


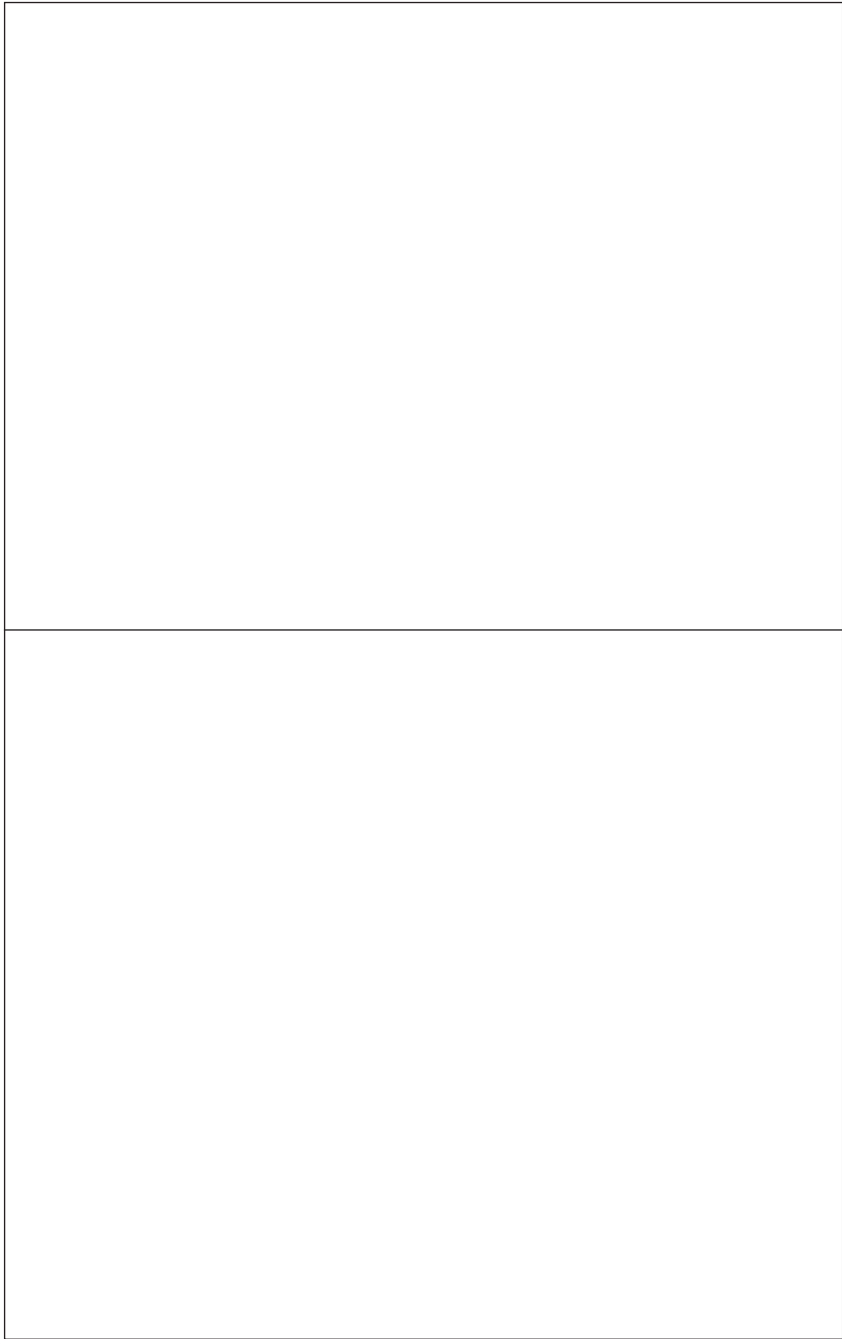
Kristina Peters | Nina Schrott (Hrsg.)

Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748935162>, am 18.08.2024, 17:27:23
Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>



Kristina Peters | Nina Schrott (Hrsg.)

Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts



Nomos

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

1. Auflage 2023

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0001-2

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3516-2

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748935162>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Kristina Peters und Nina Schrott

Einleitung 7

I. Die Rechtswissenschaft im System der Wissenschaften

Markus Abraham

Rechtsprechung als Wahrmacher – Eine vertrauensorientierte und pragmatische Konzeption von Wahrheit im Recht 13

Kristina Peters

Die Objektivität juristischer Erkenntnis
Implikationen von Max Webers Wissenschaftstheorie für die Rechtswissenschaft 35

Bettina Rentsch

Traditionelle und kritische Rechtstheorie 59

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

Amadou Korbinian Sow

Das Recht auf der Suche nach seiner Einheit.
Wollen – Verstehen – Repräsentieren 87

Rike Sinder

Republikanische Rechtstheorie
Zu Rolf Gröschners Verortung der Subsumtion zwischen Technik und Theorie 109

Jannis Lennartz

Wir Ingenieure: Dogmatik durch konstruktive Rechtswissenschaft 137

Nina Schrott

Fehlleistungen im Recht?! – Von (Entscheidungs-)Gespenstern und prozessualen Geisterschiffen 157

III. Thesen

I. Die Rechtswissenschaft im System der Wissenschaften	191
II. Das wissenschaftstheoretische Fundament der juristischen Methodik – Bedingungen der Möglichkeit von Recht	194
Verzeichnis der Autor:innen	199

Einleitung

Kristina Peters und Nina Schrott

Rechtsklugheit (*iusprudentia*) oder Rechtswissenschaft (*ius scientia*)? Als Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler beschäftigen wir uns täglich mit ihr – der „Wissenschaft des Rechts“. Aber wie wissenschaftlich ist die Rechtswissenschaft wirklich? Was unterscheidet sie von anderen Einzelwissenschaften und was sind verbindende Elemente? Worin besteht ihr (originärer?) Erkenntnisgegenstand und mittels welcher Methoden lässt sich dieser erschließen?

Von diesen Fragen umgetrieben, veranstalteten die Herausgeberinnen am 13. und 14. Oktober 2022 an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftlern aller Fachsäulen einen intensiven Workshop zu dem Thema „Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts“, dessen Ergebnisse dieser Sammelband enthält. In diesem Rahmen wurde sich gemeinsam mit anderen rechtsphilosophisch und Grundlagen-Interessierten auf die Suche nach den ontologischen und erkenntnistheoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft begeben. Denn obwohl die eben aufgeworfenen Fragen den Kernbereich dessen betreffen, was unser aller „Kerngeschäft“ darstellt, spielt ihre wissenschaftstheoretische Durchdringung und Beantwortung weder in der Grundlagendiskussion noch in der interdisziplinären Debatte eine dieser Bedeutung gerecht werdende Rolle. Stattdessen – so hat es bisweilen den Anschein – wird die Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz entweder angesichts ihrer institutionellen Etabliertheit vorschnell bejaht oder aber als akademisches Glasperlenspiel begriffen, welches gekünstelte Fragestellungen einer zwar womöglich theoretisch fundierten, aber für die Rechtspraxis dennoch weitgehend irrelevanten Lösung zuführt. Tatsächlich geht es in diesem Zusammenhang aber um nicht weniger als die Teilnahme der Jurisprudenz an der Rationalität der Wissenschaften und deren besonderen Erkenntnismethoden: Verhandelt wird damit letztlich, ob es die rechtswissenschaftliche Disziplin vermag, verlässliche Aussagen hervorzubringen.

Diese Fragestellung ist mitnichten aus der Zeit gefallen, sondern überaus aktuell. In Zeiten von “fake news” und Verschwörungstheorien gerät auch

die Wissenschaft vermehrt unter Rechtfertigungsdruck. Die Wissenschaftstheorie – also die Frage danach, was eine Disziplin zur Wissenschaft macht – erhält hierdurch neuen Aufschwung. Heute ist daher mehr denn je ein Blick auf das eigene Fundament geboten, um sich den bereits aufgebrochenen und noch zu erwartenden Konflikten mit der notwendigen Trittsicherheit stellen zu können.

Die Wissenschaftstheorie ist eine weitgehend autonome Disziplin der theoretischen Philosophie, die sich insbesondere mit Fragen der Ontologie, der Erkenntnistheorie, Logik und Sprachphilosophie befasst. Will die Rechtswissenschaft die Frage nach ihrem eigenen Wissenschaftscharakter kompetent beantworten, so muss sie Interdisziplinarität beweisen und sich zunächst auf den Stand der Debatte bringen. Gleichzeitig war es ein Anliegen des Workshops wie auch der hier versammelten Beiträge, jede an solchen grundlegenden Fragen interessierte Person zum Diskurs einzuladen und diesen weder thematisch noch sprachlich zu „immunisieren“ und zu einem Diskurs der Wenigen zu machen.

Im ersten Abschnitt des Bandes wird die Rechtswissenschaft im System der Wissenschaften betrachtet und auf allgemeine wissenschaftstheoretische Fragestellungen hin untersucht. Markus Abraham fragt in seinem Beitrag „Rechtsprechung als Wahrmacher – Eine vertrauensorientierte und pragmatische Konzeption von Wahrheit im Recht“ nach dem Verhältnis des Rechts zu dem anspruchsvollen Begriff der „Wahrheit“, der so oft im Sinne einer Zielvorgabe als Distinktionsmerkmal für Wissenschaftlichkeit herangezogen wird. Es folgt eine Auseinandersetzung mit dem nicht weniger anspruchsvollen Begriff der „Objektivität“ durch Kristina Peters, die sich auf die Suche nach der „Objektivität juristischer Erkenntnis“ begibt und untersucht, welche Implikationen die Wissenschaftstheorie von Max Weber für die Rechtswissenschaft hat. Den Abschluss des ersten Themenblocks liefert sodann Bettina Rentsch mit einer Untersuchung der „kritischen Rechtstheorie“, in der sie der Frage nachgeht, ob die Rechtswissenschaft die Anforderungen an eine „kritische Theorie“ erfüllen kann und wo sich Ansätze einer „kritischen Theoriepraxis“ finden lassen.

Der zweite Abschnitt widmet sich dem wissenschaftstheoretischen Fundament der juristischen Methodik und fragt gewissermaßen nach den Möglichkeitsbedingungen von Recht. Amadou Sow setzt sich in seinem Beitrag „Das Recht auf der Suche nach seiner Einheit: Wollen – Verstehen – Repräsentieren“ kritisch mit der Vorstellung vom Recht als einer „Willensordnung“ und dem Ideal gegenseitigen Verstehens auseinander. Hierauf folgt eine kritische Auseinandersetzung mit dem „Herzstück“ juristischer

Arbeit, der Subsumtion. Rike Sinder hinterfragt in ihrem Beitrag „Republikanische Rechtstheorie – Zu Rolf Gröschners Verortung der Subsumtion zwischen Technik und Theorie“ die Relevanz der Logik für die juristische Argumentation. Im Anschluss stellt Jannis Lennartz die konstruktive Natur dogmatischen Arbeitens heraus. In seinem Beitrag „Wir Ingenieure: Dogmatik durch konstruktive Rechtswissenschaft“ legt er dar, wie sich die juristische Methode hin zu einer neuen Vertikaldogmatik entwickelt hat. Zum Abschluss untersucht Nina Schrott in ihrem Beitrag „Fehlleistungen im Recht?! – Von (Entscheidungs-)Gespenstern und prozessualen Geisterschiffen“ die begrifflichen und epistemologischen Grundlagen von „Fehlentscheidungen“ und fragt nach deren Verortung zwischen Rechts-, Unrechts- und Nichtrechtsakten.

Zur besseren Übersicht und Orientierung haben alle Autorinnen und Autoren Kernthesen zu ihren Beiträgen formuliert, die den Sammelband als dessen Kondensat abschließen.

Die Herausgeberinnen freut besonders, dass ihre Konzeption der Veranstaltung von den Vortragenden wie den sonstigen teilnehmenden Personen so positiv aufgenommen wurde. Ziel war es insbesondere, diese weniger wie eine klassische Tagung und eher nach Art eines Workshops stattfinden zu lassen, um in entspannter Atmosphäre intensiv zu den einzelnen Fragen arbeiten und diskutieren zu können. Ausgangspunkt der Vorträge waren jeweils „Impulstexte“, die in Gestalt eines gemeinsamen Textapparats vorab allen Teilnehmenden zur Verfügung gestellt worden waren. Hiervon erhofften sich die Herausgeberinnen konstruktive und zielführende Diskussionen – eine Hoffnung, die sich erfreulicherweise auf ganzer Linie erfüllte. So wurden die in zwei debattenreichen Workshoptagen aufgeworfenen thematischen Fäden nach dem letzten Vortrag spontan in einer ausgiebigen Abschlussdiskussion aufgegriffen und zusammengeführt. Diese ging insbesondere der Ausgangsfrage des Workshops nach, als was „Wissenschaft“ zu verstehen sei und ob die Jurisprudenz vor diesem Hintergrund eine solche sein könne. Auch wenn es sich um eine Momentaufnahme aus einem überschaubaren Personenkreis handelt, so sind einige Ergebnisse dieser Diskussion dennoch aus Sicht der Herausgeberinnen interessant genug, um sie an dieser Stelle mitzuteilen.

Im Zuge der Diskussion bildeten sich zur ersten Frage zwei Lager heraus. Dass Wissenschaft allein der Suche nach „Wahrheit“ verpflichtet sei, vertrat jedenfalls am Ende des Workshops niemand mehr. Stattdessen wurde zum einen angenommen, Wissenschaft könne als die regelgeleitete Suche nach verallgemeinerbaren Erkenntnissen beschrieben werden. Deutlich mehr

Teilnehmende vertraten jedoch die Ansicht, dass Wissenschaft letztlich eine örtlich und zeitlich kontingente Selbstbeschreibung einer sozialen Praxis sei. Einschränkende Kriterien, die in der Diskussion erprobt wurden, konnten entweder keine Anerkennung finden oder rückten diese Auffassung in die Nähe der zweitstärksten Auffassung. Im ersten Lager waren die meisten Personen sodann der Ansicht, dass die Jurisprudenz vor dem Horizont eines solchen Wissenschaftsverständnisses durchaus eine (Rechts-)Wissenschaft sei – während sich für die Personen im zweiten Lager diese Frage folgerichtig gar nicht stellte. Während also die Suche nach „ewigen Wahrheiten“ jedenfalls im Kreise der Teilnehmenden keine Mehrheiten mobilisieren konnte, fanden postmoderne Ansätze großen Anklang.

Die Herausgeberinnen freuen sich, dass der Workshop für den rechtstheoretisch und an den Grundlagen des Rechts interessierten Nachwuchs eine Gelegenheit war, sich fachsäulenübergreifend auszutauschen und zu vernetzen, und hoffen, dass hierzu weitere Möglichkeiten folgen werden. Besprochen wurde die Veranstaltung in JZ 2023, 248–250 und RW 2023, 96–106.

Großer Dank gebührt an dieser Stelle Lauren Balz, die mit ihrem unermüdlichen Einsatz maßgeblich zum Gelingen des Workshops wie des Sammelbandes beigetragen hat.

Die Herausgeberinnen wünschen viel Freude bei der Lektüre der Beiträge. Zugleich möchten sie mit dem Sammelband eine Einladung an alle interessierten Personen aussprechen, gemeinsam das wissenschaftstheoretische Fundament der Rechtswissenschaft weiter auszubauen.

München, im Sommer 2023

Kristina Peters
Nina Schrott

I.
**Die Rechtswissenschaft im System
der Wissenschaften**

Rechtsprechung als Wahrmacher – Eine vertrauensorientierte und pragmatische Konzeption von Wahrheit im Recht

Markus Abraham

Was haben die Universitäten Harvard, Freiburg und Delhi, die Sophia Universität in Tokyo, die Bilkent Universität in Ankara, die Renmin Universität in Peking sowie das Downing College in Cambridge und die Wycliffe Hall in Oxford gemein? Richtig: Überall dort kann man Rechtswissenschaft studieren. Worauf ich hinaus will, ist allerdings diese Gemeinsamkeit *in Zusammenschau* mit einer weiteren, und zwar einer Gemeinsamkeit, die in den Wahlsprüchen der aufgezählten Institutionen liegt: sämtliche Institutionen geben als ihre Devise *Wahrheit* aus.¹ In Freiburg prangt etwa auf dem Kollegiengebäude in goldenen Lettern: „Die Wahrheit wird euch frei machen.“² Also: Rechtswissenschaft und zugleich Wahrheitssuche, Recht und Wahrheit: Passt das zusammen?

Wahrheit auf der einen Seite und die Suche danach werden mit Wissenschaftlichkeit verknüpft. Recht auf der anderen Seite wird von denen, die meinen, dass es mit der Wissenschaftlichkeit nicht weit her ist, in Verbindung mit Rhetorik gebracht, Rhetorik in einem pejorativen Sinn.³ Von dort springt man zum wiederum pejorativ gemeinten Anwurf der Sophisterei,

-
- 1 Hier (teilweise) in Übersetzung ins Englische/Deutsche: Harvard Universität („Truth“), Universität Freiburg („Die Wahrheit wird euch frei machen“), Universität Delhi („Dedicated to the Truth“), die Sophia Universität in Tokyo („The Light of Truth“), Bilkent Universität in Ankara („Truth“), Renmin Universität („Seeking Truth from Facts“), Downing College in Cambridge („Seek the Truth“), Wycliffe Hall in Oxford („The Way, the Truth and the Life“). Zumeist ist die Devise dabei in der latinisierten Fassung zu finden als *veritas*.
 - 2 Siehe zur interessanten Entstehungsgeschichte *Kaiser*, Wahrheit, S. 47, insb. 77, der die testamentarische Bezugnahme auf Joh 8,32 gerade in Abgrenzung zur Theologie rekonstruiert.
 - 3 Die Rhetorik verdient freilich der Verteidigung vgl. nur *Viehweg*, Rhetorische Rechtstheorie, S. 204 f. und passim; zur Verwandtschaft mit dem Recht, *Simon*, Rhetorik, S. 201 insb. 221 ff. Zum rhetorischen Aspekt bei der Rechtserzeugung vgl. die Analyse von *Rike Sinder* in diesem Band.

also der Kunst, mit Tricks das schwächere Wort zum stärkeren zu machen.⁴ Im Recht gehe es, so das Fazit der so Denkenden, nicht um Suche nach Wahrheit, sondern das Recht bilde ein Spielfeld für Manipulation. Auch die Kontingenz der Rechtsinhalte lässt es als unmögliches Unterfangen erscheinen, Wahrheit im Recht zu finden: denn, gibt es irgendeinen Sinn, in dem sich etwa die Regeln zur Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern als *wahr* bezeichnen lassen? Gibt es bei einer beantragten Baugenehmigung eine Entscheidung, die *wahr* ist? Gibt es eine *wahre* Auslegung des schweren Raubes nach § 250 StGB?

