

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 191

**Rechtsfrage und Tatfrage in der
normativistischen Institutionentheorie
Ota Weinbergers**

Kritik eines institutionalistischen Rechtspositivismus

Von

Rainer Schröder



Duncker & Humblot · Berlin

RAINER SCHRÖDER

**Rechtsfrage und Tatfrage in der normativistischen
Institutionentheorie Ota Weinbergers**

Schriften zur Rechtslehre

Heft 191

Rechtsfrage und Tatfrage in der
normativistischen Institutionentheorie
Ota Weinbergers

Kritik eines institutionalistischen Rechtspositivismus

Von

Rainer Schröder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schröder, Rainer:

Rechtsfrage und Tatfrage in der normativistischen Institutionentheorie

Ota Weinbergers : Kritik eines institutionalistischen Rechtspositivismus /

von Rainer Schröder. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 191)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1998/99

ISBN 3-428-09850-1

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-09850-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort

Im Rechtssystem der modernen Gesellschaft ist das Problem, wie in Rechtspraxis und praktischer Rechtswissenschaft – aus rechtstheoretischer Perspektive gesehen – Rechtsfragen und Tatfragen miteinander korrelieren, bis auf den heutigen Tag höchst umstritten. Zwar ist durch Informations- und Kommunikationswissenschaften die Rationalisierung im Umgang mit Rechtstexten weit vorangetrieben worden, wie das Recht auf der Ebene der Verfassungs- und Gesetzgebung bis hin zur individuellen Entscheidung im Einzelfall gewonnen und fortentwickelt wird, harrt jedoch noch immer einer rechts- und staatsrechtlichen Aufklärung. Auch bedarf der Klärung, welche sozialen Faktoren bei der Normtextbehandlung eine Rolle spielen und in welcher Weise sie dies tun. Hierbei feiern alte und neue Institutionentheorien seit geraumer Zeit fröhliche Urstände.

Die vorliegende Untersuchung unternimmt den Versuch, eine ganz bestimmte Institutionentheorie des Rechts, nämlich diejenige des Grazer Rechtstheoretikers und Philosophen Ota Weinberger, die in den letzten Jahrzehnten in einer Vielzahl weit verstreuter Aufsätze und Monographien vorgetragen wurde, zu rekonstruieren, um die einzelnen Teile ins Mosaik zu rücken und sie sodann kritisch zu durchleuchten. Bekanntlich ist Weinbergers Institutionentheorie des Rechts gekennzeichnet dadurch, daß sie (i) in der Tradition des Normativismus der Wiener bzw. Brünner rechtstheoretischen Schulen von Hans Kelsen und František Weyr steht und deren Lehren auf eigenständige Weise auszuweiten und zu integrieren sucht sowie (ii) durch den für diese Schulrichtung der modernen Rechtstheorie charakteristischen Gesetzes- und Rechtspositivismus. Genau hier setzt die Kritik der vorliegenden Untersuchung an. Diese verfolgt das Ziel, (i) einen eigenen, nicht bloß normativistischen, rechtstheoretischen Standpunkt einzunehmen und dabei (ii) ein Fundament für eine Überwindung des Rechtspositivismus zu erarbeiten. Daß letzterer – zumindest latent – noch immer das deutsche Rechtsdenken bestimmt, ist heute ganz überwiegend wohl keine Frage mehr, sondern im wesentlichen unbestritten. Die weitere Frage, was an seine Stelle zu treten hätte, steht freilich auf einem ganz anderen Blatt.

Durch diese Vorgaben bedingt, untergliedert sich die Untersuchung in drei Abschnitte: Im ersten Abschnitt werden normen-, staats- und gesellschaftstheoretische Grundlagen für die Gewinnung eines eigenständigen Standpunkts erarbeitet. Dabei wird zunächst die überkommene Dichotomie von Sein und Sollen zurückgewiesen, die – wenn auch in eine syntaktisch-semantische Kategorial-

