

### **III.**

## **Thesen**



# I. Die Rechtswissenschaft im System der Wissenschaften

## 1. Markus Abraham: Rechtsprechung als Wahrmacher

– Eine vertrauensorientierte und pragmatische Konzeption von Wahrheit im Recht

- Es gibt ein sinnvolles Verständnis von *Wahrheit* im Recht – und zwar nicht bloß als Fiktion oder regulative Idee. Und zwar ist Wahrheit im Recht in der Vorstellung zu finden, dass die beteiligten Akteure eine gemeinsame Sichtweise auf ihre normativen Verpflichtungen entwickeln – eine Sichtweise, auf die alle Beteiligten vertrauen können.
- Da in Gesellschaften – und ganz allgemein: fast jedem interpersonalen Rechtsverhältnis – diese native gemeinsame Sichtweise nicht (mehr) natürlich besteht, bedarf es eines Mechanismus, der diese Sichtweise herstellt: die Gerichte. Die Richtenden sind daher in den Prozess, Wahrheit im Recht zu etablieren, konstitutiv eingebunden.
- Allerdings sind die Gerichte nicht ungebunden in der Etablierung von Wahrheit im Recht, vielmehr sind Sicherungsmechanismen eingerichtet, hier Wahrscheinlich-Macher genannt, die das von den Gerichten Etablierte erst so erscheinen lassen, dass das gefundene Ergebnis die erwähnte gemeinsame Sichtweise in bestmöglicher Weise erreicht.
- Wahrheit im Recht liegt also bei den Gerichten, die – koppelt man Wissenschaftlichkeit mit Wahrheitsstreben – Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler par excellence sind. Dies bedeutet jedoch keine Zurücksetzung der Rolle der Rechtswissenschaft, spricht vielmehr für eine enge Verzahnung von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

## 2. Kristina Peters: Die Objektivität juristischer Erkenntnis. Implikationen von Max Webers Wissenschaftstheorie für die Rechtswissenschaft

- Die Forderung nach „Objektivität“ geht davon aus, dass unabhängig von unseren persönlichen Einstellungen und Wertungen eine Wirklichkeit existiert, die wir beschreiben können. Max Weber legt ein vierschrittiges Programm vor, wie ein objektiver Umgang mit Werturteilen aussehen soll. Dieses zielt auf die Untersuchung von Zweck-Mittel-Relationen und die Axiomatisierung von Werten.

- Die Auseinandersetzung mit Max Weber lohnt – gerade auch mit Blick auf das wissenschaftstheoretische Fundament der Rechtswissenschaft. Er hilft zu verstehen, welche Rolle Werte 1.) im Rechtssystem und 2.) in unserem Umgang mit ihm spielen und leitet dazu an, die deskriptive wissenschaftliche Tätigkeit von dem Fällen eigener ethischer Stellungnahmen zu unterscheiden. Webers Konzept ermöglicht ein besseres Verständnis des Rechts: Dieses ist eine Sammlung von Axiomen, Ideen und Werturteilen, ordnet die Wirklichkeit in idealtypischer Weise und macht die Rechtswissenschaft zu einer „Wissenschaft zweiter Ordnung“.
- Gleichzeitig kann und darf die wissenschaftstheoretische Arbeit nicht bei Weber stehen bleiben, sondern hat insbesondere mit Blick auf die Ermittlung der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke über ihn hinauszugehen. Das Gegenüber von beschreibender (wissenschaftlicher) und bewertender (nichtwissenschaftlicher) Tätigkeit ist als Spektrum zu verstehen: Auch Beschreibungen sind – in unterschiedlichem Maße – wertend.