Im Vergleich zur Rechtswissenschaftlerin hat es die Naturwissenschaftlerin vermeintlich leichter. Sie könnte etwa Folgendes behaupten: „Wahrheit? Wahr ist, wenn ich mit Hilfe meiner geeichten Messgeräte sehe, dass sich das Elektron unter den Umständen U bewegt, es viele meiner Kolleginnen und Kollegen, die ebenfalls zuverlässige Beobachtende von Elektronen sind, in Reproduktion des Versuchsaufbaus diese Bewegung gleichermaßen feststellen. *Dann* lässt sich sagen: es ist wahr, dass sich das Elektron unter Umständen U bewegt. *Das* ist Wahrheit.“

Vielleicht fühlt die ein oder der andere sich herausgefordert, auch hier die Gewissheit zu erschüttern. Nicht nur dass es Illusion sei, dass sich die Beobachtende aus dem Erkenntnisvorgang neutralisieren lasse, dass sich also das Subjekt vom Objekt der Erkenntnis klar trennen lässt.⁵ Entgegenhalten ließe sich auch, dass selbst in den Bereichen der Naturwissenschaften sichere Wahrheiten ungewiss werden können. Denken wir nur an die berühmte Erkenntnis, dass einerseits als wahr behauptet wird, dass Elektronen – insgesamt: Objekte der Quantenphysik – Wellen sind, und daher als Wellen an verschiedenen Orten präsent sind, und zugleich als wahr behauptet wird, dass Elektronen Teilchen sind, also nur an einem bestimmten Ort präsent sind.⁶ Man wird aber auch entgegen können – und das ist vielleicht der einfachste, deswegen allerdings nicht unrichtige Einwand – dass das Signum der Wahrheit in unterschiedlichen Kontexten auch Verschiedenes bedeuten kann. Und diese Antwort möchte ich im Folgenden für das Recht ein Stück weit ausbuchstabieren.

Dazu werde ich zunächst meinen Referenztext pointieren, Ulfrid Neumanns *Wahrheit im Recht* (I.). Den Ausgangspunkt meiner eigenen Kon-

4 Auch die Sophisten verdienen eine differenzierte Analyse, siehe *Zehnpfennig*, Sophist, 53, 55 ff.

5 Vgl. auch zur – verwandten – Illusion, dass ordnende Tätigkeit in einem starken Sinne objektiv sein kann, den Beitrag von *Kristina Peters* in diesem Band.

6 Vgl. zum Welle-Teilchen-Dualismus *Weidlich*, Grundkonzepte, S. 286 und insg. 266 ff.

zeption zur Wahrheit im Recht wird dann eine Beobachtung von *John Locke* bilden, die ich interpretieren und formalisieren werde (II.). Dann präsentiere ich den Kern meiner Konzeption von Wahrheit, die ich als vertrauensorientiert und pragmatisch bezeichnen möchte (III.) und arbeite vier Faktoren heraus, die in unserem Rechtssystem die Wahrscheinlichkeit von Wahrheit steigern (IV.). Abschließend diskutiere ich, was das Vorge-schlagene für Konsequenzen hat (V.).

I. Ulfrid Neumann: Wahrheit als regulative Idee

In *Wahrheit im Recht*⁷ argumentiert *Ulfrid Neumann*, dass prinzipiell durchaus Raum für Wahrheit im Recht existiere – zumal Recht aus Aussagen besteht, und Aussagen ohne Weiteres wahrheitsfähig sind. Wann aber, so formuliert *Neumann* seine Frage, ist eine rechtliche Aussage wahr? Um das herauszufinden, analysiert er die gängigen Wahrheitskriterien: Wahr ist eine Aussage, die mit der Welt übereinstimmt, die innersprachlich richtig ist, die konsentiert ist, die kohärent ist, die begründet ist.⁸ Letzteres, die Begründbarkeit, hält er für das plausibelste Kriterium für Wahrheit.⁹

Gleichwohl führt das zur Absage an die Wahrheit. *Neumann* stellt die aus der Fallbearbeitung nur allzu vertraute Erfahrung heraus, nämlich dass ich zum einen oder zum anderen Ergebnis gelangen kann, je nachdem welche Kategorie des Auslegungskanons ich betone. So lässt sich etwa „der“ Wortlaut einer Regelung gegen „das“ Telos ausspielen – oder umgekehrt.¹⁰ Angesichts des Umstands, dass sich das relative Gewicht von Argumenten nicht eindeutig bestimmen lässt, es an einer Hierarchisierung von Argumenten und Methoden fehlt, kommt *Neumann* zum Schluss, dass es im Recht keine eindeutigen Regeln zur Ermittlung der Begründetheit gibt.¹¹ Vielmehr gibt es nur Vertretbarkeit. Auch die Vorstellung von der einzig richtigen Entscheidung könne nicht helfen. Erstens sei *Dworkins* Richter

7 *Neumann*, Wahrheit im Recht. Für eine konzise Rekonstruktion siehe *Schulz*, ZIS 2007, 353, 355 ff.

8 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 14 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Vgl. zu Wahrheitstheorien und dem Recht auch den Überblick (mit Fokus auf Jürgen Habermas und Arthur Kaufmann) *Deckert*, ARSP 1996, 43, 47 ff.

9 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 29 f.

10 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 31.

11 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 33 ff.

Herkules¹², der allen Argumenten und Prinzipien den exakten Stellenwert zuweisen kann, kein Argument, sondern die Reformulierung des Problems durch Metapher. Zweitens sei es angesichts einer auf pluralistischen Wertvorstellungen fußenden Gesellschaft offenkundig, dass die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung – versteht man sie ontologisch – nicht zu halten ist.¹³

Die Idee der Wahrheit im Recht muss also der Einsicht weichen, dass mehrere Entscheidungen vertretbar sind. Wenn auch auf erkenntnistheoretischer Ebene unhaltbar, sei die Figur der einzig richtigen Entscheidung gleichwohl nicht zu verabschieden: Sie sei – hier wechselt *Neumann* explizit von der „rechtstheoretischen“ zur „rechtspraktische[n]“ Ebene – durchaus sinnvoll, nämlich als regulative Idee.¹⁴ *Neumann* hebt hier zwei Aspekte hervor. Der erste praktische Aspekt betrifft ihre Funktion für die Richtenden, wenn es um die Produktion von Urteilen geht. Nur mit Hilfe der Vorstellung von der einzig richtigen Entscheidung sei es den Richtenden möglich, die Richtigkeit *ihrer* Entscheidung zu begründen.¹⁵ Ein Urteil, das lautet, dass es ebenso gut auch anders hätte ausfallen können, wäre sogar fehlerhaft.¹⁶

Der zweite praktische Aspekt betrifft das Verhältnis zwischen den Instanzen: Sofern die Idee der einzig richtigen Entscheidung aufrechterhalten wird, wird dem Rechtsmittelgericht die vollständige Überprüfbarkeit der Entscheidung möglich. Sofern die Idee fallen gelassen wird, bleibt es beim vertretbaren Urteil, die Entscheidung des Ausgangsgerichts bleibt unangestastet.¹⁷ Wo nun die Grenze zwischen den beiden Fällen verläuft, wo man also das Ideal aufrechterhalte oder aber der Einsicht der Vertretbarkeit folge, dazu wisse die Rechtstheorie nichts beizutragen. Die Grenze werde vielmehr von den Bedürfnissen des Rechtssystems gezogen.¹⁸ Wozu die Rechtstheorie allerdings etwas sagen könne – und das ist eine wichtige

12 *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. 105 ff., insb. 116 f.

13 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 38 f.

14 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 41. Ebenso *Saliger*, *Rechtsbeugung*, 138, 142 f. „Zielvorstellung (...), die es anzustreben gilt“. Vgl. zum Terminus der regulativen Idee *Schulz*, *ZIS* 2007, 353, 357 f.

15 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 40.

16 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 41. „Der Richter muss sich nicht nur entscheiden, er muss auch den Anspruch der Richtigkeit seiner Entscheidung erheben.“ Siehe differenzierend zur Bewertung der Entscheidung, die sich dann an der Vertretbarkeit orientiert, *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 57 f.

17 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 54 f.

18 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 58.

Warnung *Neumanns* – ist der Umstand, dass das Festhalten an der Idee der einzig richtigen Entscheidung jedenfalls dann unzulässig ist, wenn sie gegen die Bürgerinnen und Bürger gewendet wird, nämlich deren Rechte verkürzt. Wer nämlich eine Rechtsaussage als wahr betrachtet, der kann auf den Gedanken kommen, diese Rechtsaussage rückwirkend anzuwenden, da sie ja schon immer wahr war, lediglich bislang nicht richtig erkannt wurde. Dass diese Gefahr tatsächlich besteht, zeigt *Neumann* am Beispiel der Rechtsprechung zu den Grenzwerten für die Fahruntüchtigkeit.¹⁹

Der praktische Einsatz der Figur der einzig richtigen Entscheidung mache die Rechtswissenschaft nicht nur zur Warnerin vor derartigem Missbrauch. Ihr komme weiterhin umfassend die Rolle als Kritikerin zu. Daran ändere auch die Einsicht nichts, dass die These der einzig richtigen Entscheidung unhaltbar sei. Die Einsicht führe nicht etwa dazu, dass sich die Rechtswissenschaft, wie *Kelsen* das im Sinn hatte,²⁰ auf die „rein erkenntnistmäßige Feststellung des Sinns von Rechtsnormen“ beschränken müsse, sich der Kritik der Urteile hingegen zu enthalten habe.²¹

Neumanns Diagnose zur Frage nach Wahrheit im Recht, die bei ihm in Gestalt der einzig richtigen Entscheidung auftritt, fällt also verhalten aus: Wahrheit im Recht ist nichts anderes als eine Orientierung vermittelnde Annahme, oder vornehmer: eine regulative Idee. Zum einen ist sie ein psychologischer Trick, mit dessen Hilfe es der Richterin überhaupt möglich wird, ihre Entscheidung als „die richtige“ auszuweisen; zum anderen eine Spielmarke, die den Rechtsmittelgerichten mehr oder weniger Zugriff auf Entscheidungen untergeordneter Gerichte einräumt.²² Wahrheit im Recht, so die ernüchternde Erkenntnis, ist eine epistemisch unhaltbare, höchstens rechtspraktisch hilfreiche (aber auch missbrauchsanfällige) Fiktion.

19 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 60 ff. Und weiteres Beispiel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur beweglichen Zuständigkeit auf S. 59.

20 Unter Rekurs auf *Kelsens* Unterscheidung der Interpretation als Erkenntnisakt einerseits und Willensakt andererseits (*Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 604 ff. [Originalpagnierung S. 350 ff.]), die dieser der Rechtswissenschaft einerseits und den Behörden/Gerichten andererseits zuweist. *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 49 f.

21 Das liegt nach *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 51 daran, dass sich die Kritik der Rechtswissenschaft nicht unmittelbar gegen Entscheidungen richte (richterliche Entscheidungen wären abgesehen von Fragen der Spielraumüberschreitung tatsächlich nicht kritisierbar, S. 52), sondern gegen deren Begründung.

22 Beide Thesen über das Zustandekommen von Urteilen leuchten ein – und es wäre spannend, ob sie rechtssoziologisch bestätigt würden.

II. John Locke's *native Truth* und deren Formalisierung

Lässt sich das auch anders sehen – ist eine andere Ansicht zur Wahrheit im Recht vertretbar? Wenngleich ich *Neumann* in den allermeisten Punkten zustimmen würde,²³ möchte ich doch eine affirmativere Position zur Wahrheit im Recht vorschlagen. Mein Ausgangspunkt ist eine Stelle in John Lockes *Second Treatise of Government*. Zugegeben ist *Locke* dort als Theoretiker des Gesellschaftsvertrags mehr mit dem Phänomen politischer Autorität beschäftigt und weniger mit der Analyse von Wahrheit. Doch der Ansatzpunkt der Gesellschaftsvertragstheorien, über die sozialen Verhältnisse unter Verwendung minimaler Voraussetzungen nachzudenken, nicht im Sinne der Erfassung der historischen Phänomene in ihrer Entwicklung, sondern im Modus des Modellhaften,²⁴ ist gleichwohl auch für die Frage der Wahrheit attraktiv. Attraktiv erscheint mir ebenfalls die methodische Weichenstellung, mit den einzelnen Akteuren zu beginnen und alles Weitere an diese zurückzubinden.

In der Passage, die ich hier hervorheben möchte, geht es *Locke* vornehmlich darum, dass Verpflichtetheit nicht erst dann entstehen kann, wenn ein Staat, also ein institutionalisierter Raum existiert. Doch *Locke* spricht hier nicht nur von der verpflichtenden Kraft von Aussagen, sondern er spricht zugleich von deren Status, *wahr* zu sein. *Locke* schreibt:

„The promises and bargains (...) between a Swiss and an Indian, in the woods of America, are binding to them, though they are perfectly in a state of nature, in reference to one another. For *truth* and keeping of faith belong to men as men, and not as members of society.“²⁵

Nicht nur wird hier also der bemerkenswerte Vorgang beschrieben, wie aus Sprache Normativität entsteht, nämlich proto-rechtliche Bindung. *Locke* bringt die Gebundenheit und Verpflichtetheit der Akteure hier sogar mit Wahrheit in Zusammenhang. Wahrheit sei ein Konzept, das den Menschen

23 Etwa was den Status der Figur der einzig richtigen Beschreibung des Richters Herkules als bloße Reformulierung des Problems angeht oder was die Begründung als ein wesentlicher Bestandteil von Wahrheit betrifft.

24 Vgl. zum Erklärungswert der Gesellschaftsvertragstheorien *Bung*, Gesellschaftsvertrag, 63, 64.

25 *Locke*, *Second Treatise*, S. 7 (Nr. 14) (Hervorhebung von mir). Der Umstand, dass indigene Völker freilich nicht selten durch Invasoren aus kolonialisierenden Nationen zu für sie unvorteilhaften Verträgen genötigt wurden, sei hier nur markiert. Mir geht es lediglich um das modelhafte Bild zweier Akteure, die sich ohne staatliche Kontrolle gegenüberstehen.

ganz ursprünglich zukommt, ganz einfach aufgrund ihrer Eigenschaft, Mensch zu sein. „Ich schulde dir Gegenstand r“ ist demnach eine Aussage, die potentiell an der Wahrheit teilhat.

Warum und in welchem Sinne ist eine solche Aussage wahr? Sie ist deswegen wahr, weil sie im modelhaften Beispiel des Vertrages in einer gemeinsam als gegeben angesehen Welt allseitig als zutreffend angesehen wird. Sie ist also in dem Sinne wahr, dass alle Akteure (hier: Der Schweizer und die Indianerin) sämtliche Verpflichtungen wollen, die eigenen und die des anderen. Diese Annäherung des Wahrheitsbegriffs an das Glauben an die gemeinsam konstruierte Welt, also das Vertrauen in das gemeinsam Unterstellte, wird deutlich durch *Lockes* Nebeneinandersetzung von *truth* und *keeping of faith*, also von Wahrheit und Glauben-Schenken. Truth wird hier zu einem Set von normativen Aussagen, auf das beide Akteure vertrauen können, auf das sie sich verlassen können. Dies ist nebenbei bemerkt, eine Bedeutung, die mir mit Blick auf den altenglischen Ursprung von Truth, nämlich *triew-an* im Sinne von „treu sein“,²⁶ ganz plausibel erscheint.

Wie die Wahrheit des Normativen ins Spiel kommt, lässt sich mit Hilfe der Aussagenlogik klarmachen.²⁷ Dazu konkretisiere ich das Beispiel ein wenig, gehe nämlich davon aus, dass eine Partei bereits in Vorleistung gegangen ist: A hat also B bereits den Tauschgegenstand übergeben.

Es lässt sich nun zeigen, dass die Wahrheit von Bs Verpflichtung darauf beruht, dass beide Akteure drei Aussagen für wahr erachten. Zunächst handelt es sich um zwei Konditionale: Nämlich As Erklärung, bereit zu sein, B den Gegenstand s für den Fall zu geben, dass B ihr den Gegenstand r gibt. B erklärt umgekehrt, dass er A den Gegenstand r geben will, falls A ihm den Gegenstand s gibt. Die dritte Aussage ist die, dass A B den Gegenstand s tatsächlich gegeben hat. Die von beiden Akteuren jeweils für wahr gehaltenen Aussagen lassen sich folgendermaßen formalisieren.²⁸

26 Köbler, Altenglisch, S. 512.

27 Es handelt sich im Folgenden nicht um einen Beweis im streng logischen Sinn.

28 Die Formalisierung dient der Veranschaulichung und Plausibilisierung, es handelt sich dabei nicht im strengen Sinn um einen Beweis mittels Aussagenlogik. Denn das hier als Konditional dargestellte Verhältnis ist kein Konditional im Sinne der Aussagenlogik („Wenn X der Fall ist, dann ist Y der Fall“), sondern eines im Sinne des praktischen Schließens („Wenn X der Fall ist, dann werd' ich ihm Gegenstand s geben“), die Realität des Konsequens ist also vom Wollen und Tun desjenigen abhängig, der das Konditional behauptet.

- (1) B gibt A Gegenstand r (=X) → A gibt B Gegenstand s (=Y)
- (2) A gibt B Gegenstand s (=Y) → B gibt A Gegenstand r (=X)
- (3) A gibt B Gegenstand s (=Y)

Da es sich bei (1) und (2) um spiegelbildliche Konditionale²⁹ handelt, lassen sie sich zu einem Bikonditional³⁰ zusammenfassen, so dass, nimmt man die Wahrheitsvorstellungen beider zusammen, folgende Darstellung entsteht:

- (1) A und B erachten als wahr: $X \leftrightarrow Y$ [*ist genau dann der Fall, wenn*]
- (2) A und B erachten als wahr: Y

Aus diesen beiden Aussagen folgt, dass beide auch folgende Aussage als wahr erachten:

- (3) Also: A und B erachten als wahr: X soll eintreten³¹

Der Umstand, dass beide Akteure an das Bikonditional sowie die Herbeiführung des Antezedens³², einer aus dem Bikonditional ableitbaren Konditionale als wahr erachten, führt dazu, dass der Eintritt des zugehörigen Konsequens von beiden als *in Folge des als gemeinsam als wahr Erachteten* als wünschenswerter Zustand der Welt angesehen wird: „Wir wollen beide, dass X ist der Fall eintritt“. Oder anders ausgedrückt: „Es ist wahr: X ist der Fall soll sein!“

In der geschützten Situation des Modells zeigt sich also, wie aus einem gemeinsamen Wollen (in Bezug auf ein Bikonditional) und aus der Herbeiführung des Falls, der eine Seite des Bikonditionals bildet, die Wahrheit des normativen Satzes entsteht. Die Wahrheit der normativen Aussage liegt also im gemeinsamen Wollen von Konditionalen und dem gemeinsamen Wissen, dass eine Bedingung herbeigeführt wurde. Die Wahrheit im Recht liegt in den Köpfen der Akteure, genauer in deren gleichgerichtetem, kollusivem Für-wahr-Halten.

29 Vgl. zur Verwendung der logischen Operatoren *Lemmon, Logic, S. 1 ff.*

30 Die Definition des Bikonditionals ist, dass die Aussagen auf beiden Seiten des Bikonditionals denselben Wahrheitswert haben, d.h. beide wahr oder beide falsch sind. *Lemmon, Logic, S. 70* und allgemein zum Bikonditional S. 28 ff.

31 Es entsteht ein Delta, zwischen dem, was die Akteure nach ihrem Wissens-Konto für-wahr-halten müssen (nämlich: X) und dem Zustand, wie sich die Welt verhält (nämlich: non-X).

