wohlfeilen Selbsttäuschung einer unreflektiert reinen Jurisprudenz hingeben, in der nichts Ideologie sei, oder aber andernfalls zynisch meinen, in einer unreinigten Juristerei sei alles Ideologie,<sup>125</sup> steht in reinrechtlicher Argumentation weder der eine noch der andere Weg offen.

Ist „das Politische“ ins Recht inkorporiert, wird dieses selbst zum Kampfplatz politischer Entscheidung.<sup>126</sup> Je höher man steigt, je offener also der Rahmen wird, umso erbitterter muss und kann gekämpft werden. Man kann – und muss – das Recht aus politischen Motiven heraus erklären und kritisieren.<sup>127</sup> Man kann unwillentlich wirksame oder gar willentlich verschwiegene Erwägungen aus der Dunkelheit ins Licht zerren und durch diese Motivkritik auf reflektierte Änderung des Rechts dringen. Entscheidungen leben davon, dass sie auch anders ausfallen können. Recht ist contingent, weil Entscheidungen es sind. Die Reine Rechtslehre überwälzt die politische Verantwortung für die Gestalt des Rechts in Graden auf jeden Rechtserzeuger<sup>128</sup> und jeden Argumentationsteilnehmer, weil jede und jeder seine eigenen Entscheidungen über Erkenntnis und Entscheidungen über Entscheidungen treffen muss.

Ist die Entscheidung aber gefallen, ist für Nachfolgende aus Dezision der Gegenstand von Kognition geworden. Sie ist dann zwingendes Recht, auch wenn man die Motive, die dazu geführt haben, nicht teilt. Der Rechtsgehalt ist von seiner Genese unabhängig. Doch der Befolgungsimperativ hat eine liberale Pointe, weil politischer Verantwortlichkeit persönliche Unvertretbarkeit sekundiert. Weder muss man die Gründe für eine Entscheidung teilen, um zur selben (Rechts-)Erkenntnis (und Entscheidung) zu kommen, noch hindert autoritative Entscheidung die innere Überzeugung, dass sie hätte anders getroffen werden sollen. Diese Trennung von Genese und Gehalt, von partikularem Motiv und ubiquitären Anspruch, ist die Autonomie des Rechts, die sich in Argumentation über positives Recht verwirklicht.

DR. SEBASTIAN SCHWAB

Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.  
Staatskirchenrecht und Kirchenrecht, Goßlerstraße 11, 37073 Göttingen,  
sebastian.schwab@jura.uni-goettingen.de

<sup>125</sup> Beispiel: Karl-Dieter Opp, Gesetzliche und außergesetzliche Einflüsse auf das Verhalten von Richtern, *ZfS* 1 (1972), 250

<sup>126</sup> „[L]aw is not an end in itself, but [...] a specific social technique for the achievement of ends determined by politics.“ (Kelsen, Fn. 24, xiii)

<sup>127</sup> Vgl. Jestaedt, Fn. 1, Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit, 236. Vgl. ferner Paulson, Fn. 1, 151.

<sup>128</sup> Vgl. zum Richterbild Merkls insoweit Wielinger, Fn. 39, 113 f. Wo dies unverstanden bleibt, tauchen alte Vorwürfe im neuen Gewand auf: So etwa bei Wolfgang Naucke, Die Folgen der reinen Rechtslehre für das Verhältnis von Recht und Politik, in: *Recht und Politik*, hg. von J. C. Joerden/R. Wittmann, 2004, 37 (45 f.).