unterscheidung umgebaut – für die Rechtstheorie Ota Weinbergers von zentraler Bedeutung bleibt: Für eine rechtsrealistische Betrachtungsweise ist eine solche, vermeintlich abschließende Dichotomie von Sein und Sollen schon deshalb inadäquat, weil sie den *praktischen Erzeugungszusammenhang*, unter dem in der modernen Gesellschaft die Produktion und Reproduktion von Recht abläuft, ausblendet und zu einer unzulänglichen Spaltung der Rechtswelt führt. Demgegenüber wird daran festgehalten, daß das Recht der modernen Gesellschaft in empirisch beobachtbaren sozialen *Aktivitäten* produziert und reproduziert wird. Hieraus ergibt sich die Frage, ob es sich bei derartigen Aktivitäten stets um sogenannte *Staatsakte* handelt, die eine Suche nach einem realistischen Staatsbegriff einleitet und in den Bereich der von Max Weber geprägten, modernen Organisationstheorie führt. Um die soziale Umwelt der Organisationen des Staates zu erfassen, geht die Untersuchung zum Ausklang dieses Abschnitts zur Freilegung der Grundlagen einer evolutionstheoretisch fundierten Theorie des Rechts der Gesellschaft im Werk Theodor Geigers über.

Nachdem so auch ein gewandelter Begriff der Rechtsgeltung erarbeitet worden ist, widmet sich der zweite Abschnitt der Untersuchung der Eigenart und den Strukturelementen der sozialen Institutionen, insbesondere derjenigen von Rechtsordnung und Recht bis hin zum institutionell vorgeformten Rechtshandeln. Hier wird zunächst evaluiert, auf welche Art und Weise die sprachanalytisch geprägte Institutionentheorie Weinbergers diesen Gegenstandsbereich abhandelt. Dabei zeigt sich, daß der Weinbergersche Umbau der Sein-Sollens-Dichotomie in eine syntaktisch-semantische Kategorialunterscheidung an Prämissen aufgehängt ist, die dem logischen Positivismus entlehnt sind. Die folgenden Darstellungen dienen der Aufdeckung der Schwierigkeiten, in welche die Weinbergersche Rechtstheorie durch diese Vorgehensweise auf Ebene der Selbstreflexion ihrer Sprachverwendung bis hin zu einer sinnverstehenden (hermeneutischen) Theorie des Rechts gerät. Ihnen folgt eine Auseinandersetzung mit der formalistischen Handlungstheorie Weinbergers, die – bei aller sprachanalytischen Grundlegung – erhebliche subjektphilosophische Erblasten in sich trägt. Die Untersuchung schlägt dieses Erbe durch die Umstellung auf eine Theorie sozialer Kommunikation im Sinne der modernen Systemtheorie Niklas Luhmanns aus. Dies bedingt die Reformulierung einer intentionalen Handlungslehre, die den Begriff der *Person* zu ihrem Zentralbegriff erhebt. Damit eröffnet sich die Möglichkeit zu einer Ablösung der normativistischen Institutionentheorie Weinbergers durch einen realistischen Ansatz, der sich am Werk Helmut Schelskys orientiert. Hier wird nachgewiesen, daß mit einer solchen Institutionentheorie des Rechts der Übergang zu einer „nachpositivistischen“ Sichtweise erreicht ist, und – gegen „konservative“ Tendenzen im überkommenen Institutionalismus – auch und gerade der temporale Charakter der normativen Strukturbildung in allen sozialen Institutionen hervorgehoben. Den Abschluß des zweiten Abschnitts bilden die notwendigen Folgerungen, die sich

für ein realistisches Verständnis von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft im Hinblick auf die institutionell-organisatorische Rationalität des Rechts ergeben.