32 Antezedens bezeichnet den vorderen Teil eines Konditionals, also die Bedingung. Konsequens bezeichnet dann den hinteren Teil eines Konditionals, also das Ereignis, das bei Eintritt der Bedingung folgt. Vgl. *Lemmon, Logic, S. 7.*

Schon durch das von *Locke* gewählte Beispiel wird deutlich, dass die betrachtete, normative Wahrheit eine soziale ist, vom Vertrauen der Akteure generiert wird. Die Wahrheit im Recht ist keine, die bloß „ent-deckt“ zu werden braucht, also etwas, das nicht mehr verborgen ist. Vielmehr ist sie Wahrheit, die dadurch existiert, dass die Akteure sich ihrer gewahr sind, sie aktualisierte und gelebte Realität ist, sie nicht vergessen ist. Beide Verständnisse von Wahrheit, das Nicht-Verborgene und das Nicht-Vergessene, lassen sich interessanter Weise im Begriff der ἀλήθεια finden: Wahrheit als Un-Verhülltes³³ und Wahrheit als Un-Vergessenes.³⁴ Während man geneigt ist, Wahrheiten in den Naturwissenschaften der ersteren Vorstellung zuzuschlagen, folgt die Wahrheit im Recht in ihrem Kern der zweiten Vorstellung.

III. Die pragmatische Rolle der Gerichte

Was in der Modellsituation des Tauschvertrags so nahe lag, die Wahrheit normativer Aussagen, also die geteilte Sicht auf die Situation von Verpflichtetheit, wird schnell ungewiss. Um sich das klarzumachen, braucht es nicht erst des Hinweises auf die Differenziertheit moderner Rechtssysteme, wie spezielle Konstruktionen – Vorbehalte, Sicherungsinstrumente – oder verfassungsrechtliche Auswirkungen auf Privatrechtsgeschäfte, die einen einfachen Vertrag zu einem schwer durchschaubaren Konstrukt machen. Es genügen vielmehr geringfügige Modifikationen der Geschichte, wie sie aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch vertraut sind: Was ist, wenn die Parteien des Tausches unter der Bezeichnung des Gegenstandes nicht ein und dasselbe verstehen? Was, wenn die eine Partei gar nicht vorhatte, zu leisten? Was, wenn eine Partei bloß vorgab, über einen Gegenstand verfügen zu können oder zu dürfen? Was, wenn Uneinigkeit darüber besteht, ob der eine Vertragsteil nun den seinen Teil der Vereinbarung tatsächlich erfüllt hat? Das, was gemeinsam für wahr gehalten wurde, fällt auseinander, bricht in zwei. Aus dem gemeinsam Für-wahr-Gehaltenen wird bloß Als-wahr-Behauptetes. Diese Divergenz kann auf allen Ebenen des juristischen Syllogismus entstehen: Sachverhalt, Norm, Subsumtionsergebnis.

33 Die Vorstellung von Wahrheit als Unverborgenheit zum Ausgangspunkt nehmend *Heidegger*, *Wesen*, S. 10 f.

34 Das im Wort ἀλήθεια (neben dem α privativum) enthaltene λανθάνω kann sowohl „verborgen bleiben“ wie auch „vergessen“ bedeuten. Zur Etymologie von unversteckt und unvergessen genauer *Boisacq*, *Grecque*, Lemma λανθάνω (S. 554 f.).

Es ist durchaus möglich, dass die Akteure es aushalten, mit ihren jeweils subjektiven Wahrheiten zu leben (etwa: B meint: „A ist verpflichtet, B s zu geben“, während A meint: „A ist nicht verpflichtet, B s zu geben“). Doch wenn die Welten der Akteure kollidieren, wird es – sofern sich die Parteien nicht auf eine Sicht einigen – unumgänglich, dass die Unvereinbarkeit der Aussagen aufgelöst wird. Das kann zugunsten einer Perspektive erfolgen, oder aber auch ein Drittes sein: A ist verpflichtet, B ein halbes s zu geben. Zur Auflösung bedarf es eines Mechanismus. Wenn die Auflösung nicht durch Gewalt erfolgen soll³⁵, sind noch immer einige Optionen vorstellbar: Los, Vogelschau, Orakelspruch, Rat der Weisen, Rechtsbattle mit Abstimmung der Gemeinde und so fort. Allen erwähnten Verfahren ist gemein, dass die Auflösung einer Instanz anvertraut wird, die überparteilich ist: Zufall, Schicksal, Gottes Wille, Weisenrat, Gemeinde und so fort. Diese Instanz wird damit betraut, „künstlich“ eben das zu erzeugen, was dem *Locke'schen Modell der Wahrheit im Recht* zu Grunde lag: die gemeinsame Sichtweise auf Verpflichtetheit. Im Rechtsstaat ist die Kompetenz zur verbindlichen Auflösung der auseinanderfallenden Sichtweisen einer professionalisierten Stelle übertragen: wie sich unschwer errahnen lässt, ist das die Institution des Gerichts.³⁶

Während *Neumann* die Rolle der Gerichte, das „Wahre“ zu suchen, durchaus sieht, ist er bezüglich der Erfüllbarkeit der Aufgabe, wie gesehen, skeptisch: Wahrheit im Recht, die Idee der einzig richtigen Entscheidung sei eine Illusion, allenfalls eine praktisch sinnvolle regulative Idee.³⁷ *Neumann* lässt meines Erachtens einen Aspekt unterbelichtet, den ich den pragmatischen Aspekt nennen möchte. Die Gerichte sind nämlich in die Wahrheit im Recht stärker eingebunden als man nach *Neumanns* Analyse annehmen würde: Es ist nicht so, dass Gerichte die Rechtslage prüfen und dabei nach dem Bestbegründeten, dem einzig Richtigen und *daher* Wahren suchen. Vielmehr sind sie in den Vorgang integriert: Das Gericht durchbricht den Diskurs der von den Akteuren vorgebrachten Kandidaten, die als wahre Aussage in Frage kommen. Es *zeichnet eine Sichtweise als die wahre aus* und macht sie somit zur allgemeinverbindlichen. Der Akt des „Als-wahr-Auszeichnens“ ist also konstitutiv für Wahrheit im Recht. Um die pragmatische Sichtweise zu pointieren: Statt zu sagen, dass das

35 Gewiss, auch das ist eine Auflösung, allerdings eine Asymmetrische.

36 Mit allseitig einsichtigen Gründen? Das kommt später hinzu: Für die Regulierung würde erst einmal genügen, dass es eine autoritative Entscheidung ist – die Nachvollziehbarkeit folgt erst aus der Idee des Spiels vom Geben und Nehmen von Gründen.

37 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 41. S. dazu näher oben bei Fn. 14.

Bestbegründete wahr ist, ist aus der pragmatischen Perspektive dasjenige wahr, das als bestbegründet *ausgezeichnet* wurde.

Der Akt des „Als-wahr-Auszeichnens“ schafft Klarheit: das als wahr Ausgezeichnete wird nun zur allgemeinverbindlichen Rechtsaussage (Tatsache, Auslegung, Subsumtionsergebnis). Und damit zur anschlussfähigen Prämisse für darauf aufbauende Akte der sozialen Praxis:³⁸ die gerichtlich festgestellte Eigentümerstellung etwa wird zur Grundlage für künftige Veräußerungsakte. Der Status, strafrechtlich unschuldig zu sein, wird Grundlage für Unterlassungsansprüche und Verleumdungsklagen.

Doch halt! Wird hier nicht Wahrheit an Autorität geknüpft? Hebt das nicht die gerichtliche Kompetenz zur Auszeichnung von Begründungen in den Himmel? Auch *Neumann* spricht diese Verbindung von institutioneller Autorität und Wahrheit im Recht an und weist sie ausdrücklich zurück.³⁹ Die Plausibilität seiner Zurückweisung liegt, wie ich meine, allerdings darin begründet, dass er den Gedanken ausschließlich in seiner radikalen Ausprägung kommentiert: nämlich in Gestalt der materiellen Rechtskrafttheorie.⁴⁰ Diese geht davon aus, dass ein Urteil qua institutioneller Autorität die materielle Rechtslage ändere. Das würde denn auch bedeuten, dass sogar ein evidentes Fehlurteil zum rechtlichen Wahren würde. Angesichts dieser Implikation ist die Vorstellung, dass Gerichte Wahrheit machen, leicht zurückzuweisen. Eine solche Theorie der materiellen Rechtskraft zu behaupten und zu behaupten, dass den Gerichten eine konstitutive Rolle für Wahrheit im Recht zukommt, sind jedoch nicht ein und dasselbe. Der Akt des „Als-wahr-Auszeichnens“ lässt sich nämlich als Beendigung des Streits über mögliche Wahrheitskandidaten begreifen, ohne dass dieser Akt auf eine willkürliche Herstellung von Wahrheit im Recht hinausläuft. Der pragmatische Akt des Gerichts, die Auswahl unter den Wahrheitskandidaten, geschieht nämlich unter der Bedingung der Beachtung von Regeln der Qualitätssicherung, zu denen ich nun komme.

38 Zur Wichtigkeit dieser Leistung des Rechts, eine für alle relevante, einheitliche Perspektive und allgemeingültige Schlussfolgerungsstrukturen festzulegen, *Abraham*, Sanktion, S. 201 f.

39 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 44 ff.

40 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 44 f. Mit Hinweis (S. 44 Fn. 91) auf *Pagenstecher*, Rechtskraft, S. 305 und Weitere Nachweise. Vgl. dazu *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 334 f.

IV. Wahrscheinlich-Macher: Qualitätssicherung der Wahrheit

Die Gerichte haben nach dem hier Vorgeschlagenen von den Bürgerinnen und Bürgern also den Auftrag, eine verbindliche Perspektive zu etablieren, die der Modellvorstellung von Wahrheit im Recht, also der von allen Akteuren geteilten Sichtweise auf ihre normativen Verpflichtungen und das Vertrauen auf diese Sichtweise,⁴¹ möglichst nahe kommt. Das, was bei *Locke* nativ gegeben war, soll künstlich hergestellt werden. Um dies zu erreichen, existieren Vorkehrungen. Vorkehrungen, so könnte man sagen, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die Auswahl einer Aussage unter den Wahrheitskandidaten möglichst dem Wahrheitsideal entspricht.⁴² Diese Faktoren möchte ich als Wahrscheinlich-Macher bezeichnen. Derartige Wahrscheinlich-Macher, die im gegenwärtigen Rechtssystem existieren,⁴³ sind uns als Juristinnen und Juristen so vertraut und selbstverständlich, dass wir ihre hier gemeinte Funktion meist nicht ins aktive Bewusstsein rufen. Ich möchte sie daher knapp zusammentragen und in eine Ordnung bringen. Nach diesem Ordnungsvorschlag lassen sich vier Arten (i bis iv) solcher Wahrscheinlich-Macher ausmachen.

Der erste Wahrscheinlich-Macher (i) besteht in der Anforderung an das Gericht, den Akt der Auswahl unter den Wahrheitskandidaten zu begründen. Das Gericht muss zum Ergebnis kommen, dass die ausgewählte Aussage wirklich methodisch begründbar ist und darüber hinausgehend, dass die ausgewählte Aussage unter den Kandidaten, die für die rechtlich wahre Aussage in Frage kommen, als die relativ bestbegründete Aussage angesehen wird.⁴⁴ Zusätzliche Anforderung ist, und das ist nur eine vermeintliche Selbstverständlichkeit, dass eine Begründung nicht nur existieren muss, sondern dass diese auch geliefert und offengelegt werden muss. Hier spielt die juristische Methodik und insbesondere der juristische Syllogismus, der zutreffenderweise nicht als Denkform, sondern als Darstellungsform zu

41 S. dazu oben bei II.

42 Beziehungsweise diejenige ist, die von allen geteilt werden müsste.

43 Damit ist nicht behauptet, dass die Wahrscheinlich-Macher, wie sie gegenwärtig ausgestaltet sind, keine Kritik verdienen (sowohl was ihre normative Ausgestaltung betrifft als auch die rechtstatsächliche Befolgung).

44 Das ist eine Anforderung, die in der gegenwärtigen Gerichtspraxis nicht beachtet wird.

verstehen ist,⁴⁵ die zentrale Rolle. Mit der Notwendigkeit der Begründung verbunden ist auch die Anforderung, für Gründe offen zu sein. Wer sich in das Spiel der Gründe begibt, muss bereit sein, solche nicht nur zu geben, sondern auch zu nehmen.⁴⁶ Hier wäre natürlich zu diskutieren, wer darüber befindet, welche Gründe zulässig sind und wie sich die Gründe zueinander Verhalten – das von *Neumann*⁴⁷ aufgezeigte Problem. Entscheidend ist an dieser Stelle allerdings allein, dass das Gericht Gründe für den ausgezeichneten Kandidaten und gegen die verworfenen Kandidaten liefert und in eine stringente Ordnung bringt. Die Vorkehrung der Begründungspflicht allein ist nicht in der Lage, Wahrheit im Recht zu garantieren. Sie erhöht lediglich die Wahrscheinlichkeit dafür, dass die ausgewählte Aussage wahr ist – also, dass der Auszeichnungsakt *als vertrauenswürdig angesehen werden kann*. Allerdings ist die Begründungspflicht auch nicht der einzige Wahrscheinlich-Macher – und es ist gerade das Zusammenspiel mit den anderen Faktoren, welches die Wahrscheinlichkeit weiter erhöht.

Neben die Anforderung der Begründung treten als zweiter Wahrscheinlich-Macher diejenigen Regeln, die dafür sorgen, dass der Akt der Auswahl unter den Wahrheitskandidaten aus neutraler und besonnener Perspektive erfolgt (ii). Damit meine ich vor allem den Umstand, dass die Richtenden beim Auswahlakt nicht von persönlichen Interessen geleitet, dass sie frei von Pressionen und Vorfestlegungen sind.⁴⁸ Zu diesen Regeln gehören, ich buchstabiere es hier für das Strafrecht aus, die privilegierte Rolle der Richterperson und ihre Unabhängigkeit⁴⁹, Befangenheitsregeln, die Trennung von Anklagebehörde und Gericht, aber auch flankierende Institute wie der gesetzliche Richter, das Gremienprinzip. Überdies würde ich auch die Richterausbildung und das auf Erfahrung fokussierende Beförderungswesen in der Justiz als Regeln anführen, die die Vertrauenswürdigkeit des Auswahlaktes unter Wahrheitskandidaten – und damit die Wahrscheinlichkeit von Wahrheit – erhöhen.

45 „Der juristische Syllogismus macht nicht sichtbar, was bei der Rechtsanwendung vor sich geht. Der deduktive Duktus des Gutachtenstils ist eine Darstellungstechnik.“ *Bung*, Syllogismus, 215, 215.

46 Brandom, *Expressive Vernunft*, S. 253 ff., bezugnehmend auf *Willfrid Sellars*. Vgl. *Sellars*, *Empiricism*, 127, 169.

47 Siehe oben bei Fn. 13.

48 Daran, dass dieses Ideal stets Gefahr läuft, verfehlt zu werden, erinnert *Günther*, *FS Kargl*, 153, 161.

49 Vgl. dazu *Fischer/Kudlich*, *Strafgerichte*, § 14 Rn. 14 ff. Dort auch zur Ablehnung wegen fehlender Unparteilichkeit, Rn. 57 ff.

Unter einen dritten Wahrscheinlich-Macher fasse ich die Regelungsinstitute zusammen, die absichern, dass die im juristischen Syllogismus verwendeten Prämissen möglichst zuverlässig sind (iii). Sie sichern also ab, dass das Gericht alle Umstände – Tatsachen und Normen⁵⁰ – kennt und zwar in möglichst unverfälschter Form. Zu dieser Gruppe der Wahrscheinlich-Macher gehören die Amtsaufklärungspflicht⁵¹, die Wahrheitspflicht der Zeugen, die Pflicht zu rechtllichem Gehör. Auch die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung wird von deren Proponenten mit der Wahrheitsfindung begründet.⁵² Sogar Regeln, denen primär beschuldigten-schützender Charakter zukommt, lassen sich dergestalt lesen, dass sie dazu dienen, die vom Gericht verwendeten Prämissen abzusichern: Das Konfrontationsrecht des Beschuldigten, die Begründungsnotwendigkeit der Ablehnung von Beweisanträgen, die Vergewisserungspflicht bei der Würdigung eines Geständnisses oder der Grundsatz der Waffengleichheit. Denn sie alle tragen dazu bei, dass der gerichtliche Auszeichnungs-Akt auf einer Grundlage erfolgt, die epistemisch als gerecht⁵³ anzusehen ist, dass also die Auswahl in Kenntnis und in Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte gefällt wurde. Die Ausrichtung auf Wahrheit ließe sich sogar für § 136a StPO formulieren, der ein Beweisverwertungsverbot für erfolterte Aussagen statuiert:⁵⁴ denn das unter Folter Ausgesagte ist eben als Beleg einer Tatsache gerade nicht belastbar, taugt nicht zur Etablierung von Wahrheit im Recht.⁵⁵

Neben Begründungspflicht, Neutralität und Prämissenabsicherung, die allesamt Anforderungen an den *Prozess* der Auswahl stellen, bezieht sich der vierte Wahrscheinlich-Macher auf den Status des Ausgewählten: Zwar

50 Dies bezieht sich meist auf das Etablieren der faktischen Prämissen, kann sich aber auch auf rechtliche Prämissen, also Normen, beziehen (Rechtsexpertise aus anderen Rechtssystemen, Auslegungsexpertise aus anderen Disziplinen, etwa der Psychologie).

51 Zabel, Aufklärungsmaxime, § 11 Rn. 3: „Teil juristischer Kohärenzproduktion“.

52 Ob dies der Wahrheit dient? Problematisierend Romund, Dekonstruktion, S. 106 ff.

53 Vgl. zur Phänomenerfassung epistemischer Ungerechtigkeit umfassend Kidd/Medina/Pohlhaus, Epistemic Injustice. Einen konkreten Anwendungsfall für die (deutsche) Justizpraxis, nämlich die Ungleichbehandlung von Personen mit Blick auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen, findet sich bei Bublit, ZIS 2021, 210, 212 ff.

54 § 136a StPO erfasst freilich nicht nur erfolterte Aussagen, sondern geht weiter. Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 202 ff. Für das hiesige Argument genügt die vergrößernde, zugespitzte Aussage.

55 Eine Einsicht, die mit Blick auf die mittelalterliche Inquisition noch nicht so alt ist, vgl. dazu Günther, FS Kargl, 153, 156.

wird die ausgewählte rechtliche Aussage als wahr ausgezeichnet. Doch kommt dieser Aussage zugleich der Status zu, vorläufig zu sein (iv). Diese Vorläufigkeit zeigt sich nicht nur an der Möglichkeit, dass eine bisherige Rechtsprechung aufgegeben werden kann.⁵⁶ Die Vorläufigkeit ist vielmehr von vornherein vorgesehen. Wenngleich das gefällte Urteil einen Vertrauensvorschuss genießt, wird doch durch die Möglichkeit rechtskraft-hindernder und rechtskraft-durchbrechender Rechtsmittel deutlich, dass es sich um eine *vorläufige* Wahrheit handelt. Der Aspekt der Vorläufigkeit, der sich vor allem in der Überprüfbarkeit niederschlägt, erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Auswahl des Wahrheitskandidaten allseitig geteilt werden kann – denn das System der Rechtsmittel belegt, dass man sich der Fehleranfälligkeit Gewähr ist, über ein „Fehlermanagement“ verfügt.⁵⁷ Aber erhöht die Überprüfbarkeit nicht nur die Wahrscheinlichkeit künftiger Entscheidungen, sichert also, dass fehlerhafte Entscheidungen korrigiert werden, sondern erhöht sie auch schon die Wahrscheinlichkeit der gegenwärtigen Entscheidung? Ich würde dafür argumentieren: Die durch den Akt der Auswahl generierte Wahrheit wird stets im Bewusstsein künftig Richtender erklärt. Die Auswahl erfolgt damit im Lichte ihrer Aufhebbarkeit.⁵⁸ Das Bewusstsein um die künftig Richtenden steigert das Bemühen um eine überzeugende gegenwärtige Auswahl.