### 3. Bettina Rentsch: Traditionelle und kritische Rechtstheorie

- Eine Theorie ist traditionelle Theorie, wenn sie nicht um das Gegebensein ihrer Axiome in der Wirklichkeit besorgt ist. Eine positivistische Rechtswissenschaft ist demnach „traditionelle Theorie“, weil sie mit normativen Unterstellungen wie Privatautonomie, Willensfreiheit etc. arbeitet, die sich mit Mitteln rechtswissenschaftlicher Erkenntnisfindung nicht verifizieren lassen. Dogmatische Rechtswissenschaft ist als positivistische Rechtswissenschaft einem traditionellen Theorieprogramm verpflichtet.
- Eine Theorie ist kritische Theorie, wenn sie ihre Entstehungsbedingungen, ihre Praxis und ihre Entwicklung fortlaufend hinterfragt (Kontingenzbewusstsein), darauf aufbauend Erkenntnis nicht deduktiv, sondern reflexiv modelliert (Reflexivität) und hieraus eine skeptisch-selbsthinterfragende Weltsicht entwickelt (Dialektik) mit dem Ziel, durch Theoriearbeit gesellschaftliche Emanzipation zu erreichen (Emanzipation).
- Rechtswissenschaft weist Züge kritischer Theorie auf: Einerseits arbeitet sie als *Jurisprudenz* mit gesellschaftlicher Praxis und nicht mit deren Idealbild. Andererseits, geht es ihr zumindest auch um die Realisierung rechtsimmanenter Ideale wie Freiheit, Waffengleichheit und Selbstbestimmung. Das setzt voraus, dass positives Recht nicht allein deswegen als legitim gilt, weil es für sich beanspruchen kann, auf nicht positivem

Recht wie Gewohnheitsrecht oder gesellschaftlicher Praxis aufzubauen. Seine Legitimität muss vielmehr die gesonderte Feststellung voraussetzen, dass ihre Modelle die gesellschaftliche Realität abbilden oder dass sie, verneinendenfalls, Mechanismen einsetzt, die diese Modelle realisieren sollen. Privatrechtskodifikationen sind damit nur legitim, wenn es ihnen um die Herstellung materialer Freiheit geht.

- Eine emanzipatorische und damit kritische Rechtstheorie muss zunächst Recht in all seinen Dimensionen erfassen können. Dazu gehört vor allem die Einsicht, dass Recht nicht nur ein Konfliktlösungsmechanismus, sondern auch ein Konfliktherd sein kann; ebenso, dass es Ungleichheiten nicht nur beseitigen, sondern sie auch vertiefen kann. Das erfordert Skepsis gegenüber Recht als Kommunikationsinstrument, die aber nicht unbedingt das Gepräge einer Rechtskritik i.e.S. im Sinne einer Kritik an der Formsprache Recht annehmen muss.
- Will sie das Gepräge einer kritischen Rechtstheorie annehmen, muss Rechtswissenschaft akteurssensibel arbeiten. Wer entwickelt das Gebilde „Recht“ also auf welchem Weg und mit welchem Erfolg weiter, welche sozialen Praktiken werden zu Recht und welche nicht? Das dient dem Ziel, die Vorhersehbarkeit einer fehlenden Zielkompatibilität im Gebrauch von Recht zu steigern.
- Kritische Rechtswissenschaft muss zwingend „kritische Theoriepraxis“ sein. Sie muss die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ernstnehmen, um ihr Ziel einer Transformation der Gesellschaft hin zu materialer Freiheit zu erreichen. Sie darf sich aber nicht auf Theoriearbeit beschränken, sondern muss vielmehr etablierte rechtswissenschaftliche Denkvorgänge kontextualisieren, hinterfragen, sie aber vor allem im Ausgangspunkt ernstnehmen. Damit ist selbstverständlich das Eingeständnis verbunden, dass die Skepsis an der Wissenschaftlichkeit juristischer Kommunikation – und vor allem der dogmatischen Rechtswissenschaft – nicht zu einer Abkehr von dieser führen darf. Kritische Rechtswissenschaft erreicht ihr Ziel einer Materialisierung der Modelle, die dogmatische Rechtswissenschaft mitunter als gegeben voraussetzt, nur durch dieses Eingeständnis. Sie muss in einen Austausch mit denjenigen treten, die Recht tatsächlich gestalten und entwickeln – der Rechtspraxis.
- Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft? Aus Sicht der kritischen Theorie lautet die Antwort: Sie muss es sein.