Die kritische Auseinandersetzung mit der Normen- und Institutionentheorie Weinbergers wirft die Frage auf, ob es *jenseits* des tradierten Gesetzes- und Rechtspositivismus eine *nicht* mehr positivistische Normen- und Handlungstheorie gibt, die unser praktisches Erleben und Handeln sowie die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem geltenden Recht anzuleiten vermag. Der Erörterung dieser bis auf den heutigen Tag ungelösten Problematik dient der dritte und letzte Abschnitt der Untersuchung. Da auch die Vorläufertheorie des Rechtspositivismus, das sogen. Natur- und Vernunftrechtsdenken, noch nicht gänzlich überwunden ist und im zeitgenössischen Rechtsdenken immer wieder Verwirrung stiftet, stellt sich die Frage, wie jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus über die *Positivität* des Rechts geforscht werden kann. In der Konsequenz richten sich die folgenden Darlegungen auf den für das Werk Kelsens typischen volitiven Setzungspositivismus, der ebenso zurückgewiesen wird wie das Weinbergersche Nachfolgeprogramm eines kognitiven Logizismus. Demgegenüber wird die Positivität des Rechts durchgängig im Sinne systemischer *Selbstreferenz* verstanden. Zugleich wird die Autonomie des Rechtssystems in einer systemischen *Eigenlogik* ausgewiesen, die sich in der wechselseitigen Konditionierung der rechtlichen Kommunikationen manifestiert. Damit wird es möglich, kritisch-emanzipatorischen Überlegungen einer reflexiven Jurisprudenz im Sinne von Habermas, Teubner u. a. entgegenzutreten. Diesen wird entgegengehalten, daß sich für ihre Leitbedingung *einer* universellen und gesellschaftsweiten Ratio unter den Bedingungen der modernen Gesellschaft kein Standort mehr ausfindig machen läßt. *Gesellschaftliche Rationalität* erweist sich unter den Bedingungen der Moderne als partikularisiert; sie verteilt sich über die gesellschaftlichen Funktionssysteme, die jeweils als Vollzieher spezifischer Eigenrationalitäten anzusehen sind. Da sich dieser Prozeß der Systemdifferenzierung innerhalb der Funktionssysteme wiederholt, ist es möglich, die spezifischen Rationalitätsbedingungen der staatlichen Entscheidungspraxis von anderen Teilsystemrationalitäten innerhalb des Rechtssystems der modernen Gesellschaft zu unterscheiden. Zugleich können dem überkommenen Rechts- und Gesetzespositivismus Grenzen gezogen werden: So besteht das Recht der modernen Gesellschaft aus einem Netzwerk unterschiedlicher Sozialsysteme, die jeweils nicht isoliert tätig werden, sondern durch mehr oder weniger festgelegte Kommunikationspraktiken miteinander verbunden sind. Hierzu gehören etwa Gesetzgebungs- und Verwaltungsinstanzen, Gerichte, Beschwerdeführer, Interessengemeinschaften, Verbände und Vereine sowie eine Vielzahl von Interaktionssystemen bzw. nicht organisierten Institutionen. Da sich hierbei keine Vorherrschaft eines Teilsystems über die anderen rechtlichen Teilsysteme feststellen läßt, bleibt ein etatistischer Rechtspositivismus abschließend endgültig in seine Schranken zu verweisen.

Die Untersuchung wurde im Wintersemester 1998/99 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Zu großem Dank verpflichtet bin ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Werner Krawietz, der den Prozeß der Entstehung der Arbeit durch eine Vielzahl von Hinweisen und Hilfestellungen mustergültig gefördert hat. Danken möchte ich auch dafür, daß ich durch die Teilnahme an dem von Professor Krawietz geleiteten Doktoranden-seminar die Möglichkeit hatte, diverse Probleme vorzutragen und zu diskutieren. Mein besonderer Dank gilt ferner Herrn Professor Dr. Dr. Ota Weinberger selbst, der mir während eines Forschungsaufenthalts in Münster unmittelbar zu Beginn meiner Untersuchungen in langen Gesprächen Gelegenheit gab, mich mit seinem Rechtsdenken vertraut zu machen. Für eine Reihe von Anregungen danke ich Herrn Professor Dr. Hans Lenk, Karlsruhe, Herrn Professor Dr. Robert S. Summers, Cornell University, Ithaca, sowie Herrn Professor Roberto J. Vernengo, Buenos Aires.

Darüber hinaus gebührt mein Dank dem Institut für Begabtenförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., das die Entstehung der Untersuchung durch ein mehrjähriges Graduiertenstipendium unterstützt hat. Herrn Dr. Michael Müller spreche ich in diesem Zusammenhang für vielfältige Anregungen, die ich in den von ihm geleiteten Seminaren des Instituts erfahren habe, meinen besonderen Dank aus; entsprechendes gilt auch für meine Mitangehörigen des aus diesen Seminaren hervorgegangenen Wildunger Kreises e. V.

Herrn Professor Dr. jur. h. c. Norbert Simon, dem Geschäftsführenden Gesellschafter des Verlags Duncker & Humblot, danke ich dafür, daß er meine Untersuchung durch die Aufnahme in die Schriftenreihe zur Rechtstheorie großzügig gefördert hat.

Schließlich, aber gewiß nicht zuletzt, möchte ich Yvonne Schütze ganz herzlich für ihre tatkräftige Unterstützung und auch dafür danken, daß sie großmütig die Stimmungswechsel ausgehalten hat, denen ich während der Entstehung der Untersuchung ausgesetzt war. Ebenso herzlich bedanke ich mich bei meinen Eltern, die mir das Studium der Rechtswissenschaften ermöglicht und auch die Entstehung dieser Untersuchung durch eine Vielzahl von Unterstützungen verschiedenster Art gefördert haben. Ihnen widme ich dieses Buch.