Betrachten wir die vier geschilderten Wahrscheinlich-Macher, nämlich (i) Begründung, (ii) Neutralität, (iii) Prämissenabsicherung und (iv) Vorläufigkeit, so wird klar, dass dies eben die Essentialia von Wissenschaftlichkeit sind.⁵⁹ Auch die eingangs erwähnte Naturwissenschaftlerin kann kaum mehr tun als auf derartige Wahrscheinlich-Macher hinweisen: geeichtes Messgerät, die Eigenschaft, in der Beobachtung erfahren zu sein, die Bestätigung durch andere zuverlässige Beobachter.

Ich würde für die Sphäre des Rechts sogar so weit gehen und behaupten, dass gerade die Richterinnen und Richter diejenigen sind, die professio-

56 Das besonders eindruckliche Beispiel wie „die Wahrheit (...) ihr Erscheinungsbild [ändert]“ liefert *Seibert*, FS Neumann, 397, 402 f. mit der Zuschreibung von Verantwortlichkeit gegenüber Mitgliedern verbrecherischer Organisationen wie der SS.

57 Vgl. zum Phänomen der Fehlentscheidung (und der Verteidigung des Begriffs) den Beitrag von *Nina Schrott* in diesem Band.

58 *Brandom*, DZPhil 1999, 355, 379 f.; dazu *Christensen/Sokolowski*, Neopragmatismus, 285, 299.

59 Auch ist sich eine Naturwissenschaftlerin der Vorläufigkeit ihres Ergebnisses bewusst, wobei das von ihr Herausgefundene nicht nur das Label „Stand der Wissenschaftlichen Erkenntnis“, sondern dasjenige der (wenn auch vorläufigen) Wahrheit verdient.

nell damit betraut sind, die Wahrheit im Recht zu suchen, in der hier verstandenen Weise als durch alle akzeptierbare, gemeinsame Sichtweise auf rechtliche Verpflichtetheit.⁶⁰ Und daher – knüpft man Wissenschaftlichkeit an Wahrheitsuche – sind sie es, die Personen der Wissenschaft *par excellence* sind. Allein der Zeitdruck und die Unfreiheit bei der Themenwahl lassen sie zu „flüchtigen und getriebenen“ Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern werden.

V. *Quid novis?*

Was bedeutet nun die hier entwickelte Sichtweise zur Wahrheit im Recht? Was folgt aus alledem? Ich möchte hier vier Aspekte betonen, die, wie ich meine, in einem neuen Licht erscheinen.

Erstens: *Neumann* sucht nach Wahrheit im Recht. Weil er einer Entdeckungs-Konzeption von Wahrheit folgt, kann er sie dort – und zwar mit guten Gründen – nicht finden. Vielmehr sieht er sich gezwungen, Wahrheit im Recht mit der Rolle einer „rechtspraktisch“ sinnvollen Fiktion zu bescheiden. In Abweichung dazu habe ich ein Verständnis von Wahrheit vorgeschlagen, das sich statt als Entdeckungs-Konzeption als Vertrauens-Konzeption verstehen lässt.⁶¹ Wahr ist danach nicht nur die naturgesetzliche, a priori Wahrheit, sondern eben auch die Vertrauen verdienende, verlässliche Realität. Wahr wird hier verstanden wie in „er ist ein wahrer Freund“ oder „wahre Liebe“. Im Recht ist dann dasjenige wahr, was unabhängige Gerichte als wahr auszeichnen. Der Grund der Verlässlichkeit liegt nicht nur darin, dass das von Gerichten Entschiedene mit Zwang durchsetzbar ist, also wahrscheinlich Realität wird. Die Vertrauenswürdigkeit, und damit der

60 Einen interessanten Fall, dass es diese gemeinsame Sichtweise auf Verbindlichkeit gibt, findet sich im Internationalen Privatrecht im Grundsatz vom Ideal vom internationalen Entscheidungseinklang. Nach diesem von Savigny (System des heutigen Römischen Rechts) eingeführten Gedanken sei Ziel des Internationalen Privatrechts, dass im Falle einer Gesetzeskollision, der Fall überall auf der Welt in gleicher Weise beurteilt wird, siehe *v. Bahr/Mankowski*, Internationales Privatrecht, § 6 Rn. 56. Diesen Hinweis verdanke ich *Bettina Rentsch*. Vgl. zur Notwendigkeit der Durchbrechung der Entscheidungsharmonie bei Wertekonflikten *Rentsch*, Eingriffsrecht, 255, 259 ff.

61 Insofern kommt dieses Verständnis einer Vertrauenskonzeption von Wahrheit im Ergebnis dem nahe, was *Jahn*, Interview, über die im Strafprozess erlangbare „möglichst plausible Version von Wahrheit“ bemerkt: „ein Ergebnis (...), das für einen objektiven Betrachter oder Leser akzeptabel ist.“

Wahrheitsbegriff, ist vielmehr rückgebunden⁶² an die Idee, dass eine rechtliche Aussage *deswegen* vertrauenswürdig ist, weil sie einer allseitig eingenommenen Perspektive entspricht. Und dass die Gerichte diese Perspektive finden, wird durch verschiedene Faktoren wahrscheinlicher: Die Notwendigkeit, die Entscheidungen zu begründen, der Unabhängigkeitsstatus der Gerichte, Regeln zur Absicherung von Prämissen und die Vorläufigkeit ihrer Urteile.⁶³

Zweitens: Nimmt man diese Perspektive auf Wahrheit im Recht ein, dass also Gerichte Wahrheit im Recht generieren, dann könnte man die Herstellung von Wahrheit als eigenes, vielleicht sogar als das zentrale Ziel der Rechtspflege ansehen. Statt Schutz und Realisierung von Rechten sowie Abwehr und Sanktionierung von Unrecht, ist wesentliches Ziel der Rechtspflege die Etablierung von Wahrheit im Recht. Ob diese Zielbestimmung lediglich eine Reformulierung, eine alternative Sichtweise oder aber eine Akzentverschiebung hin zu einer objektiven, die Interessen der einzelnen Person transzendierenden Konzeption des Rechts ist, möchte ich an dieser Stelle offenlassen. Worauf sich der entwickelte vertrauensbasierte Wahrheitsbegriff jedenfalls festlegt, ist ein Perspektivenwechsel auf das Verhältnis von materieller und prozessualer Wahrheit: Statt „materielle Wahrheit“ als Ziel des Rechts auszugeben, das dann mit anderen Prinzipien abgewogen werden muss, etwa klassisch in der Strafprozessordnung: „Wahrheit, aber nicht um jeden Preis“⁶⁴, geht es von vornherein nicht um materielle Wahrheit, sondern stets ausschließlich um die prozessuale Wahrheit. Es geht also um die Wahrheit, die auf eine solche Weise ermittelt wurde, und solchen Gründen folgt, wie sie allen zustimmungswürdig erscheinen.⁶⁵

Drittens: Was bedeutet es, die zentrale Rolle bei der Wahrheit im Recht *der Rechtsprechung* zuzuweisen? Bedeutet die Hervorhebung der Judikative eine Annäherung der Wahrheit an Autorität – und droht dadurch das, was

62 Hier sehe ich eine Parallele zu *Hobbes*, der den Wahrheitsbegriff auf die Friedenssicherung rückbezieht, so die überzeugende Deutung von *Rhonheimer*, ARSP 2000, 484, 491. Die *Hobbes'sche* Sentenz des „*Autoritas non veritas facit legem*“ im 26. Buch des *Leviathan* ist (u.a. gegen Carl Schmitt) eben nicht als Ausdruck des Dezisionismus zu lesen, sondern *Hobbes* entwickle eine „pragmatisch-politische [Theorie der] Wahrheit“, *Rhonheimer*, ARSP 2000, 484, 491 f.

63 Siehe ausführlich bei IV.

64 BGHSt 14, 358; dazu und zum Wahrheitsbegriff des Strafverfahrens *Zabel*, Aufklärungsmaxime, § 11 Rn. 13 f.

65 Beziehungsweise als Autorinnen und Autoren der Normen zugestimmt haben. Wo die Grenze dessen liegt, welche Weisen der Wahrheitsermittlung zulässig sind und welche nicht, ist die Frage einer anderen Gewalt, nämlich der Legislative.

Neumann als kritisches Potential der Wahrheit benennt,⁶⁶ nicht verloren zu gehen? Das Gegenteil scheint mir der Fall zu sein: Weil Wahrheit im Recht bei den Gerichten liegt, wird deren Unparteilichkeit und Gründe-Orientierung umso dringlicher. Wenn Gerichte zwischen Wahrheitskandidaten auszuwählen haben und dies in begründeter Weise tun müssen, wenn also die Offenheit für Begründungen konstitutiv ist für die Generierung von Wahrheit im Recht, dann wird die Orientierung der Rechtsprechung an Rechtswissenschaft unabdingbar.⁶⁷ Man könnte darin eine Zurücksetzung der Rechtswissenschaft in eine Zuliefererrolle erblicken, die im Herbeischaffen von Wahrheitskandidaten und Argumenten besteht. Stattdessen scheint mir der springende Punkt der Zentralstellung der Judikative der zu sein, dass daraus eine stärkere Öffnung der Rechtsprechung für Überlegungen aus der Rechtswissenschaft folgt. Kurz gesagt: Wer Wahrheit macht, muss Gründe hören, und mehr noch: muss sich für Gründe interessieren. Für die konkrete Begründungspraxis der Gerichte scheint mir das für eine deutlichere Auseinandersetzung mit alternativen Wahrheitskandidaten zu sprechen als sie gegenwärtig in Urteilsbegründungen praktiziert wird. Nicht nur die Begründung der gewählten Argumentationsroute wäre danach erforderlich, sondern es erscheint dann auch eine Darlegung erforderlich, weshalb das Gewählte relativ besser ist als andere Routen.⁶⁸

Viertens und letztens: Der Umstand, dass das, was geurteilt wird, als Auszeichnung von Wahrheit angesehen wird, bedeutet auch aus einem weiteren Gesichtspunkt nicht, dass das kritische Potential der Wahrheit verloren geht. Das liegt nicht nur daran, dass es jederzeit möglich bleibt, einen alternativen Wahrheitskandidaten für überzeugender zu halten. Sondern es liegt vor allem an der Rückbindung der Wahrheit an die Perspektive aller. Dies bedeutet nämlich, dass die Wissenschaft darauf hinweisen kann, dass die Rechtsprechung bei der Erzeugung von Wahrheit eben diejenige Perspektive, die sie legitimiert, verfehlt hat. Und ein solches Verfehlen kann sich in Bezug auf jeden Wahrscheinlich-Macher ergeben, wenngleich die vier Wahrscheinlich-Macher in unterschiedlichem Maße verzichtbar

66 Neumann, Wahrheit im Recht, S. 48 ff.

67 Zur fehlenden Wahrnehmung der *Methodik* durch die Rechtsprechung instruktiv Simon, Wertlosigkeit, S. 3 f. et passim.

68 Alle Wahrscheinlich-Macher, die in unserer Rechtsordnung existieren, sind natürlich kontingent und können verschärft oder gelockert werden. Je mehr man Wahrheit mit allseitig einsichtigen Gründen in Beziehung bringt, desto höher dürfte Grad und Ausmaß der Wahrscheinlich-Macher sein.

sind. Man kann sich ein Justizsystem ohne Rechtsmittel vorstellen⁶⁹; eines mit reduzierter Unabhängigkeit; eines, in dem Prämissen kaum überprüft werden; oder eines, in dem Entscheidungen spärlich und im Geheimen begründet werden. Jeder partielle Verzicht bei den Wahrscheinlich-Machern reduziert allerdings die Befähigung der Justiz, ihre Aufgabe zu erfüllen, nämlich eine vertrauenswürdige, weil allseitig akzeptierbare Perspektive zu etablieren. Jeder Verzicht trägt dazu bei, dass mit etwas weniger Berechtigung von der *Wahrheit im Recht* die Rede sein kann. Inwiefern bei den Wahrscheinlich-Machern unseres gegenwärtigen Rechtssystems Potential für Nachbesserung und Sensibilisierung besteht,⁷⁰ ob wir also Wahrheit nicht noch wahrscheinlicher machen sollten als wir es gegenwärtig tun, scheint mir eine diskussionsbedürftige Frage zu sein.

Literaturverzeichnis

- Abraham, Markus*: Sanktion, Norm, Vertrauen. Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart, Berlin 2018 (zitiert als: Sanktion).
- v. Bahr, Christian/Mankowski, Peter*: Internationales Privatrecht, Band I – Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003 (zitiert als: Internationales Privatrecht).
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*: Strafprozessrecht, 16. Auflage, Heidelberg 2022.
- Boisacq, Émile*: Dictionnaire Étymologique de la Langue Grecque. Étudiée dans ses rapports avec les autres langues indo-européennes, 4. Auflage, Heidelberg 1950 (zitiert als: Grecque).
- Brandom, Robert*: Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, übers. von Eva Gilmer und Hermann Vetter, Frankfurt a.M. 2000 (zitiert als: Expressive Vernunft).
- Brandom, Robert*: Pragmatistische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 47 (1999), S. 355–381.

69 Zwar wäre sogar ein Gerichtssystem vorstellbar, in dem jede Entscheidung sofort letztinstanzlich ist, wenngleich dort die Funktion von Begründung erheblich reduziert wäre. Aber ein System, das trotz offensichtlicher Chance zum Irrtum keinerlei Verfahren zur Korrektur von Fehlern vorsieht, erhöht jedenfalls die Quote an Irrtümern, an Unwahrheit.

70 Etwa die Verzerrungen von Tatsachen vor Gericht, etwa durch Fehleinschätzung der Glaubwürdigkeit von Informanten – unter Bezugnahme auf *Miranda Frickers* Epistemic Injustice – *Günther*, FS Kargl, 153, 162f. Vgl. zur epistemischen Gerechtigkeit bereits Fn. 53.

- Bublitz, Christoph*: Entwicklung und Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Glaubhaftigkeitsanalyse. Epistemische Gerechtigkeit und Implikationen für Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2021, S. 210–221.
- Bung, Jochen*: Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.): *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen 2012, S. 215–225 (zitiert als: Syllogismus).
- Bung, Jochen*: Sprachperformanz als Grundlage des Gesellschaftsvertrags, in: Bülow, Lars/Bung, Jochen/Harnisch, Rüdiger/Wernsmann, Rainer, *Performativität in Sprache und Recht*, Berlin/Boston 2016, S. 63–77 (zitiert als: Gesellschaftsvertrag).
- Christensen, Ralph/Sokolowski, Michael*: Neopragmatismus: Brandom, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): *Neue Theorien des Rechts*, 2. Auflage, Stuttgart 2009, S. 285–306 (zitiert als: Neopragmatismus).
- Deckert, Martina*: Recht und Wahrheit. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996), S. 43–54.
- Dworkin, Ronald*: *Taking Rights Seriously*, London 1977.
- Fischer, Thomas/Kudlich, Hans*: Strafgerichte: Stellung, Aufgaben, Ablehnung und Ausschluss von Gerichtspersonen, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts Band 7, Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, Heidelberg 2020, § 14 (zitiert als: Strafgerichte).
- Greco, Luís*: Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbestrißs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015 (zitiert als: Strafprozesstheorie).
- Günther, Klaus*: Wahrheit und Gerechtigkeit, in: Albrecht, Peter-Alexis/Kirsch, Stefan/Neumann, Ulfrid/Sinner, Stefan (Hrsg.): *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berlin 2015, S. 153–164 (zitiert als: FS Kargl).
- Heidegger, Martin*: *Vom Wesen der Wahrheit. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet*, Gesamtausgabe, Band 34, Frankfurt a.M. 1988 (zitiert als: Wesen).
- Jahn, Matthias*: Richterliche Überzeugungsbildung, „Die Suche nach der Wahrheit wäre naïv“, in: *Legal Tribune Online* v. 11. Januar 2011, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/2311/, abgerufen am 15. Februar 2023 (zitiert als: Interview).
- Kaiser, Gerhard*: Die Wahrheit wird euch frei machen. Die Freiburger Universitätsdevise – ein Glaubenswort als Provokation der Wissenschaft, in: Wenzler, Ludwig (Hrsg.): *Welche Wahrheit braucht der Mensch? Wahrheit des Wissens, des Handelns, des Glaubens*, Freiburg i.Br. 2003, S. 47–103 (zitiert als: Wahrheit).
- Kelsen, Hans*: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2017.
- Kidd, Ian James/Medina, José/Pohlhaus, Gaile*: *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, London/New York 2017 (zitiert als: Epistemic Injustice).
- Köbler, Gerhard*: *Altenglisches Wörterbuch*, Gießen 1985 (zitiert als: Altenglisch).
- Lemmon, Edward John*: *Beginning Logic*, Indianapolis/Cambridge 1978 (zitiert als: Logic).
- Locke, John*: *The Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration* (1689), Mineola (New York) 2002 (zitiert als: Second Treatise).

- Neumann, Ulfrid*: Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, Baden-Baden 2004 (zitiert als: Wahrheit im Recht).
- Pagenstecher, Max*: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905 (zitiert als: Rechtskraft).
- Rentsch, Bettina*: Krisenbewältigung durch konstitutionalisiertes Kollisionsrecht, oder: Eingriffsrecht als integraler Bestandteil des europäischen IPR, in: Bauerschmidt, Jonathan/Fassbender, Bardo/Müller, Michael/Siehr, Angelika/Unsel, Christopher (Hrsg.): Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, Baden-Baden 2015, S. 255–300 (zitiert als: Eingriffsrecht).
- Rhonheimer, Martin*: „Autoritas non veritas facit legem“: Thomas Hobbes, Carl Schmitt und die Idee des Verfassungsstaates, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 86 (2000), S. 484–498.
- Romund, Yann*: Strafprozess und Dekonstruktion. Eine Studie zur Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung, Tübingen 2023 (zitiert als: Dekonstruktion).
- Saliger, Frank*: Rechtsphilosophische Probleme der Rechtsbeugung, in: Alexy, Robert (Hrsg.): Juristische Grundlagenforschung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel, Stuttgart 2005, S. 138–153 (zitiert als: Rechtsbeugung).
- Schulz, Lorenz*: Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2007, S. 353–361.
- Seibert, Thomas-Michael*: Wahrheit im Recht, in: Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Frank Saliger in Verbindung mit Osman Isfen, Young-Whan Kim, Shing I Liu, Christos Mylonopoulos, Juarez Tavares, Keiichi Yamanaka, Yongliu Zheng, Heidelberg 2017, S. 397–407 (zitiert als: FS Neumann).
- Sellars, Wilfrid*: Empiricism and the Philosophy of Mind, in: ders.: Science, Perception and Reality, London 1963, S. 127–196 (zitiert als: Empiricism).
- Simon, Dieter*: Recht als Rhetorik – Rhetorik als Recht, in: Grimm, Dieter/Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph (Hrsg.), Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext, Baden-Baden 2015, S. 201–225 (zitiert als: Rhetorik).
- Simon, Dieter*: Zur Wertlosigkeit juristischer Methodenlehre, Festvortrag anlässlich des Tages der Juristischen Fakultät Potsdam am 23. Juni 2016. Abrufbar unter: <https://mediaup.uni-potsdam.de/Play/5256>, zitiert nach Manuskriptseiten, abrufbar unter: http://mops-block.de/images/texte/vortrag_potsdam.pdf, abgerufen am 15. Februar 2023 (zitiert als: Wertlosigkeit).
- Viehweg, Theodor*: Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften, mit einer Einleitung herausgegeben von Heino Garn, Baden-Baden 1995 (zitiert als: Rhetorische Rechtstheorie).
- Weidlich, Wolfgang*: Grundkonzepte der Physik. Mit Einblicken für Geisteswissenschaftler, Berlin/Boston 2014 (zitiert als: Grundkonzepte).