## II. Das wissenschaftstheoretische Fundament der juristischen Methodik – Bedingungen der Möglichkeit von Recht

### 4. Amadou Korbinian Sow: Die Rolle der Intention für die Bedeutung

- Das Recht strebt nach Einheit. Das wirkt sich rechtstheoretisch auf verschiedenen Ebenen der Rechtsordnung aus. Mit dem Einheitsstreben gilt es umzugehen, wenn etwa Konzepte wie Normerzeugung, Norminterpretation, Staatlichkeit und Repräsentation entwickelt werden.
- Ein Weg des Umgangs ist ein Fokus auf das Willensparadigma. Damit sind – mal mehr, mal weniger bewusste – voluntaristische Momente in der Rechtstheorie gemeint. Sie führen dazu, dass die normative Ordnung als Willensordnung gedacht und beschrieben wird. Danach beruhen Normen auf dem Willen der Rechtssubjekte – sowohl auf der individuellen wie auf der kollektiven Ebene.
- Die Willenseinheit einer Rechtsgemeinschaft wird heute typischerweise im Staat verortet. Er ist dann zugleich Produkt der Willenskongruenz wie Garant der Ordnung, die die Möglichkeit der Willensäußerung, das Gehör des Rechts, überhaupt erst stiftet. Mehr noch: Ihm wird geläufig die Aufgabe auferlegt, als die Entität zu fungieren, die die Willenskongruenz zumindest darstellt, wenn nicht gar den in ihr sublimierten Einheitswillen äußert.
- Die Idee der Repräsentation ist es wiederum, die diese Darstellung beziehungsweise Äußerung auf die Staatsebene transponiert. Unter der Ägide des Willensparadigmas bezweckt sie, dass das Volk als Souverän – als „souveräner Willensverband“ (*Smend*) – sein Abbild finde auf der staatlichen Ebene. Auf diese Weise wird die Vielzahl der Rechtssubjekte in einem Staatsganzen sublimiert.
- Diese Idee von Repräsentation erfordert mindestens implizit einen Modus der Vermittlung, um die Kongruenz von Repräsentant und Repräsentierten abzusichern. Das Willensparadigma stellt eine voluntaristische Kongruenz in Aussicht. Der Volkswille decke sich mit dem Repräsentantenwillen. Die cartesianische Fundierung aller Erkenntnis im Subjekt wird gleichsam überpersonal verlagert. Die Demokratie wird hierdurch Komplementärkomponente zum Voluntarismus.

- Um eine Willensdeckung festzustellen, braucht es aber eine zusätzliche Wendung. Der Wille will verstanden sein, um auf höherer Ebene widerspiegelt werden zu können. Es ergänzt eine hermeneutische Kongruenz die voluntaristische. Der Wille wird um ein Element des gemeinsamen Verstehens ergänzt.
- Ein solches starkes Verstehenskonzept hält aber einer hermeneutischen Kritik nicht stand. Denn Sprache ist – wie die Individuen, die sie sprechen – kein starres, vorab festgelegtes Gefüge von Bedeutungen, sondern ein dynamisches Geschehen. Identität als Einheitsziel ist weder im Subjekt noch in der Sprache lozierbar. Wer spricht, verändert unablässig das Sprechen.
- Hermeneutik als Kunst des Verstehens wird dadurch nicht gegenstandslos. Ihr Projekt kann sich jedoch nie im Ausbuchstabieren eines reinen Nachvollzugs erschöpfen, sondern muss sowohl die kontextuellen Konstitutionsmodalitäten von Bedeutung als auch den verschiebenden Moment jeder Bedeutungszuschreibung mitbedenken.
- Ob man nun einer „harmonischen“ Hermeneutik oder einer pluralisierten anhängt, hat lebensweltliche Konsequenzen. Wie Intention und Bedeutung konzipiert werden beeinflusst die epistemologischen Möglichkeiten eines jeden Gesellschaftsentwurfs mitsamt ihren juristischen und politischen Konsequenzen. Die Versuche, die Spaltung des Individuums in einer imaginierten Einheit zu überwinden, haben gerade zu ihrer Vertiefung geführt. Konflikte um Anerkennung und Gleichheit können nicht vollends anhand der Paradigmen von Repräsentation, Wille und Verstehen aufgelöst werden. Daraus folgt eine gewisse normative Zurückhaltung und eine freiheitlich begründete Grenze der Verrechtlichung zugunsten gesellschaftlicher Offenheit. Diese Freiheit zu verwirklichen, erfordert jedoch – entgegen der Intuition – womöglich gewisse Bestände des soziopolitischen Prozesses außerhalb der Erklär- und Diskutierbarkeit zu stellen.