Berlin, im Herbst 1999

Rainer Schröder

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Soziale Evolution des Rechts

§ 1 Identifikation der Rechtsnorm.....	15
1. Normsatz und Norm.....	15
a) Subsumtion als Modell juristischer Argumentation	15
b) Neuer Institutionalismus – diesseits oder jenseits von Sollen und Sein? .	17
2. Imperativische Struktur von Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit.....	21
a) Aktabhängigkeit der Rechtsnorm.....	25
b) Programmierendes Entscheiden und programmiertes Entscheiden.....	26
3. Norm und Sanktion	28
a) Begriff normativer Erwartung.....	28
b) Temporaler Bezug normativen Erwartens.....	30
§ 2 Grundzüge einer Theorie des modernen Staates bei Karl Olivecrona, Rudolf von Ihering und Max Weber	33
1. Ablösung des rechtspositivistischen Begriffs der Rechtsregel.....	33
a) Recht als normatives soziales Faktum	34
b) Recht ohne Staat	35
2. Staat als bürokratische Organisation.....	38
a) Bürokratie und Herrschaft.....	39
b) Rechtssatz, Rechtsnorm, Rechtsregel.....	47
§ 3 Rekonstruktion und Reformulierung einer funktionalistischen Theorie des Rechts bei Theodor Geiger	50
1. Soziale Ordnung.....	50
2. Rechtsordnung als normative Struktur von Gesellschaft	54
a) Dynamik und Statik von Gesellschaft.....	54

b) Strukturelle Rahmenbedingungen der Evolution des Rechts	56
3. Geltung, Verbindlichkeit und Wirksamkeit des Rechts	59
a) Staatsorganisation und gesellschaftliche Machtstruktur.....	61
b) Geltung, Verbindlichkeit und Wirksamkeit der Rechtsordnung	62
c) Geltung, Verbindlichkeit und Wirksamkeit der Rechtsnorm	66

Zweiter Abschnitt

Soziale Institutionen in sprachanalytischer oder rechtsrealistischer Perspektive?

§ 4 Begriff der Institution bei Ota Weinberger	69
1. Ablösung eines normativistischen Systembegriffs	69
a) „Idealentität“ und institutionelles Faktum	70
b) Selbstreflexionen der Weinbergerschen Rechtstheorie	74
c) Analytischer Logizismus oder Sinnverstehende Theorie des Rechts?	77
2. Reduktionismus der normativistischen Handlungstheorie	80
a) Subjektphilosophische Anleihen der Weinbergerschen Normentheorie .	80
b) Reformulierung einer intentionalistischen Handlungstheorie	82
3. Normativismus und Realinstitutionen	86
a) Kritik einer Dichotomisierung des Institutionsbegriffs	87
b) Sinnhaftigkeit des institutionellen „Sachsubstrats“	88
c) Spontane Institutionsbildungen	90
§ 5 Objektivierter Sinn und Rechtshandeln in der nachpositivistischen Institutio- nentheorie von Helmut Schelsky	91
1. Genese und Geltungsgrundlagen sozialer Institutionen	91
a) Juristische Institutionentheorien	92
b) Institution und Organisation	95
2. Soziale Institutionen in ereignis- und strukturtheoretischer Perspektive	97
a) Temporalstrukturen institutionellen Handelns	98
b) Struktur und Ereignis	100
c) Stabilität und sozialer Wandel in den Institutionen	101
3. Juridische Rationalität als institutionell-organisatorische Rationalität.....	106

a) Rationalität eines universellen Diskurses? 106
b) Rationalität der Rechtspraxis und Rationalität der dogmatischen Rechtswissenschaft 108

Dritter Abschnitt

Jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus

§ 6 Positivität als Selbstreferenz des Rechts der modernen Gesellschaft 111
1. Selbstproduktion des Rechtssystems 111
a) Volitiver Setzungspositivismus 112
b) Kognitiver Logizismus 114
c) Basale Selbstreferenz 115
2. Systemische Reflexivität des Rechts oder reflexives Recht? 118
a) Autonomie und normativ strukturelle Kopplungen 118
b) Reflexives Recht? 123
3. Rationalität staatlich organisierter Rechtssysteme 125
a) Der Begriff der Systemrationalität in der älteren Systemtheorie 125
b) Neuere Konturen des Begriffs der Systemrationalität 126
§ 7 Grenzen des Rechtspositivismus 129
1. Identität von Staat und Recht? 129
a) Normative Identität von Staat und Recht? 129
b) Funktionale Identität von Staat und Recht? 131
c) Partikularistisches Recht 135
d) Gerichte als Zentrum des Rechtssystems? 139
2. Rückblick und Ausblick 140
Schrifttumsverzeichnis 146
Sachregister 160