- Zabel, Benno*: Aufklärungsmaxime und freie Beweiswürdigung, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Band 7, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Heidelberg 2020, § 11 (zitiert als: Aufklärungsmaxime).
- Zehnpfennig, Barbara*: Was ist der Sophist? Eine Spurensuche in Platons Dialogen, in: dies. (Hrsg.), Die Sophisten: ihr politisches Denken in antiker und zeitgenössischer Gestalt, Baden-Baden 2019, S. 53–73 (zitiert als: Sophist).

Die Objektivität juristischer Erkenntnis

Implikationen von Max Webers Wissenschaftstheorie für die Rechtswissenschaft

Kristina Peters

I. Einleitung

„Objektivität“ ist ein Zentralbegriff in der Debatte darüber, was „Wissenschaft“ ist: Wissenschaft soll objektiv sein, darauf können sich – abseits vielfältiger anderweitiger Streitigkeiten – noch die meisten Stimmen einigen. Gemeint ist hiermit, dass die wissenschaftliche Tätigkeit von allem Subjektivem, von persönlichen Einstellungen und Wertungen, frei sein soll. Grundlage dieser Forderung nach Objektivität ist ein bestimmtes Verständnis von Wirklichkeit, wonach diese unabhängig von solchen persönlichen Einstellungen und Wertungen existiert. Geht man von dieser Grundannahme aus, kann es wahre Aussagen geben – Wahrheit meint dann die Übereinstimmung von Aussage und Realität.¹

Die Wissenschaftstheorie stellt sich dem schwierigen Problem, die Sphäre der persönlichen Überzeugungen und der Weltanschauung abzugrenzen von dem Bereich einer objektiven, damit wissenschaftlichen Erkenntnis.² Es geht, in anderen Worten, um „die oft haarfeine Linie, welche Wissenschaft und Glauben scheidet“³. Freilich wird der vorliegende Beitrag nicht in der Lage sein, eine umfassende Antwort auf die Frage zu geben, was an der juristischen Erkenntnis „objektiv“ sein kann – das Thema ist vielmehr, wie auch der vorangegangene Beitrag gezeigt hat und viele der folgenden Beiträge illustrieren werden, in der Diskussion über den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz allgegenwärtig, gerade weil „Objektivität“ und „Wissenschaft“ eng miteinander verknüpft sind.

Schlägt man zentrale Werke zur Wissenschaftstheorie auf, so stößt man in diesem Zusammenhang insbesondere auf einen Autor: Max Weber. Die-

1 Schurz, *Wissenschaftstheorie*, S. 26 f.

2 Schurz, *Wissenschaftstheorie*, S. 11 f.

3 Weber, *Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* (1904), S. 212.

ser hat die „erste detaillierte Ausarbeitung der Wertfreiheitsforderung“⁴ vorgelegt, die im Fokus dieses Beitrags stehen soll. Max Webers wissenschaftstheoretische Texte analysieren die Objektivitätsmaxime und betreffen im Kern die Frage, welche Rolle Werturteile in der Wissenschaft spielen dürfen. Seine Arbeiten beziehen sich vorrangig auf die Sozialwissenschaft, doch haben sie die heutige Wissenschaftstheorie insgesamt nachhaltig geprägt. Der Titel dieses Beitrags ist eine Anspielung auf den Titel des insoweit einflussreichsten Aufsatzes von Max Weber, der die Überschrift „Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis“ trägt.

Die Auseinandersetzung mit dieser programmatischen Schrift lohnt, da sie für die Einstellung der Wissenschaftstheorie zum Umgang mit Werturteilen richtungswesend war.⁵ Gleichzeitig bestehen einige prominente Irrtümer über Webers Wissenschaftslehre; einigen will dieser Beitrag zu Leibe rücken. Hierzu wird in einem ersten Schritt der erwähnte Aufsatz aus dem Jahre 1904 auf seine Kernaussagen hin untersucht, dabei aber auch auf einige Ergänzungen eingegangen, die Weber in späteren Arbeiten formuliert hat. Sodann wird der Frage nachgegangen, was die Rechtswissenschaft in Bezug auf ihr wissenschaftstheoretisches Fundament von Weber lernen kann.

II. Max Webers „Objektivitätsaufsatz“ von 1904

Max Weber hat seine Wissenschaftstheorie nicht monographisch, sondern in einer Reihe von Vorträgen und Aufsätzen entwickelt.⁶ Den Kern bildet der erwähnte Aufsatz aus dem Jahr 1904, der die Überschrift „Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis“ trägt und meist schlagwortartig als „Objektivitätsaufsatz“ bezeichnet wird. Die-

4 Schurz, *Wissenschaftstheorie*, S. 39.

5 Siehe etwa die Darstellungen bei Schurz, *Wissenschaftstheorie*, S. 39 ff.; Carrier, *Wissenschaftstheorie*, S. 161 ff.; Brühl, *Wissenschaft*, S. 250 f.; Proctor, *Value-Free Science?*, S. 65 ff.; Douglas, *Science, Policy, and the Value-Free Ideal*, S. 46.

6 Diese wurden von Marianne Weber als „Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre“ zusammengefasst und erstmals 1922 herausgegeben; hier wird die Tübinger Ausgabe, herausgegeben von Johannes Winckelmann, verwendet. Webers Arbeiten sind vor dem Hintergrund des sogenannten Werturteilsstreits zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu sehen, dessen Hergang und übrige Akteure hier nicht im Fokus stehen, vgl. hierzu etwa die detaillierte Darstellung bei Keuth, *Wissenschaft und Werturteil*, S. 7 ff.; siehe auch Nau, *Der Werturteilsstreit*, S. 9 ff.

ser Objektivitätsaufsatz umreißt ein wissenschaftstheoretisches Grundsatzprogramm, mit dem Weber die Übernahme der Herausgeberschaft des Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik gemeinsam mit Werner Sombart und Edgar Jaffé einleitete. An die Spitze dieses Unternehmens stellte er die Wahrheit und definierte wissenschaftliche Erkenntnis als die „objektive‘ Geltung ihrer Ergebnisse als *Wahrheit*“⁷. Webers Ausgangsfrage lautete, ob das bisherige Programm des Archivs in wissenschaftlicher Art und Weise verwirklicht werden könne. Dieses habe darauf abgezielt, neben der Erkenntnis der „*Tatsachen* des sozialen Lebens“ auch „die Schulung des *Urteils* über *praktische Probleme* desselben und damit [...] die Kritik an der sozialpolitischen Arbeit der Praxis, bis hinauf zu derjenigen der gesetzgebenden Faktoren“⁸, zu leisten. Gleich zu Beginn stellt er fest, Aufgabe der Sozialwissenschaft im Allgemeinen und des Archivs im Besonderen könne es nicht sein, Werturteile zu produzieren, sondern stattdessen, diese wissenschaftlich zu kritisieren.⁹ Werturteile sind für ihn, gemäß einer später gebildeten Definition, „*praktische* Wertungen sozialer Tatsachen als, unter ethischen oder unter Kulturgesichtspunkten oder aus anderen Gründen, praktisch wünschenswert oder unerwünscht“¹⁰. Dies führt ihn zu seiner Kernfrage: „Was *bedeutet* und bezweckt wissenschaftliche Kritik von Idealen und Werturteilen?“¹¹

Webers Antwort ist ein vierschrittiges Programm,¹² wie auf eine wissenschaftliche Art mit Werturteilen verfahren werden kann: Zunächst kann die Geeignetheit von Mitteln zur Erreichung eines gegebenen Zwecks untersucht werden. Diese Geeignetheit lasse sich prognostizieren. Indirekt werde so zudem eine kritische Beurteilung der Zwecksetzung – als grundsätzlich machbar oder sinnlos – ermöglicht. Zweitens können die Folgen des Mit-

7 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 147.

8 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 147.

9 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 148 f.

10 Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 499.

11 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 149.

12 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 149–151; dieses Programm wiederholt er etwa in Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 499, 508; Weber, Wissenschaft als Beruf, S. 601 f., 607 f.

teleinsatzes untersucht werden, die abseits des anvisierten Zwecks einzutreten drohen. Dies ermöglicht eine Abwägung mit Blick auf die Nachteile, die hinsichtlich anderer Zwecke drohen. Die Abwägungsentscheidung sei jedoch der wissenschaftlichen Arbeit entzogen und Sache von Gewissen und Weltanschauung. Drittens kann herausgearbeitet werden, was genau im Einzelnen bezweckt wird, in welchen logischen Zusammenhängen diese Zwecke stehen und insbesondere welche Ideen ihnen „zugrunde liegen oder liegen können“¹³. Hier sieht Weber die Schnittstelle zur Sozialphilosophie. Viertens geht es schließlich um eine „formal-logische Beurteilung des in den geschichtlich gegebenen Werturteilen und Ideen vorliegenden Materials, eine Prüfung der Ideale an dem Postulat der inneren *Widerspruchslosigkeit*“¹⁴. Ziel ist es, die „letzten Axiome“ zu ermitteln, die sich in einem Werturteil „manifestieren“, und sie „zum *Bewußtsein* zu bringen“¹⁵. Hierüber könne die „Mannigfaltigkeit möglicher Wertungen [bewältigt]“ werden.¹⁶ Weber geht es an dieser Stelle um ein Verfahren, das kritisiert, ohne inhaltlich zu werden und sich zu Werten zu bekennen oder diese abzulehnen.

Die Verfolgung dieses Programms soll auch im Umgang mit Werturteilen eine Trennung zwischen Erkennen und Beschreiben auf der einen und Beurteilen auf der anderen Seite ermöglichen und führt für Weber zu universal gültigen Ergebnissen.¹⁷ In der Sache werden hier zwei Sphären eines wissenschaftlichen Umgangs mit Werten beschrieben: (1) Die Untersuchung, welche Mittel zur Erreichung eines gegebenen Zwecks geeignet sind und welche Nebenfolgen möglicherweise eintreten, sowie (2) die Axio-

13 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 150; Weber räumt selbst ein, dass es sich nicht um „Induktionen“ im gewöhnlichen Sinne des Wortes“ handelt, macht aber gleichwohl hier und auch an anderen Stellen einen recht großzügigen Gebrauch von dem Begriff der „Logik“. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Formalwissenschaften in den Bereichen der deontischen Logik und der Entscheidungslogik Instrumente für die Herausarbeitung logischer Beziehungen zwischen Wertsätzen entwickelt haben, instruktiv Schurz, Wissenschaftstheorie, S. 41.

14 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 151.

15 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 150.

16 Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 530.

17 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 155.

matisierung der Werturteile und -ideen.¹⁸ In einer späteren Arbeit fasst Weber dies wie folgt zusammen:

„Die Wissenschaften, normative und empirische, können den politisch Handelnden und den streitenden Parteien nur *einen* unschätzbaren Dienst leisten, nämlich ihnen zu sagen: 1. es sind die und die verschiedenen ‚letzten‘ Stellungnahmen zu diesem praktischen Problem *denkbar*; – 2. so und so liegen die Tatsachen, mit denen ihr bei eurer Wahl zwischen diesen Stellungnahmen zu rechnen habt.“¹⁹

Diese Vorgaben für einen wissenschaftlichen Umgang mit Werturteilen kumulieren in dem berühmten Ausspruch: „Eine empirische Wissenschaft vermag niemanden zu lehren, was er *soll*, sondern nur, was er *kann* und – unter Umständen – was er *will*.“²⁰

Als Konsequenz definiert Weber Sozialwissenschaft als die „denkende[] Ordnung der Tatsachen“ (einschließlich der als soziale Tatsachen behandelten Werturteile) und Sozialpolitik demgegenüber als die – nicht wissenschaftliche – „Darlegung von Idealen“²¹. Er zielt dabei sowohl auf den Umgang mit fremden Werturteilen, Ideen und Axiomen, die insbesondere aus der Sozialpolitik stammen, als auch auf diejenigen mit den eigenen. Denn auch abseits der sozialpolitischen Diskussion ist ein Umgang mit Werturteilen für Weber unumgänglich: Wir *können* uns von unseren eigenen Werturteilen gar nicht freimachen – auch bei der wissenschaftlichen Tätigkeit nicht. Weber hat sich hier, das offenbaren schon seine Begrifflichkeiten, von der Erkenntnistheorie Immanuel Kants inspirieren lassen: Wo dieser annimmt, Wahrnehmung und Denken seien stets nur innerhalb durch uns eingebrachter Kategorien wie Kausalität, Raum und Zeit möglich, fügt Weber diesem Erkenntnisprogramm eine Wertdimension hinzu. Erkenntnis ist hiernach nur vermittels von Wertideen – welche immer das sein mögen – möglich, da die Welt sonst für uns zu groß und letzt-

18 Loos bezeichnet die erste Sphäre als die „technologisch-empirische Seite“ und die zweite als „Sinnanalyse“; Loos, ARSP Beiheft 43, 66, 67; siehe auch Dreier, Kelsen im Kontext, S. 371 f.

19 Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 499.

20 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 151.

21 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 157.

lich sinnlos ist.²² Weber spricht insoweit davon, dass die Erkenntnis an „subjektive“ Voraussetzungen *gebunden*²³ sei, von einer „logisch notwendigen Verankerung aller historischen Individuen an ‚Wertideen‘“, von einer „[t]ranszendente[n] Voraussetzung jeder *Kulturwissenschaft*“²⁴. Werturteile sind also in der wissenschaftlichen Arbeit zwangsläufig „da“ – können aber seiner Ansicht nach nicht wissenschaftlich gewonnen werden, können „niemals Produkt fortschreitenden Erfahrungswissens sein“²⁵. Allein der Umgang mit ihnen kann wissenschaftlich sein. Werturteile drängen sich damit jedem auf, sollen aber nicht unreflektiert übernommen, sondern auf den in ihnen manifestierten Ideengehalt zurückgeführt werden.²⁶ Wir sollen sie also nicht vertuschen, ihnen keinen „seriösen“ Anstrich von Wissenschaftlichkeit verleihen, sondern mit ihnen arbeiten, als ob sie fremde Werturteile wären. Vor diesem Hintergrund kann es Weber gar nicht um eine tatsächliche „Werturteilsfreiheit“ der Wissenschaft gehen, wie es so oft verkürzt heißt.²⁷ Er wendet sich – entgegen einem populären Missverständnis – nicht gegen das *Dasein* von Wertungen, sondern gegen ihre *Vermischung* mit Tatsachenbehauptungen.

Werturteile sind nach diesem Verständnis mitnichten bloß menschlicher Makel, auch wenn Weber sie mitunter etwa als „menschliche[] Schwäche“²⁸ bezeichnet. Sondern vielmehr wichtiger Kompass – sie geben der ordnen-

22 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 161 f.

23 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 182.

24 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 180.

25 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 154; ob ihnen eine „normative Dignität“ zukommen könne, die sie von bloßen „subjektive[n] Geschmacksurteile[n]“ unterscheide, stellt Weber ausdrücklich „nicht zur Diskussion“ – dies seien „Probleme der Wertphilosophie, nicht der Methodik der empirischen Disziplinen“, Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 501; vgl. auch Weber, Wissenschaft als Beruf, S. 598 f., 603 f.

26 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 153.

27 Hierzu tragen selbst im Rahmen ansonsten treffender Beschreibungen Formulierungen wie „Webersches Wertfreiheitspostulat“ oder „Wertfreiheitsforderung“, Schurz, Wissenschaftstheorie, S. 39, oder „Wertneutralität“, Schurz, Wissenschaftstheorie, S. 42, bei; weniger differenziert Brühl, Wissenschaft, S. 22 („Werturteilsverbot“).

28 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 151.

den Tätigkeit ihre Richtung.²⁹ Dies gilt mitnichten nur in der Sozialwissenschaft: Ein Biologe ist vielleicht seit seiner Kindheit von Affen fasziniert und widmet sich in seiner Forschung ausschließlich diesen Tieren. Er mag Affen und hält tierisches Leben für wertvoll und schützenswert. Eine Chemikerin stammt aus der Nähe von Tschernobyl und befasst sich mit dem Abbau bestimmter radioaktiver Stoffe. Sie sieht den Schutz menschlichen Lebens als oberstes Ziel an und richtet ihre Forschungstätigkeit hierauf aus. In der Wissenschaftstheorie lässt sich insoweit grundsätzlich ein Zurückdrängen des Empirismus und ein Bedeutungszuwachs des „Hintergrundrauschens“, des theoretischen Backgrounds sowie der eigenen Werturteile, identifizieren.³⁰ Wertungen leiten uns in unserem Forschungsinteresse und liefern uns bestimmte Prämissen, die unsere Tätigkeit prägen – dieser Umstand wird bei Weber nicht nur erkannt, sondern durchaus auch anerkannt.³¹

Dies führt zu einem zweiten großen Irrtum über Webers Position: Dem immer wieder erhobenen Vorwurf, Webers Programm sei ein Ausweichen vor der wissenschaftlichen Verantwortung.³² Dabei stellt Weber ausdrücklich fest, dass wissenschaftliche Objektivität nicht etwa Gesinnungslosigkeit bedeutet.³³ Wörtlich heißt es bei ihm: „*Gesinnungslosigkeit und wis-*

29 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 155, 161 f.

30 Schon Karl Popper sprach von der Theoriebeladenheit aller empirischen Forschung und einem Durchbruch wertender Elemente, Popper, Logik der Forschung, S. 60 ff. („Es gibt keine reinen Beobachtungen“, S. 76). Viele haben sich diesem Diktum im Grundsatz angeschlossen, auch wenn dessen Reichweite differenziert beurteilt wird, Überblick bei Schurz, Wissenschaftstheorie, S. 57 f., der im Ergebnis für die Theorieunabhängigkeit nur der visuellen Wahrnehmung eintritt. Dass jedenfalls die Auswahl von Beobachtungen als relevant theoriegeladen ist, ist wissenschaftstheoretisch unbestritten, siehe etwa Albert, Traktat über kritische Vernunft, 1980, S. 52 f.; van Fraassen, The Scientific Image, S. 56 ff.; Chalmers, Wege der Wissenschaft, S. 35 ff.; Carrier, Wissenschaftstheorie, S. 55 ff.; Schurz, Wissenschaftstheorie, S. 58.