#### 5. Jannis Lennartz: Wir Ingenieure: Dogmatik durch konstruktive Rechtswissenschaft

- Die Problematik, die „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtswissenschaft zu bestimmen, hängt zu einem guten Teil an ihrer Verbindung mit der Praxis. Das Bindeglied bildet die Rechtsdogmatik: Rechtswissenschaftliche Arbeit ist zu einem guten Teil Arbeit an den (dogmatischen) Begriffen,

mit denen juristische Praktiker in Gerichten und Behörden, Kanzleien und Unternehmen arbeiten. Die geteilte Sprache, die Arbeit an und mit ihr, führt Wissenschaft und Praxis eng zusammen.

- Juristen haben ihre Wissenschaftlichkeit oft weniger in Abgrenzung zur Praxis definiert, als vielmehr in Abgrenzung zu Nicht-Juristen: Der Gesetzgeber und seine nicht anders als kontingent zu begreifenden „Eingriffe“ in die juristisch hergestellte Ordnung des (lange römischen) Rechts wurden als Gefahr nicht nur für die eigene Machtstellung, sondern gleich auch die Wissenschaftlichkeit des Rechts und damit seiner Interpreten wahrgenommen. Dabei ist der Anteil der Juristen am Recht erstaunlich stabil: Jherings Diktum, dass die Rechtswissenschaft sowohl „receptiv“ wie „konstruktiv“ ist, trifft auch lange nach der Umstellung vom römischen Recht auf moderne Gesetze noch zu. Was die Privatrechtler an Autonomie gegenüber der Politik verlieren, gewinnen die Verfassungsrechtler durch die Grundrechte hinzu: Ein Bereich des Rechts, der Politikern nur schwer verfügbar ist.
- Durch die Kombination von Gesetzespositivismus und materiell gehaltvollem Verfassungsrecht hat sich die juristische Methode verändert. Stand früher neben der Interpretation die primär horizontal orientierte Konstruktion, wird unter dem Grundgesetz vor dem Hintergrund des Aufstiegs der Grundrechte eine neue Vertikaldogmatik wichtig. In ihr geht es weniger darum, den Inhalt von Gesetzen oder anderen Rechtsquellen begrifflich zu ordnen, sondern durch die in der Normenhierarchie privilegierten Grundrechte dogmatische Innovationen in verschiedenen Rechtsgebieten zu erzeugen.

#### 6. Rike Sinder: Republikanische Rechtstheorie: Zu Rolf Gröschners Verortung der Subsumtion zwischen Technik und Theorie

- Die Subsumtion gilt als Herzstück juristischer Arbeit. Und doch kann von einem Konsens mit Blick auf ihre Struktur wie ihren Nutzen kaum die Rede sein: Manch einer hält ordnungsgemäßes Urteilen (oder jedenfalls die Darstellung der Urteilsgründe) allein in Gestalt des Syllogismus für möglich. Andere sehen in der Logik indes keinen Mehrwert für die juristische Arbeit, weil zwischen Rechtsnorm und Rechtsanwendung nicht getrennt werden könne: „Der Richter macht das Recht“. Der Logik kommt dabei allenfalls der Rang der Bühne zu, auf der das Theaterstück juristischer Argumentation inszeniert wird.



- Rolf Gröschner schlägt sich auf keine dieser beiden Seiten. Vielmehr entwickelt er eine eigene Theorie der Subsumtion in Anlehnung an und in Rezeption von Aristoteles. Er kontrastiert dabei den Syllogismus mit dem Enthymem, welches er für die juristische Arbeit für geeigneter hält. Bei dem Enthymem handelt es sich um eine Figur der Rhetorik, bei der es nicht um die „Gültigkeit von Schlüssen“ geht, sondern darum, „mit Meinungen zu argumentieren“. Gröschner erblickt im Enthymem dabei auch ein Mittel der Dekonstruktion.
- Die gröschnersche Dekonstruktion versteht jedoch falsch, wer ihn damit für die Postmoderne in Anspruch nimmt. Denn auch das gröschnersche Subsumtionsmodell beruht auf Dualismen, etwa dem Dualismus von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung. Die Unterscheidung von Enthymem und Syllogismus rezipiert darüber hinaus den Dualismus von Geistes- und Naturwissenschaft, der etwa bei Bruno Latour ebenfalls der Dekonstruktion anheimfällt. Gröschner ist darüber hinaus gewiss kein Anhänger einer „prinzipienlosen Bewegung“. Sein Richter verfügt vielmehr über ein – axiologisch fundiertes – Judiz, er ist (im aristotelischen Sinne) tugendhaft. Gröschners Subsumtionsmodell ist damit ein drittes: Es ist republikanisch.