Erster Abschnitt

Soziale Evolution des Rechts

§ 1 Identifikation der Rechtsnorm

1. Normsatz und Norm

Das Phänomen der Rechtsnorm wird in den Bereichen der Rechtspraxis und der dogmatischen Rechtswissenschaft üblicherweise mit den Vorschriften staatlicher Gesetzestexte gleichgesetzt. Damit ist die Vorstellung verbunden, daß sich die genannten Bereiche bei ihren Bemühungen um eine Identifikation der Rechtsnormen allein mit Normsätzen auseinanderzusetzen haben, in denen das Recht des Einzelfalls als Fertigprodukt griffbereit „at hand“ liegt, oder zumindest: aus denen es vermittels gesicherter juristischer Interpretationsmethodik zu extrahieren ist.

a) Subsumtion als Modell juristischer Argumentation

Ganz in diesem Sinne geht zumindest die Strafrechtswissenschaft vor dem Hintergrund des Grundsatzes „nullum crimen sine lege scripta“ wohl zentral von der Vorstellung aus, daß man in der strafrechtlichen Einzelfallentscheidung ein „Musterbeispiel ... nackter Gesetzesanwendung“ habe.¹ Der rechtssprechende Strafrichter orientiert danach seine ganze Tätigkeit an den durch gesetzgeberische Akte in die Welt gesetzten Rechtssätzen; er kann „nur eine solche Entscheidung verantworten ..., die er aus dem Gesetz begründen und d. h. ableiten kann“.² Nach dieser Vorstellung schält der Strafrichter bei der Urteilsfindung gedankliche Sollenselemente aus den generell gefaßten gesetzlichen Vorschriften heraus und gelangt so zu einer individuellen Regelung, welche die Rechtsfolge für den konkreten Fall zum Ausdruck bringt. Dieser Prozeß stellt im wesentlichen ein begriffliches Deduzieren, eine strenge logische Ableitung, dar: „Einem Forderungssatz läßt sich ein Aussagesatz subsumieren

¹ *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983, S. 45.

² *Ebd.*, S. 49.

und dadurch wieder ein Forderungssatz gewinnen.“³ Das damit zum Ausdruck gebrachte Schema der Rechtsgewinnung im Einzelfall läßt sich durch folgendes Beispiel illustrieren: Jeder Mörder soll mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden (Obersatz); X ist ein Mörder (Untersatz); also soll X mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden (Schlußsatz).

Es ist hier nicht der Ort, das soeben dargestellte Modell eines juristischen Syllogismus durch die Aufzählung seiner immanenten Problematiken zu kritisieren.⁴ Statt dessen bietet es sich an, darauf einzugehen, daß die hier vorausgesetzte Identität von Gesetzestext und Recht schon durch die – gewöhnlich eher zivilrechtlich orientierten – Vertreter einer „dialektischen Hermeneutik“ heftigen Widerspruch erfahren hat.⁵ Während die Konstitution von Sachverhalten durch die Erhebung rechtsrelevanter Tatsachen im Modell des Syllogismus allein bei der Begründung von Untersätzen eine Rolle spielt, ohne die Implikation der logisch-deduktiven Art und Weise der Einzelfallentscheidung zu durchbrechen, wird sie von den Vertretern dieser Lehre zu eben diesem Zwecke genutzt. Die Produktion einer konkreten Rechtsentscheidung stellt sich demzufolge als ein gleichermaßen deduktiver wie induktiver Prozeß dar: Zwischen Gesetzestexten und Sachverhalten besteht insofern eine ständige Wechselwirkung, als der rechtssprechende Jurist zur Gewinnung der konkreten Entscheidung seinen Blick beständig zwischen Rechtstext und Sachverhalt „hin und her wandern“ lassen muß.⁶