31 Strenger Müller, Max Weber, S. 60: „Für Weber besteht der Wert der Wissenschaft in der unbefangenen und rückhaltlosen Suche nach Wahrheit, ungetrübt von den eigenen Wertempfindungen. Nüchternheit, Sachlichkeit und Distanz zum Gegenstand der Forschung helfen dabei, diesem Gebot der intellektuellen Rechtschaffenheit zu folgen.“ Freilich können die Motive für die Ausrichtung des Forschungsinteresses durchaus auch gegenstandsfremd sein – etwa, wenn ein Gegenstand ausgewählt wird, weil hierfür Drittmittel erlangt werden können und mediale Aufmerksamkeit winkt. Für diesen Hinweis danke ich Armin Engländer.

32 Schurz, Wissenschaftstheorie, S. 40; Müller, Einführung, S. 69, 189 f.

33 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 157; Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomi-

wissenschaftliche ‚Objektivität‘ haben keinerlei innere Verwandtschaft.“³⁴ Das Eintreten für die eigenen Ideale ist für ihn praktische Pflicht – die jedoch von der wissenschaftlichen Pflicht zu unterscheiden ist.³⁵ Stellungnahmen, die Ausfluss dieser praktischen Pflicht sind, dürfen in wissenschaftlichen Ausführungen auftauchen. Insbesondere stellt es ein gängiges und zulässiges Mittel der Wissenschaft dar, identifizierte fremde Werturteile und die damit in Verbindung gebrachten Ideen und Axiome mit anderen und insbesondere auch den eigenen Werturteilen zu konfrontieren.³⁶ Wertende Stellungnahmen müssen aber stets als solche kenntlich gemacht und dürfen nicht als wissenschaftliche Erkenntnis vorgetragen werden. In diesem Zusammenhang formuliert Weber zudem eine Forderung, die aktueller kaum sein könnte: Die jeweilige Gesinnung soll der wissenschaftlichen Arbeit nicht im Weg stehen; auch politische Gegnerinnen und Gegner sollen sich im Namen der Wissenschaft zur wissenschaftlichen Arbeit zusammenfinden. Eine „Gesinnungsprüfung“ für die Autorinnen und Autoren des Archivs kann es für Weber nicht geben.

Was aber heißt nun vor diesem Hintergrund „Objektivität“? Sie existiert für Weber in konsequenter Fortentwicklung der zuvor dargelegten Gedanken nur mit Einschränkungen – gewissermaßen „im Korridor“ der jeweiligen persönlichen Wertungen:

„Es gibt *keine* schlechthin ‚objektive‘ wissenschaftliche Analyse des Kulturlebens oder [...] der ‚sozialen Erscheinungen‘ *unabhängig* von speziellen und ‚einseitigen‘ Gesichtspunkten, nach denen sie – ausdrücklich oder stillschweigend, bewußt oder unbewußt – als Forschungsobjekt ausgewählt, analysiert und darstellend gegliedert werden.“³⁷

Alle wissenschaftliche Tätigkeit ist also wertmäßig „infiziert“. Begriffe und hypothetische Gesetze sind als Erkenntnismittel unentbehrlich, aber aus

schen Wissenschaften (1918), S. 503: „Denn weder bedeutet ‚alles verstehen‘ auch ‚alles verzeihen‘, noch führt überhaupt vom bloßen Verstehen des fremden Standpunktes an sich ein Weg zu dessen Billigung.“; vgl. auch a.a.O., S. 540.

34 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 157.

35 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 155.

36 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 156 f.

37 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 170.

ihnen kann die Relevanz eines Vorgangs nicht abgeleitet werden, die vielmehr einen Bezug auf Wertideen benötigt, der der Erkenntnis vorausgesetzt ist.³⁸ Nur auf dem Boden der Wertideen kann es Objektivität geben, die mithin keine Objektivität „schlechthin“, sondern gewissermaßen eine relative Objektivität ist. Zeugnis dessen ist auch, dass Weber den Begriff in der Überschrift seines Beitrags in Anführungszeichen setzt.

Auf der Ebene der ordnenden Tätigkeit, zu der insbesondere auch das aufgezeigte Programm zum Umgang mit Werturteilen gehört,³⁹ sind dann jedoch für Weber alle Personen unabhängig von ihren jeweiligen Werten an die „Normen unseres Denkens“⁴⁰ gebunden. Die „Erkenntnis“, um die es ihm geht, liegt in einer universal gültigen „denkenden Ordnung der empirischen Wirklichkeit“⁴¹, die eben auch die „innere[] Struktur von Kulturgütern“⁴² einschließt. Den subjektiven Wertideen stehen damit die durchaus objektiven Forschungsergebnisse gegenüber: Erstere entscheiden darüber, was Gegenstand der Forschung wird, während letztere universal gültig sein sollen, weil sie durch die Anwendung der „Normen unseres Denkens“ zustande kommen.⁴³

Vor dem so aufgespannten Horizont entfaltet Weber sodann die „logische Funktion und Struktur der Begriffe“ beziehungsweise die Funktion der „Theorie und der theoretischen Begriffsbildung für die Erkenntnis der Kulturwirklichkeit“⁴⁴. Hierbei handele es sich nicht etwa um den Gegenstand der Erkenntnis, sondern um die Methode – um das, was in der Sphäre der „Ordnung“ passiert. Auch die Ordnungskategorien sind dabei „wertinfiziert“: Wertideen beeinflussen die Bildung des wissenschaftlichen Begriffsregimes.

Besondere Relevanz kommt hier der methodischen Figur des Idealtypus zu. Ihr Ausgangspunkt ist eine fiktive zweite Welt: Grundlage ist in

38 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 175.

39 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 155.

40 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 184.

41 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 160.

42 Weber, Wissenschaft als Beruf, S. 601.

43 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 183 f.

44 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 185.

den Worten Webers ein „Idealbild der Vorgänge“, das bestimmte Aspekte der Wirklichkeit „zu einem in sich widerspruchsfreien Kosmos *gedachter* Zusammenhänge [vereinigt]“ – eine „*Utopie* [...]“, die durch *gedankliche* Steigerung bestimmter Elemente der Wirklichkeit gewonnen ist“⁴⁵. Dabei lassen sich nicht nur bestimmte Erscheinungen als solche, sondern auch Entwicklungen als Idealtypus beschreiben.⁴⁶ Wir erschaffen uns also durch unsere „an der Wirklichkeit orientierte und geschulte *Phantasie*“⁴⁷ eine fiktive Welt, in der alles Sinn ergibt. Das Ergebnis ist der Idealtypus als ein reiner Begriff, mit dem sodann die Wirklichkeit verglichen wird: „In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar“⁴⁸. Dabei ist diese Abweichung von der Wirklichkeit nicht etwa ein Mangel – weder ein Mangel des Idealtypus, der nicht genau genug beschreibt, noch der Wirklichkeit, die nach seinem Vorbild umzubilden sei. Stattdessen erwächst sein methodischer Zweck aus eben dieser Differenz: Der Abgleich von Idealtypus und Wirklichkeit führt die Wissenschaft erst zu den interessanten Aspekten, zu den Abweichungen – um diese geht es.⁴⁹ In den Worten Webers erfüllt der Idealtypus „seinen logischen Zweck [...], gerade *indem* er seine eigene Unwirklichkeit manifestiert“⁵⁰. Der Idealtypus beeinflusst wiederum die Bildung der wissenschaftlichen Begriffe. Weber unterscheidet insoweit die Gattungsbegriffe, die Gemeinsamkeiten empirischer Erscheinungen zusammenfassen, von Idealtypen, wobei er eingesteht, dass diese Trennung „flüssig“ ist.⁵¹

Die wissenschaftliche Sprache, ihre Begriffe und Axiome, bilden hier nach einen künstlichen Holismus, der der wirklichen Welt fremd ist. Dieser Gedanke Webers ist so einleuchtend, wie er geeignet ist, übersehen zu werden. Ihm liegt ein Grundtrieb menschlichen Lebens zugrunde: Wir *wollen*

45 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 190.

46 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 203.

47 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 194.

48 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 191.

49 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 203.

50 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 203.

51 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 202.

vervollständigen, zu Ende denken, einen Sinn entdecken. Dies beginnt bereits beim menschlichen Wahrnehmungsapparat – bei Sinnestäuschungen ergänzt das Gehirn fehlende Informationen, sodass das Wahrgenommene Sinn ergibt. Weber weist zutreffend darauf hin, dass sich diese neurologische Gegebenheit auch in unser sonstiges Denken „übersetzt“. Wird dies bewusstermaßen aktiv eingesetzt, lässt sich die wissenschaftliche Arbeit dadurch befruchten. Verkennen wir diese Einsicht jedoch, setzen wir uns der Gefahr aus, die Rolle der Phantasie zu verdrängen und unsere Utopie mit der Wirklichkeit zu vermengen – dies geschieht, wenn wir meinen, unsere Begriffe bildeten „den ‚eigentlichen‘ Gehalt, das ‚Wesen‘“⁵² der Dinge ab.

Weber stellt im Übrigen klar, dass der Idealtypus unmittelbar zunächst nur in einem formalen Sinne ideal ist. Gleichzeitig steht er jedoch in einem engen Zusammenhang zu den Wertideen, da er an der Auswahl bestimmter Vorgänge als bedeutsam partizipiert.⁵³ Darüber hinaus wird der Idealtypus regelmäßig dergestalt mit den Wertideen in Verbindung gebracht, als er als „praktisch zu erstrebendes Ideal“ betrachtet wird – Weber nennt hier die Beispiele des „Nahrungsschutzes“ und des „wirtschaftlichen Wertes“⁵⁴. Dieser Zusammenhang ist – anders als die Verknüpfung mit Blick auf die Auswahlfunktion der Wertideen – jedoch zwar „recht häufig“⁵⁵, aber nicht zwingend, und gilt es vielmehr möglichst zurückzudrängen.⁵⁶

52 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 195.

53 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 192 f.

54 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 196; hiermit verbunden ist die Gefahr, dass die Wirklichkeit nicht mehr „vergleichend gemessen“, sondern „wertend beurteilt wird“, wodurch „der Boden der Erfahrungswissenschaft [...] verlassen [wird]“, was Weber anhand des Beispiels des Begriffs „Christentum“ erläutert, S. 199.

55 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 196.

56 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 192 f.; siehe auch Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 535, wo er klarstellt, dass Grundlage nicht zwingend eine inhaltliche Utopie sei und der Idealtypus lediglich faktisch „besonders häufig normativ ‚richtig‘“ entworfen werde. Dass er meint, eine über die Auswahlfrage hinausgehende inhaltliche Beeinflussung völlig verhindern zu können, Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 200, erscheint allerdings mehr als „Idealtypus eines Idealtypus“ denn als praktikable Forderung.

Die Wertideen wirken also über den Idealtypus auf das gesamte wissenschaftliche Begriffssystem.⁵⁷ Doch sind die Begriffe eben nicht das Ziel der Tätigkeit, sondern Mittel zum Zweck der Ordnung der Wirklichkeit. Sie sind weder Teil der empirischen Wirklichkeit noch bilden sie sie ab – aber sie können sie „in gültiger Weise *denkend ordnen*“⁵⁸. Gültig deshalb, weil die Ordnungskategorien subjektiv geprägt sein mögen, aber die ordnende Tätigkeit selbst sodann intersubjektiv nachvollziehbar sei. Letztlich hat Weber hier sein Ergebnis gefunden, wonach Objektivität nur als Ordnung nach subjektiven Kategorien möglich ist:

„Die *objektive* Gültigkeit alles Erfahrungswissens beruht darauf und nur darauf, daß die gegebene Wirklichkeit nach Kategorien geordnet wird, welche in einem spezifischen Sinn *subjektiv*, nämlich die *Voraussetzung* unserer Erkenntnis darstellend, und an die Voraussetzung des *Wertes* derjenigen Wahrheit gebunden sind, die das Erfahrungswissen allein uns zu geben vermag. Wem diese Wahrheit nicht wertvoll ist – und der Glaube an den Wert wissenschaftlicher Wahrheit ist Produkt bestimmter Kulturen und nichts Naturegegebenes –, dem haben wir mit den Mitteln unserer Wissenschaft nichts zu bieten.“⁵⁹

III. Was hat Weber der Rechtswissenschaft zu sagen?

Webers wissenschaftstheoretische Ausführungen bieten eine anregende Lektüre, die Leserinnen und Leser gleichermaßen in den steten Dialog mit dem eigenen Wissenschaftsverständnis sowie dem Verständnis gerade auch von Rechtswissenschaft zwingt – und diesen Dialog bereichert und

57 Klarstellend etwa Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 184, wo es heißt, die Wertideen seien auch „für die Bildung der begrifflichen Hilfsmittel [...] bestimmend“.

58 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 213; vgl. auch Weber, Wissenschaft als Beruf, S. 596 f.

59 Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 212 f. Dabei ist die intersubjektive Nachvollziehbarkeit, die für Weber auf Ebene der Ordnung erreichbar ist, Voraussetzung dafür, das zu erreichen, was er an anderer Stelle als „intellektualistische Rationalisierung durch Wissenschaft“ bezeichnet: Über eben jene intersubjektive Nachvollziehbarkeit das nachvollziehende Verstehen der wissenschaftlichen Errungenschaften für jede einzelne Person zumindest potentiell zu ermöglichen und so zur „Entzauberung der Welt“ beizutragen, Weber, Wissenschaft als Beruf, S. 594.

voranbringt. Vor diesem Hintergrund ist es wenig verständlich, dass die Auseinandersetzung mit Webers Werk in der Rechtswissenschaft bislang sporadisch geblieben ist.⁶⁰

1. Übertragung auf die Rechtswissenschaft

Einige der erläuterten Überlegungen können auf die Rechtswissenschaft übertragen und teilweise auch weitergedacht werden. Das, was bei Weber Mittel der wissenschaftlichen Tätigkeit ist – die Ordnung der Welt durch eine zum Zwecke der Wissenschaft erschaffene fiktive Welt, in der alles Sinn ergibt –, ist in der Rechtswissenschaft das Gesetz. Bei Weber errichten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler eine „fiktive Welt“ – bei uns tut dies zunächst die Gesetzgebung.⁶¹ Das Gesetz ist eine Sammlung von Axiomen, Ideen, Werturteilen. Es ordnet die Wirklichkeit in idealtypischer Weise – es gibt einen Idealtypus des Verwaltungsakts, des Kaufvertrags, des Tötungsdelikts. Das Gesetz reduziert die Komplexität der Wirklichkeit⁶² durch genau die Tätigkeit, als die Weber die Bildung von Idealtypen beschreibt:

„durch einseitige *Steigerung eines oder einiger* Gesichtspunkte und durch Zusammenschluß einer Fülle von [...] hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen *Einzelerscheinungen*, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen“⁶³.

Die Rechtswissenschaft ist vor diesem Hintergrund eine „Wissenschaft zweiter Ordnung“ – die Ordnung einer Wirklichkeit, die schon vorliegt, wird wissenschaftlich bearbeitet. Wir verstehen und prüfen und kritisieren die Idealtypen und Wertideen und Axiome einer „anderen Person“ – wobei der Akteur hier als „der Gesetzgeber“ fingiert wird. Das Recht besitzt damit eine „Doppelnatur“: Es ist als menschliches Schaffensprodukt Teil der

60 Ausnahmen bilden etwa *Loos*, ARSP Beiheft 43, 66; *Dreier*, Kelsen im Kontext, S. 345 ff.; *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre; *Münkler*, Expertokratie, S. 151 ff.

61 Vgl. auch *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 181, wo er davon spricht, das Recht in seiner juristischen (vs. soziologischen) Betrachtungsweise liege auf einer anderen Ebene als die Wirklichkeit, in der Ebene „des ideellen Geltensollens“.

62 *Luhmann*, Soziologische Aufklärung/1, S. 116; *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 31 ff.

63 *Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 191.

Wirklichkeit und gleichzeitig fiktive Welt, geordnete Utopie.⁶⁴ Rechtswissenschaft ist hiernach ebenso wie die Sozialwissenschaft eine Erfahrungswissenschaft, auch wenn entsprechend den etablierten wissenschaftstheoretischen Kategorien der Begriff der Erfahrung restriktiver als bei Weber zu verstehen⁶⁵ und eine umfangreiche Einbeziehung formalwissenschaftlicher Anteile zu identifizieren ist.⁶⁶ Der in diesem Verständnis von Rechtswissenschaft hervorgehobene Grundgedanke, wonach Wissenschaft auch der Umgang mit fremden Werturteilen sein kann, ist bei Weber angelegt, der sich gerade auch mit der Bewertung sozialpolitischer Akte auseinandersetzt. Doch ist das Besondere am heutigen Rechtssystem die Masse der vorgelegten Werturteile, ihre Hierarchisierung, der Anspruch „System“ zu sein sowie die besondere Autorität gesetzgeberischer Werturteile.

Zu beachten ist, dass sich aus dem Charakter der Rechtswissenschaft als „zweite Ordnung“ eine Relativität der Werthierarchien ergibt: Was „letzter Grund“ im Rechtssystem ist, muss nicht letzter Grund im individuellen Wertsystem sein. Am Beispiel: Das Strafgesetzbuch kennt den Idealtypus der Beleidigung – Sachverhalte der Wirklichkeit werden mit diesem Idealtypus abgeglichen. Dahinter stehen insbesondere die Meinungsfreiheit sowie die Menschenwürde.⁶⁷ Nun steht die Menschenwürde an der Spitze des Grundgesetzes, ist also „letzter Grund“, ein Axiom (wobei man diese Einordnung auch anders vornehmen könnte, s.u.). Im persönlichen Wertesystem der einzelnen Person stehen jedoch mitunter andere Axiome hinter diesem – dann als Wertidee verstandenen – Wert, beispielsweise ein christliches Menschenbild. Es existieren also zwei divergierende Werthierarchien nebeneinander. Unsere Aufgabe nach Weber ist es, *sowohl* das rechtlich

64 Vgl. auch *Weber*, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 531 f.

65 Für Weber zählt wohl auch die „innere“ Wahrnehmung“, „das nacherlebende Verstehen“ als Bereich des Empirischen, *Keuth*, Wissenschaft und Werturteil, S. 22; später geht Weber mit dem Begriff der Empirie restriktiver um, vgl. etwa *Weber*, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), S. 510.

66 Es ist nicht leicht, im wissenschaftstheoretischen Schrifttum Stellungnahmen zum Status der Rechtswissenschaft zu finden; sofern solche erfolgen, entspricht die Einordnung der Rechtswissenschaft als Erfahrungswissenschaft jedoch der vorherrschenden Auffassung, siehe etwa *Schurz*, Wissenschaftstheorie, S. 33, 43.