#### 7. Nina Schrott: Fehlleistungen im Recht?! – Von (Entscheidungs-)Gespenstern und prozessualen Geisterschiffen

- Man kann zwischen Fehlentscheidungen auf Sachverhaltsebene („faktische Fehlerurteile“) und solchen auf Rechtsebene unterscheiden und diese auch erkenntnistheoretisch abgesichert feststellen.
- So liegt ein faktisches Fehlerurteil nicht erst dann vor, wenn die ontologische Wirklichkeit durch die Entscheidung tatsächlich verfehlt wurde, sondern bereits dann, wenn das Gericht – aus welchen Gründen auch immer – den tatsächlichen Geschehensablauf, *soweit er für uns grundsätzlich erkennbar ist*, mit seinem Judikat verfehlt hat. Dies gilt unabhängig davon, ob dies rechtlich oder tatsächlich vorwerfbar und/oder wissent- bzw. willentlich erfolgt ist.
- Das tatsächliche „Treffen“ der materiellen Wahrheit ist dabei (nur) ein (Rechts-)Ideal, das allenfalls als hinreichender, nicht aber als notwendiger Faktor bei der Einordnung einer Entscheidung als faktische „Fehlentscheidung“ Bedeutung erlangen kann.

- Rechtliche Fehlentscheidungen bezeichnen rechtliches Entscheiden entgegen der geltenden Rechtsordnung und damit „nicht-rechtskonformes“ rechtliches Entscheiden. Anders als aus der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene lassen sich aus der Klassifizierung als rechtliches Fehlurteil bestimmte judikative Handlungsanweisungen ableiten („Produziere kein *rechtliches* Fehlurteil!“).
- Insgesamt gibt uns das terminologische Konzept des „Fehlurteils“ das nötige Rüstzeug an die Hand, um (rechts-)wissenschaftlich-differenziert über das Phänomen judikativer Schlechtleistung sprechen zu können. Um sich – und die Rechtswissenschaft – nicht sprachlos zu machen, sollte daher an ihm festgehalten werden.
- Die Nichtigkeit von (Fehl-)Urteilen ließe sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn hierfür ein echtes, unabwendbares Bedürfnis besteht – entweder, weil andernfalls eine ungewollte und so nicht hinnehmbare Inkonsistenz der Rechtsordnung droht oder aber eine schier unerträgliche (Rechts-)Situation entstünde.
- Beides lässt sich für systeminterne, d.h. materiell vom jeweiligen gesetzlichen „Fehlerbehebungssystem“ adressierte, Sachverhalte nicht begründen, da es sich einerseits lediglich um eine konsequente Umsetzung des Normierten handelt, wenn adressierte Fehler „nur“ innerhalb des zur Verfügung gestellten gesetzlichen Rahmens und damit ohne Nichtigkeitsfolge behoben werden. Andererseits entsteht auch keine so, d.h. ohne Nichtigkeitsannahme, nicht mehr „ertragbare“ Rechtssituation, sondern die rechtliche Ausgangslage selbst ermöglicht ein „Wieder-Erträglich-Werden“ durch ihre eigenen Mittel (d.h. durch ihr „Fehlerbehebungssystem“).
- Jedenfalls strafrechtliche Fehlentscheidungen erfolgen u.a. angesichts von Berufung, Revision und Wiederaufnahme in aller Regel materiell systemintern und sind damit grundsätzlich im Bereich des – wenngleich „angreifbaren“ – „Rechts“ als geltende, aber fehlerbehaftete Rechtsakte anzusiedeln.