Darüber hinaus sieht man hier auch den Text gesetzlicher Normsätze mit Grund als in der Regel so stark abstrahiert an, daß er keinesfalls von Anfang an und für alle Zeiten feststehend bestimmen kann, welche zukünftigen Informationen die im Text vorgesehene Rechtsfolge auslösen sollen. Da in der Rechtswirklichkeit niemals zwei völlig identische Sachverhalte auftreten, sehen sich die Einzelfallentscheider stets vor die Frage gestellt, ob eine immer vorliegende Abweichung des von ihnen zu begutachtenden Sachverhalts von den schon vermittels des gesetzlichen Entscheidungsprogramms gelösten Sachverhalten unerheblich ist oder dessen Nichtanwendung zur Folge haben muß. Auf diese Weise entsteht eine reiche Kasuistik, die sich um die entsprechenden Rechtstexte rankt und die Bestimmung des normativen Entscheidungsprogramms

³ Ebd., S. 48.

⁴ Vgl. insoweit ebd., S. 63 ff.

⁵ Hierzu und zum folgenden siehe *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6., neu bearbeitete Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991, S. 204–214. Auf den philosophischen Hintergrund der dialektischen Hermeneutik, den Larenz, ebd., S. 458 f., in der Hegelschen Lehre von konkreten oder konkret-allgemeinen Begriffen benennt, kann hier nicht weiter eingegangen werden.

⁶ Dieses von *Karl Engisch*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3., ergänzte Aufl., Heidelberg 1963, S. 15, stammende Bild wird von *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Fn. 5), S. 207, übernommen.

immer weiter fortführt.⁷ Die Produktion konkreter Rechtsentscheidungen erscheint damit als ein Prozeß, an dessen Anfang der nur scheinbar eindeutige und leicht anzuwendende Gesetzestext steht. Dieser Text erfährt aber erst in der Anwendung seine Konkretisierung, und am Ende dieser Anwendung (sofern ein solches Ende überhaupt einmal eintritt) steht ein um ihn herum entstandenes „Netzwerk von Auslegungen, Einschränkungen und Ergänzungen, das seine Anwendung im einzelnen reguliert und seinen Inhalt, so wie er nunmehr als maßgeblich angesehen wird, weitgehend, in extremen Fällen fast bis zur Unkenntlichkeit, verändert hat“. So bedingen sich Anwendung und Auslegung gegenseitig, „die zum Zwecke der Anwendung vorgenommene Auslegung der Norm setzt, bei fortgeschrittenem Prozeß, nicht bei der Norm, so wie sie ‚da steht‘, an, sondern nimmt die bisherigen Auslegungen mit in den Blick“.

b) Neuer Institutionalismus – diesseits oder jenseits von Sollen und Sein?

Bei aller Kritik an dem geläufigen Subsumtionsmodell dogmatischer Rechtswissenschaft setzt damit im Ergebnis auch seine dialektisch-hermeneutische Variante zunächst eine Trennung von Recht und Lebenssachverhalt voraus, die sie erst bei der konkreten Rechtsentscheidung im Einzelfall überwinden will. Beide Modelle reihen sich damit in eine Tradition ein, welche die beiden Aktionsbereiche erst bei dieser Entscheidung aufeinander bezieht, durch die das gesetzgeberische Normprogramm in eine individuelle Perspektive verlängert wird. Der Grundlage nach setzt die hier aufbrechende Vorstellung voraus, daß der Bereich des Rechts, als allein mit normativer Dignität ausgestattet, dem Bereich der Sachverhalte, die als bloß seiend angesehen werden, gegenüberzustellen ist. Im Ergebnis eng mit dieser Vorstellung verwandt ist nun das Modell einer echten Dichotomie zwischen Normativität und Faktizität, das im Bereich aktueller rechtstheoretischer Ansätze in prominenter Weise von Ota Weinberger vertreten wird. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei hier sogleich notiert, daß sich eine derartige Dichotomisierung gegenüber den voranstehend präsentierten Modellen auf wiederum andere, *philosophische* Positionen beruft, deren Herkunft Weinberger im Hinblick auf Hume, Kant oder Poincaré benennt.⁸ Ohne daß hier auf derartige Positionen näher eingegangen werden kann, muß doch auffallen, daß diese strikte Trennung offensichtlich in der Tradition der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens steht, welche der *Rechtstheorie* über die Einführung einer *methodologischen* Kategorialdifferenz von Sollen und Sein

⁷ Hierzu und zum folgenden siehe *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 211 ff.

⁸ *Ota Weinberger*, Institutionentheorie und Institutionalistischer Rechtspositivismus, in: ders., Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie, Stuttgart 1987, S. 143–181, 175.