67 Dabei besteht für Weber ein gravierender Unterschied zwischen der Beziehung der Wirklichkeit auf Wertideen auf der einen und der Ordnung der Wirklichkeit mittels genereller Begriffe und insbesondere mittels Tatbestandsmerkmalen auf der anderen Seite, *Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), S. 176.

normierte als auch unser eigenes Wertsystem zu axiomatisieren. Es geht darum, gewissermaßen einen „Stadtplan“ zu entwerfen – und uns stets bewusst zu machen, dass es sich zwar um die Karten zu mitunter sehr ähnlichen, letztlich aber verschiedenen Städten handelt. Eine absolute Trennung zwischen beiden kann es dabei nach dem oben Gesagten nicht geben, da wir den „Stadtplan“ des Rechts nur durch die „Brille“ unseres eigenen Stadtplans verstehen, doch erlegt Weber uns die – durchaus anspruchsvolle – Aufgabe auf, die Verzahnungen uns selbst und anderen gegenüber so deutlich wie möglich zu machen.

Webers Ausführungen behalten im Übrigen auch dann ihre Relevanz, wenn man davon ausgehen will, dass Werturteile wissenschaftlich begründet werden können. Selbst wenn man dieser – in der Wissenschaftstheorie nur vereinzelt vertretenen – Auffassung anhängt, bleibt das Interesse an einer Trennung zwischen Werturteil und Beschreibung schon deshalb bestehen, um jeweils den Erkenntnisweg nachvollziehen und Ergebnisse kritisch überprüfen zu können.⁶⁸ Allenfalls das Kooperationspostulat Webers würde durch eine solche Annahme geschwächt, da abweichende ethische Stellungnahmen als „unwissenschaftlich“ eingeordnet würden – was im Übrigen veranschaulicht, welches Potential der ethische Kognitivismus besitzt, wissenschaftlich tätige Personen auseinanderzutreiben.

2. Einschränkungen

Weber kann der Rechtswissenschaft also helfen, besser zu verstehen, welche Rolle Werte 1.) im Rechtssystem und 2.) in unserem Umgang mit ihm spielen. An einigen Stellen erscheinen seine Annahmen jedoch unterkomplex. Zunächst hätte man sich an vielen Stellen mehr Begriffsschärfe insbesondere hinsichtlich der Beschreibung und Abgrenzung von Wertungen, Werturteilen, Zwecken, Wertideen und Axiomen gewünscht.⁶⁹ Gleichzeitig ist einzuräumen, dass eine Abgrenzung wohl kaum jemals trennscharf erfolgen kann. Beispielsweise könnte man etwa die Grundrechte allgemein als Axiome ansehen oder aber nur bestimmte „letzte Werte“ wie die Menschenwürde oder das Demokratieprinzip. Je nachdem, wie diese Abgrenzung vorgenommen wird, können leichte Modifikationen am wissenschaftlichen Pro-

68 *Keuth*, Wissenschaft und Werturteil, S. 36.

69 Insofern klingt Kritik etwa auch bei *Strauss*, Werturteilsstreit, S. 73, 73; *Albert*, Werturteilsstreit, S. 200, 214 f.; *Zecha*, Werte in den Wissenschaften, S. 109, III; *Münkler*, Expertokratie, S. 154 f. an.

gramm Webers mit Blick auf die Komplexität des rechtswissenschaftlichen Wertegerüsts vorgenommen werden. Wenn Weber etwa hinsichtlich des zweiten Punkts seines Programms für einen wissenschaftlichen Umgang mit Werturteilen feststellt, die Abwägungsentscheidung in Reaktion auf die Folgen eines Mitteleinsatzes sei nicht Gegenstand der Wissenschaft, so wird dies nicht gelten, wenn nicht nur ein Zweck gegeben ist, sondern eine *Zweckhierarchie*.

Wesentlicher fallen die Einwände aus, die mit Blick auf die „ordnende Tätigkeit“ nach den „Normen des Denkens“ erhoben werden müssen. Hier geht Weber von Annahmen aus, die mittlerweile wissenschaftstheoretisch überholt sind. Zum einen stellt er nicht ausreichend in Rechnung, dass auch gegebene (insbesondere rechtlich normierte) Axiome, Wertideen, Werturteile und Idealtypen ausgelegt werden müssen. Damit steht in einem engen Zusammenhang, dass der Abgleich gerade der Idealtypen mit der Wirklichkeit – also die „ordnende Tätigkeit“, die als solche universal gültig sein soll – ein Einfallstor für subjektive Wertungen darstellt.

Für Weber hingegen ist das „Ordnen“ eine objektive Tätigkeit und nur das Bilden der Kategorien subjektiv „infiziert“. Bezogen auf einfache Beispiele mag dies Sinn machen: Angenommen, ich möchte verschiedene Erscheinungen nach Farben sortieren. Diese Entscheidung ist zunächst einmal eine Wertentscheidung, deren Sinnhaftigkeit von meinen Prämissen abhängt. Aber ob am Ende tatsächlich alles nach Farben sortiert ist, lässt sich intersubjektiv gültig anhand der reflektierten Wellenlänge feststellen. Jedoch: Weder die Sozialwissenschaft noch die Rechtswissenschaft sortieren nach Farben – sie sortieren nach Begriffen. Damit aber betritt die ordnende Tätigkeit das schwierige Feld der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke. Das Urteil, dass eine konkrete Aussage eine „Beleidigung“ im Sinne des Strafgesetzbuchs darstellt, ist keine bloße Beschreibung, sondern enthält wiederum wertende Elemente.

Dass Weber demgegenüber diese ordnende Tätigkeit gerade auch bezogen auf die Rechtswissenschaft in der Sphäre der Objektivität verortet, klingt insbesondere in seinen Arbeiten zur Rechtssoziologie an.⁷⁰ Er geht von der – aus heutiger Sicht zweifelhaften – Grundannahme aus, dass das Recht historisch betrachtet einen Rationalisierungsprozess durchläuft, der sich in zunehmenden Generalisierungen, juristischen Konstruktionen

70 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Zweiter Teil, Kapitel VII.

und Systematisierungen ausdrücke.⁷¹ Durch Systematisierung würden die „durch Analyse gewonnenen Rechtssätze“ so in Beziehung gesetzt, „daß sie untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchloses und, vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln bilden, welches also beansprucht: dass alle denkbaren Tatbestände unter eine seiner Normen müssen logisch subsumiert werden können“⁷². Insgesamt nehme die „deduktive[] Strenge des Rechts“ und die „rationale[] Technik des Rechtsgangs“⁷³ zu. Das moderne Recht enthalte Rechtssätze, die „logischer Sinndeutung“⁷⁴ zugänglich sind; „rechtlich relevante Merkmale [können] durch logische Sinndeutung erschlossen und darnach feste Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln gebildet und angewendet“ werden⁷⁵. Auch wenn nicht immer klar ist, wo sich Weber auf Inhalte des Gesetzes und wo auf eine konstruktive Tätigkeit der Rechtswissenschaft bezieht, wird doch deutlich, dass seinen Überlegungen ein mittlerweile überholtes Verständnis von Sprache zugrunde liegt.⁷⁶ Es ist vor allem beeinflusst durch ein mathematisch-logisches Idealbild von Rechtswissenschaft und die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts – die juristische Ausbildung ist für Weber vor allem „literarische[] und formallogische[] Schulung“⁷⁷. Letztlich ist Weber als Kind seiner Zeit zu sehen, das an zentralen, insbesondere sprachphilosophischen Entwicklungen des 20. Jahrhunderts nicht mehr partizipieren konnte. Auf Ebene der Rechtsanwendung jagte er einem Ideal objektiver „Rechtsfindung“ nach, das mittlerweile wissenschaftstheoretisch überholt ist (gleichwohl – rechtssoziologisch betrachtet – durchaus noch zu finden sein dürfte).

Der Objektivitätsbegriff muss daher noch über die Einschränkungen Webers hinaus beschnitten werden. Letztlich ist Objektivität ein Ideal, das wir anstreben, wenn wir einen Gegenstand der Wirklichkeit beschreiben – in unserem Fall das menschliche Schaffensprodukt „Recht“ – in dem

71 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 395 f.; zur kritischen Würdigung der Rationalitätsthese und verbleibenden Unsicherheiten in der Interpretation von Webers Rechtssoziologie instruktiv und m.w.N. Raiser, *Rechtssoziologie*, S. 104 f.

72 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 396.

73 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 505.

74 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 396; siehe auch S.181 („welcher *normative Sinn* einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde *logisch richtigerweise* zukommen sollte“).

75 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 396.

76 Klarstellend *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, S. 424, Rn. 682; anders jedoch *Müller*, *Max Weber*, S. 60; siehe auch den Beitrag von *Sinder* im vorliegenden Band.

77 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 504; siehe auch Raiser, *Rechtssoziologie*, S. 98.

Wissen, dass es von vornherein unerreichbar ist. Doch bedeutet dies, dass seine Trennungsforderung nicht verwirklicht werden kann? Eine exakte Trennung ist nicht möglich – diese Einsicht, die Weber selbst durchaus auch formulierte, gilt noch über seine Einschränkungen hinaus. Was jedoch *im Grundsatz* und gerade mithilfe des von ihm aufgezeigten Programms geleistet werden kann, ist die Unterscheidung zwischen einer beschreibenden und einer bewertenden Tätigkeit. Auf dieser Unterscheidung liegt der eigentliche Fokus, nicht auf dem Gegensatz von subjektiv und objektiv.⁷⁸ Sie hängt freilich davon ab, dass als Prämisse akzeptiert wird, dass den Gegenständen der Beschreibung keine ethischen Eigenschaften zukommen (beziehungsweise diese sich nicht aus anderen Eigenschaften ableiten lassen). Zum anderen ist in Rechnung zu stellen, dass es sich bei dem Gegenüber von Beschreibung und wertender Stellungnahme nicht um einen klaren Gegensatz, sondern um ein Spektrum handelt. Gegen das Vorliegen von Wissenschaft spricht dann nicht schon, dass Wertungen „reinspielen“ und die wissenschaftliche Tätigkeit also nicht „rein objektiv“ ist. Um Wissenschaft handelt es sich erst dann nicht mehr, wenn schwerpunktmäßig eigene ethische Stellungnahmen ausgesprochen werden.

Als Beispiel mag die Diskussion über die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs dienen: Auf der einen Seite stehen schwerpunktmäßig beschreibende Aussagen wie etwa die, dass medizinisch betrachtet eine Symbiose zwischen der schwangeren Person und dem Fötus besteht sowie das Grundgesetz das „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ von „jedem“ schützt (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Dem gegenüber stehen ethische Stellungnahmen wie die, dass die „Tötung“ eines Fötus verwerflich ist und auf jeden Fall strafbar sein sollte oder die, dass das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Person unantastbar sei und jedenfalls sie deshalb nicht strafbar sein dürfe. Zwischen diesen Polen bewegen sich sodann wertmäßig „aufgeladene“ Aussagen, die wertend und beschreibend sind und mal mehr zum einen, mal mehr zum anderen Pol des Spektrums tendieren: Dass das Grundgesetz über den Schutz geborenen menschlichen Lebens auch den Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens impliziere oder dass die Stoßrichtung der Tötungsdelikte, lediglich die Tötung einer anderen Person zu bestrafen, als Wertung auch für den Umgang mit dem Schwangerschaftsabbruch zu berücksichtigen sei. Niemand würde behaupten, dass

78 Dies wird insbesondere in dem späteren Aufsatz deutlich, siehe etwa *Weber*, *Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (1918), S. 497.

die Verortung einer Aussage auf diesem Spektrum stets einfach zu treffen und explizit zu machen ist.⁷⁹ Doch beseitigt diese Schwierigkeit nicht die Sinnhaftigkeit des Unterfangens, die wissenschaftliche Tätigkeit auf diesen Ansatz auszurichten – jedenfalls im Rahmen eines nonkognitivistischen Glaubenssystems und mit dem erwähnten Argument auch innerhalb eines kognitivistischen Ansatzes.

Gemessen an dem oben geschilderten Programm möglicher Erkenntnisinteressen lässt sich die Rechtswissenschaft als Zweck-Mittel-Relations- und Axiomatisierungswissenschaft verstehen: Die Prognose, welche Konsequenzen der Einsatz eines Mittels zu einem vorgegebenen Zweck haben wird, ist beschreibend. Das Zurückführen von Werturteilen auf Ideen, die Axiomatisierung, beschreibt die Bezüge zwischen Wertannahmen. Es geht nicht darum, die soziale Tatsache (das Werturteil, die Idee, das Axiom) zu bewerten, sondern zu beschreiben, um eine solche Bewertung vorzubereiten. Dabei handelt es sich auch dann noch schwerpunktmäßig um eine Beschreibung, wenn das Verständnis des Gegebenen notwendig durch das eigene Wertsystem geprägt ist, diese Prägung aber in dem möglichen Maße bewusst gemacht, zurückgedrängt und der verbleibende (bewusste) Rest explizit gemacht wird. Die eigene Bildung eines Idealtypus ist eine wertungsmäßig angereicherte Beschreibung bestimmter Aspekte der Wirklichkeit, die als relevant bewertet werden. Gleiche ich die Wirklichkeit mit einem Idealtypus ab, beschreibe ich diesen Vergleich. Dass Weber die Trennung zwischen Beschreibung und eigenem Werturteil gerade bezogen auf den Umgang mit fremden Werturteilen einfordert – dass er darlegt, wie Wertungen zum *Gegenstand* wissenschaftlicher Tätigkeiten werden – und die unterschiedlichen wissenschaftlichen Handlungsoptionen herausarbeitet, ist ein Gewinn gerade auch für die Jurisprudenz, auch wenn diese Trennung als anzustrebendes Ideal und nicht als tatsächlich zu erreichendes Ziel eingeordnet wird. Dieses Ideal lautet übersetzt für die Rechtswissenschaft: Analyse positiver, also gesetzter Rechtssysteme, Aufzeigen von Zweck-Mittel-Beziehungen und Wertzusammenhängen – deskriptive Wissenschaft.⁸⁰ Im Kern geht es also um eine Werturteilsfreiheit in dem Sinne, dass sich

79 Selbst Weber bestreitet nicht, dass die Abgrenzung von Werturteil und Tatsachenbeschreibung „schwierig“ ist, siehe etwa *Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (1918), S. 497.

80 *Schurz, Wissenschaftstheorie*, S. 43; inwieweit darüber hinaus konstruktive Wissenschaft betrieben wird, steht nicht im Fokus dieses Beitrags (siehe hierzu den Beitrag von *Lennartz* im vorliegenden Band), doch betrifft dies nicht in erster Linie die Gegenüberstellung von Werturteil und Deskription.

eigener Werturteile in dem möglichen Maße enthalten wird beziehungsweise diese explizit als (beschreibbare und beschriebene) Prämissen in die Untersuchung eingestellt werden.⁸¹

3. Spannungsfeld: Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Webers Programm zum Umgang mit Werturteilen bleibt also trotz der genannten Einschränkungen für die Rechtswissenschaft wertvoll. Seine Darlegung eines wissenschaftlichen Umgangs mit Werturteilen zählt zum absoluten Grundlagenwissen und wird von der wissenschaftstheoretischen Literatur auch so behandelt – von der Rechtswissenschaft jedoch allzu häufig ignoriert. Dieses Versäumnis ist gerade auch vor dem Hintergrund der besonderen Herausforderung zu sehen, welche die juristische Ausbildung bereithält: Diese ist eine Ausbildung sowohl in wissenschaftlicher als auch in praktischer Hinsicht. Gerade Studierende sind häufig – und nicht selten nachvollziehbarer Weise – verwirrt, was die Rolle eigener Werturteile betrifft. Einerseits wird in Vorlesungen regelmäßig die „gleichermaßen vertretbare“ Ansicht erläutert, andererseits in Prüfungen ein Habitus verlangt, als gebe es eine „richtige“ Entscheidung. Immer wieder wird in diesen Prüfungen dann bemängelt, dass die „klare Stellungnahme fehlt“ – auch, weil diese Disparität im Anspruch häufig vorab nicht ausreichend deutlich gemacht wird.

Dieses Dilemma knüpft unmittelbar an den vorangegangenen Beitrag⁸² an: In der Rechtspraxis tritt die „richtige“ Entscheidung als regulative Idee insbesondere des Gerichtsverfahrens auf das Parkett. Die Gesellschaft will an die „richtige“ Entscheidung glauben – und angehende Juristinnen und Juristen sollen darin ausgebildet werden, diesen Glauben zu ermöglichen. Die juristische Ausbildung ist auf die richterliche Tätigkeit ausgerichtet und diese soll gerade *nicht* bei den Weberschen Postulaten Halt machen, sondern im Anschluss selbst Werturteile fällen und diese als richtig „verkaufen“. Zwischen der wissenschaftlichen Debatte, die mehrere vertretbare Ansichten kennt, und der praktischen Ausbildung besteht also ein Spannungsverhältnis. Aber gerade angesichts dieses der Rechtswissenschaft eigenen Spannungsverhältnisses gilt es, dieses vor dem Hintergrund der Arbeiten

81 Selbstverständlich können – und sollen – auch eigene Werturteile nach dem dargestellten Programm behandelt werden.

82 Abraham, Rechtsprechung als Wahrmacher – Eine vertrauensorientierte und pragmatische Konzeption von Wahrheit im Recht, in diesem Band.

von Weber zu thematisieren. Er hilft uns dabei, die Grenze zwischen wissenschaftlicher und praktischer Rechtstätigkeit zu markieren: Die wissenschaftliche Tätigkeit erkennt die Leerstellen, die offenen Ergebnisse an und schlägt allenfalls Werturteile vor; die Rechtspraxis muss diese Werturteile treffen und als einzig vertretbar begründen – und Studierende, das ist die besondere Herausforderung, sollen in beiden Tätigkeiten ausgebildet werden. Diesen Dualismus konsequent offenzulegen und transparent zu machen, wäre für die Studierenden hilfreich und für das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft förderlich. Ebenso sollte dieser Dualismus selbstverständlich in wissenschaftlichen Arbeiten gewahrt werden.

IV. Fazit und Ausblick

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Auseinandersetzung mit Weber weiterhin lohnt – gerade auch mit Blick auf das wissenschaftstheoretische Fundament der Rechtswissenschaft. Er hilft zu verstehen, welche Rolle Werturteile 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. Diese Unterscheidung, nicht die zwischen Subjektivität und Objektivität, steht im Fokus. Gerade für die Rechtswissenschaft bleibt Weber spannend, weil auf dem von ihm errichteten Fundament ein tieferes Verständnis des Rechts möglich wird: Dieses ist eine Sammlung von Axiomen, Ideen und Werturteilen, ordnet die Wirklichkeit in idealtypischer Weise und macht die Rechtswissenschaft zu einer „Wissenschaft zweiter Ordnung“. Darüber hinaus können die Überlegungen von Weber zu einer klareren Trennung von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis verhelfen, die in wissenschaftlichen Arbeiten gewahrt und in der Ausbildung expliziter gemacht werden sollte.

Gleichzeitig kann und darf die wissenschaftstheoretische Arbeit gerade auch mit Blick auf die Rechtswissenschaft nicht bei Weber stehen bleiben, sondern hat insbesondere hinsichtlich der Ermittlung der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke über ihn hinauszugehen. Doch stellt es eine überflüssige Behinderung des gemeinsamen Ringens um ein solides wissenschaftstheoretisches Fundament dar, wenn die Diskussion sich wieder und wieder zu weit von Webers Überlegungen entfernt und hinter sein Differenzierungsniveau zurückfallen lässt. So werden eigentlich konsensfähige Positionen unnötigerweise immer wieder neu verhandelt – sei es im

Positivismusstreit oder in der aktuellen Debatte zum Schlagwort #scholactivism.⁸³

Literaturverzeichnis

- Albert, Hans*: Theorie und Praxis. Max Weber und das Problem der Wertfreiheit und der Rationalität, in: Albert, Hans/Topitsch, Ernst (Hrsg.): Werturteilsstreit, Darmstadt 1971, S. 200–236 (zitiert als: Werturteilsstreit).
- Albert, Hans*: Der Mythos der totalen Vernunft, in: Adorno, Theodor W./Albert, Hans/Dahrendorf, Ralf/Habermas, Jürgen/Pilot, Harald/Popper, Karl R. (Hrsg.): Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, München 1993, S. 193–234 (zitiert als: Positivismusstreit).
- Brühl, Rolf*: Wie Wissenschaft Wissen schafft. Wissenschaftstheorie und Ethik für die Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, 3. Auflage, Konstanz 2021 (zitiert als: Wissenschaft).
- Carrier, Martin*: Wissenschaftstheorie zur Einführung, 2. Auflage, Hamburg 2008 (zitiert als: Wissenschaftstheorie).
- Chalmers, Alan F.*: Wege der Wissenschaft. Einführung in die Wissenschaftstheorie, 6. Auflage, Berlin 2007 (zitiert als: Wege der Wissenschaft).
- Douglas, Heather E.*: Science, Policy, and the Value-Free Ideal, Philadelphia 2009.
- Dreier, Horst*: Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren, Tübingen 2019 (zitiert als: Kelsen im Kontext).
- Van Fraassen, Bas C.*: The Scientific Image, New York 1980.
- Keuth, Herbert*: Wissenschaft und Werturteil. Zu Werturteilsdiskussion und Positivismusstreit, Tübingen 1989 (zitiert als: Wissenschaft und Werturteil).
- Loos, Fritz*: Max Webers Beitrag zu Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 43 (1991), S. 66–78.
- Luhmann, Niklas*: Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Band 1, 3. Auflage, Opladen 1972 (zitiert als: Soziologische Aufklärung/1).
- Luhmann, Niklas*: Rechtssoziologie, 3. Auflage, Opladen 1987.
- Müller, Hans-Peter*: Max Weber. Eine Einführung in sein Werk, Köln 2007 (zitiert als: Einführung).
- Müller, Hans-Peter*: Max Weber. Eine Spurensuche, Berlin 2020 (zitiert als: Max Weber).

83 Der Positivismusstreit wird auch als „zweiter Werturteilsstreit“ bezeichnet und stellte viele Punkte, die bereits im ersten Werturteilsstreit thematisiert worden waren, erneut zur Diskussion, instruktiv etwa *Albert*, Positivismusstreit, S. 193 ff.; *Zecha*, Werte in den Wissenschaften, S. 109 ff. Zur Debatte um einen „wissenschaftlichen Aktivismus“ unter dem Schlagwort #scholactivism siehe etwa entsprechende Beiträge auf dem Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/category/debates/scholactivism-debates/> (zuletzt abgerufen am 16.2.2023).

- Münkler, Laura*: Expertokratie. Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus. Tübingen 2020 (zitiert als: Expertokratie).
- Nau, Heino Heinrich*: Der Werturteilsstreit. Die Äußerungen zur Werturteilsdiskussion im Ausschuß des Vereins für Sozialpolitik (1913), Marburg 1996 (zitiert als: Werturteilsstreit).
- Petersen, Jens*: Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Tübingen 2020.
- Popper, Karl R.*: Logik der Forschung, 10. Auflage, Tübingen 1994.
- Proctor, Robert N.*: Value-free science? Purity and Power in Modern Knowledge, Cambridge 1991 (zitiert als: Value-free science?).
- Raiser, Thomas*: Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert als: Rechtssoziologie).
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Auflage, München 2021 (zitiert als: Rechtstheorie).
- Schurz, Gerhard*: Einführung in die Wissenschaftstheorie, 4. Auflage, Darmstadt 2014 (zitiert als: Wissenschaftstheorie).
- Strauss, Leo*: Die Unterscheidung zwischen Tatsachen und Werten, in: Albert, Hans/Topitsch, Ernst (Hrsg.): Werturteilsstreit, Darmstadt 1971, S. 73–91 (zitiert als: Werturteilsstreit).
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Auflage, Tübingen 1971/1972 [1980] (zitiert als: Wirtschaft und Gesellschaft).
- Weber, Max*: Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, ursprünglich erschienen im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 19 (1904), S. 22–87, Nachdruck in: Weber, Max/Winkelmann, Johannes (Hrsg.): Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen 1922 [1988], S. 146–214 (zitiert als: Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904)).
- Weber, Max*: Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, ursprünglich erschienen in Logos, 7 (1918), S. 40–88, Nachdruck in: Weber, Max/Winkelmann, Johannes (Hrsg.): Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen 1922 [1988], S. 489–540 (zitiert als: Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918)).
- Weber, Max*: Wissenschaft als Beruf, Vortrag 1919, in: Weber, Max/Winkelmann, Johannes (Hrsg.): Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen 1922 [1988], S. 582–613 (zitiert als: Wissenschaft als Beruf).
- Zecha, Gerhard*: Der Wertbegriff und das Wertfreiheitspostulat, in: Zecha, Gerhard (Hrsg.): Werte in den Wissenschaften. 100 Jahre nach Max Weber, Tübingen 2006, S. 109–134 (zitiert als: Werte in den Wissenschaften).

Traditionelle und kritische Rechtstheorie

Bettina Rentsch¹

Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft? Der nachfolgende Text geht dieser Frage von einer ganz bestimmten Warte aus nach. Er fragt, ob Rechtswissenschaft die Anforderungen an eine „kritische Theorie“ erfüllen kann. Das setzt Klarheit über deren wissenschaftstheoretische Anforderungen und Programmatik voraus. Auf dieser Grundlage unternimmt der Beitrag einen Streifzug durch die rechtswissenschaftliche Denklandschaft und fragt nach Ansätzen „kritischer Theoriepraxis“.

I. Was ist „traditionelle“, was „kritische“ Theorie?

„Kritische Theorie“ wird nicht selten historisch mit der Zeit der Studentenbewegung, ideologisch mit der politischen Linken und räumlich mit dem Frankfurter Institut für Sozialforschung gleichgesetzt. Schon ihre wichtigsten zeitgenössischen Vertreter würden gegen diese Zuschreibung protestieren, da sie selbst mit der Bewegung im Konflikt standen und Zielscheibe ihrer Aktionen wurden.² Bei allen drei Feststellungen handelt es sich außerdem um Zuschreibungen. Wäre die Kritische Theorie ein Mensch, würde sie gegen sie aufbegehren, weil sie zu einfach und wahrscheinlich unter falschen Annahmen gewonnen wurden. Nun soll es hier nicht um „Kritische Theorie“ gehen, sondern um „kritische Rechtstheorie“.

Was ist also „kritische Theorie“, was unterscheidet sie von der „Kritischen Theorie“? Sind „kritische“ und „Kritische“ Rechtswissenschaft möglich? Verleiht „kritische Theorie“ der Rechts„wissenschaft“, sogar wissenschaftstheoretisch die Weihen der Wissenschaft?

1 Die Verf. dankt den Herausgeberinnen und Eike Hosemann für wertvolle Anmerkungen sowie Laureen Balz und Frederik Jaeger für die Manuskriptdurchsicht.

2 Erwähnt seien rein exemplarisch und ohne den an sich gebotenen Kontext die als „Busenattentat“ bekannte Aktion in der Vorlesung Theodor W. Adornos am 22.4.1969 und die Reaktionen der Studentenbewegung auf die Warnung Jürgen Habermas' vor „linkem Faschismus“ der APO.

Diesen Fragen wird sich der nachfolgende Beitrag nähern. Er geht notwendig exemplarisch und eklektisch vor und blendet vor allen Dingen den reichen Bestand an rechtswissenschaftlicher Literatur aus, die sich zur Tradition „Kritischer Theorie“ bekennt. Das hat vor allem den Grund, dass er seine wissenschaftstheoretischen Vorannahmen weit überwiegend aus einem Text entwickelt, der dem Frühwerk *Max Horkheimers* zuzuordnen ist, der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie. Diese Abhandlung legt Teile des Fundaments der heute als „Kritische Theorie“ bekannten Denkschule, enthält aber auch Gedanken, von denen sich das Programm Kritischer Theorie gelöst hat. Wenn die nachfolgenden Überlegungen sich auf die wissenschaftstheoretischen Skizzen der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie konzentrieren, ist das nicht als Ablehnung Kritischer Theorie aktueller Prägung zu deuten, sondern als Zugeständnis, dass ein kurzer Beitrag wie dieser sich nicht gleichzeitig zum einen und zum anderen verhalten kann.

1. „Traditionelle und kritische Theorie“ – Kontext und gegenwärtige Bedeutung

Traditionelle und kritische Theorie ist sowohl was seine Entstehung als auch sein gedankliches Fundament anbelangt eng verbunden mit dem Schicksal des Instituts für Sozialforschung. Diese Einrichtung war 1923 durch *Felix Weil* gegründet worden, *Max Horkheimer* trat 1930 als Nachfolger von *Carl Grünberg* die Stelle des Direktors an. 1933 emigrierte das Institut über die Schweiz in die Vereinigten Staaten. Ebenso wie das Institut erhält auch das Dokument, das den nachfolgenden Überlegungen Pate steht, hierdurch eine Exilbiographie. Es erscheint 1937 in der mit dem Institut emigrierten, in New York herausgegebenen „Zeitschrift für Sozialforschung“. Über viele Jahre ist der Text schwer zugänglich. Erst in den 1960er Jahren legt *Horkheimer* Traditionelle und kritische Theorie gemeinsam mit einem Nachtrag und zwei weiteren zwischenzeitlich verfassten Aufsätzen neu auf. Dieser nach seinem wichtigsten Text benannte Sammelband, der sich bereits vorher über Raubkopien verbreitet und auf großes Interesse stößt, avanciert rasch zu einer tragenden Säule der Studentenbewegung.³ Das bleibt nicht ohne Folgen für die Rezeption des Textes, um den es nachfolgend vorrangig gehen wird: Die Ansätze des wissenschaftstheoretischen

3 Für einen Überblick siehe *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 94 ff.

Gebildes „Kritische Theorie“ treten zurück hinter die freilich eng damit verbundenen Beobachtungen zu den Mängeln des Wissenschaftsbetriebs, die sich wissenschaftstheoretisch in Schwächen der traditionellen Theorie fortsetzen sollen. Die Studentenbewegung entwickelt hieraus die Forderung nach einer grundlegenden Reform des Universitätsbetriebs, die in einzelnen Ausprägungen weder mit der Frankfurter Schule noch mit dem hier besprochenen Text noch etwas zu tun hat. Sie speist sich aber aus Beobachtungen, die sich in Traditionelle und kritische Theorie durchaus angelegt finden. Erstens demaskiert *Horkheimer* die „deduktive Methode“, die er traditioneller Theorie zuschreibt, als epistemisch falsch, da sie ungeachtet des gewählten Begründungsweges an Hypothesen anknüpft anstatt an real existierende Zustände (nachfolgend 2. a.). Zweitens identifiziert Horkheimer hinter diesem wissenschaftlichen Positivismus „Ideologie“ (ebenfalls nachfolgend 2. a. sowie c.). Zumindest in der Rezeption des Textes wird damit einerseits die wissenschaftstheoretische Forderung nach einer reflexiven Wissenschaft und andererseits die wissenschaftspolitische oder -programmatische Forderung verbunden, das Ziel wissenschaftlicher Praxis müsse die Emanzipation des Individuums von den Bedingungen sein, die einer vollständigen Entfaltung seiner (materialen) Freiheit entgegenstehen.

a. Basisprogramm statt erkenntnistheoretischem Fundament

Aus heutiger Sicht lieferte Traditionelle und kritische Theorie nicht nur den Namen einer Denkschule, die sich „Kritische Theorie“ nennt, sondern auch deren gedanklichen wie politischen Kompass.⁴ Auch wenn Traditionelle und kritische Theorie auch insoweit Überlegungen anstellt, gilt sie dagegen zumindest in der Außensicht⁵ nicht als erkenntnistheoretisches Fundament Kritischer Theorie. Das leistet die von *Max Horkheimer* und *Theodor W. Adorno* im kalifornischen Exil verfasste, 1947 erstveröffentlichte „Dialektik der Aufklärung“ durch eine Dekonstruktion der durch das Zusammenspiel von Aufklärung und Industrialisierung denaturierten „instrumentellen Vernunft“.⁶

4 Tendenziell *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 94 f.; vorsichtiger *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 61 ff. (Schwerpunkt auf Philosophie und kritischer Theorie).

5 Innerhalb der Frankfurter Schule gilt die Dialektik der Aufklärung als „Außenposten“, vgl. *von Redecker*, Dialektik der Aufklärung, S. XIV.

6 *von Redecker*, Dialektik der Aufklärung, S. XX.

b. (Historischer) Materialismus – oder einfach „Kritische Theorie“?

Ebenso wäre es schon aus chronologischen Gründen verfehlt, Traditionelle und kritische Theorie als Gründungsdokument des Instituts für Sozialforschung zu bezeichnen: Wenn dieser Titel überhaupt vergeben werden sollte, beansprucht ihn die am 24. Januar 1931 gehaltene Antrittsrede *Max Horkheimers*.⁷ Sie skizziert, was später als Markenkern des Instituts für Sozialforschung bekannt sein wird: Ein arbeitsteiliges „Nebeneinander von philosophischer Konstruktion und Empirie in der Gesellschaftslehre“.⁸ *Horkheimer* sieht dieses institutionelle Design offenbar als Voraussetzung für gesellschaftskritische Forschung insgesamt. Jedes abstrakte Nachsinnen riskiere Unschärfe und führe in eine gedankliche Selbstisolation: „Alle haben es unterschiedslos leicht, immer recht zu behalten.“⁹ Das wiederum soll zu einem Kontrollverlust führen, der dem Ziel des Rechtbehaltens keineswegs abträglich ist und den man daher als gewollt unterstellen darf. Gesellschaftstheorie wird mit anderen Worten falsch, wenn sie nicht in ihrem Wirken auf die Gesellschaft und deren Akteure erfasst und betrieben wird. Hierin – insoweit distanziert sich *Horkheimer* von seinem Vorgänger *Max Grünberg*¹⁰ – stehe ein schlecht verstandener *Marx* einem schlecht verstandenen *Hegel* in nichts nach.

Traditionelle und kritische Theorie setzt das fort, steht dabei aber zwischen zwei Phasen im *Horkheimer'schen* Gesamtwerk: Einer als interdisziplinärer Materialismus bekannten frühen Periode und dem Zeitraum, in dem er vor allem in Zusammenarbeit mit *Theodor W. Adorno* und vor allem mit der Dialektik der Aufklärung das Fundament Kritischer Theorie legt.¹¹

Traditionelle und kritische Theorie weist deutliche Züge beider Denkrichtungen auf: Sie fußt auf den Basisannahmen des historischen Materialismus und reichert diese um Elemente an, die zu späterer Zeit in der Dialektik der Aufklärung weiterentwickelt werden. Mit etwas Phantasie kann man den späteren Umbruch im hier besprochenen Text bereits angedeutet sehen und darauf auch den Vorwurf der Inkonsequenz zurückführen, dem

7 *Horkheimer*, Sozialphilosophische Studien; Einschätzung bei *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 9.

8 *Horkheimer*, Sozialphilosophische Studien, S. 41.

9 *Horkheimer*, Sozialphilosophische Studien, S. 43.

10 Grünberg betrieb nicht-empirische marxistische Gesellschaftsforschung und bekannte sich im Gegensatz zu *Horkheimer* ausdrücklich zum Marxismus; *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 12.

11 *Vogelmann* Traditionelle und kritische Theorie, S. 99.

sich der Text ausgesetzt sah: Einerseits arbeitet Traditionelle und kritische Theorie nämlich mit materialistischen Grundannahmen. Andererseits entwickelt *Horkheimer* eine Programmatik, die der negativen Dialektik bereits nahesteht.¹² Zudem macht sich der Text an vielen Stellen die Reduktionen des Materialismus zu eigen. Wenn *Horkheimer*, um ein Beispiel vorwegzunehmen, „Herrschaft“ als Triebfeder für aufgezwungene soziale Praxis und „Ideologie“ mitunter mit Kaufkraft identifiziert (ausführlicher unter 2. c.), folgt er dem Ideologiebegriff *Marx*‘ und *Engels*: „Die Gedanken der herrschenden Klasse sind in jeder Epoche die herrschenden Gedanken, d.h. die Klasse, welche die herrschende materielle Macht der Gesellschaft ist, ist zugleich ihre herrschende geistige Macht.“¹³ Ideologiekritik ist damit Machtkritik und Machtkritik ist Kapitalismuskritik – auch, wenn es um wissenschaftliche Praxis geht.

Gleichzeitig klingt in Traditionelle und kritische Theorie bereits ein wissenschaftstheoretisches Programm an, das eben diese Reduktionen durch radikale Reflexion, die man stark verkürzt als Kern dialektischen Arbeitens bezeichnen könnte, überwinden soll. Dass *Horkheimer* diesen gedanklichen Faden weiterverfolgt und sich zunehmend vom Materialismus löst, deutet sich in der Neuauflage der Traditionellen und kritischen Theorie an. *Horkheimer* fügt dem Text hier einen Nachtrag hinzu, in dem er klarstellt: „Es wäre mechanistisches, nicht dialektisches Denken, auch die Formen der zukünftigen Gesellschaft einzig nach ihrer Wirtschaft zu beurteilen.“¹⁴

Wenn die nachfolgenden Überlegungen zwar nicht ohne Anleihen bei anderen Grundlagenwerken auskommen, Traditionelle und kritische Theorie ihnen aber dennoch nicht als zentraler Referenzpunkt dienen soll, liegt das zunächst an seinen gerade cursorisch dargestellten Entstehungs- und Verbreitungsbedingungen. So urteilt ein Rezensent: „Die Umstände dieser Publikation sind bemerkenswert und verdienen wegen des entscheidenden sachlichen Problems, das am Schicksal dieser Philosophie paradigmatisch deutlich wird, mitgeteilt zu werden.“¹⁵

Weiter wirbt der Bekanntheitsgrad des Textes dafür, ihn im Rahmen des vorliegenden Sammelwerks zu besprechen: Allein die politische Schlagkraft und die Verbreitung der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie werben dafür, sie als Referenzrahmen für Überlegungen zu den Bedingun-

12 *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 99.

13 *Marx/Engels*, Die deutsche Ideologie, zit. Nach *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 104.

14 *Horkheimer*, Vier Aufsätze, S. 57.

15 *Bubner*, Philosophische Rundschau 1969, 213, 214.

gen einer das Frühwerk der Frankfurter Schule beleuchtenden „kritischen“ und eben nicht „Kritischen Rechtstheorie“ zu nutzen. Der Text wird so zum Sockel einer stark ausdifferenzierten, zum Eigennamen „Kritische Theorie“ erstarkten Gruppe gesellschaftskritischer Ansätze. Er bildet in dieser Funktion weiter die Grundlegung für Theorieangebote, die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Entstehung und Entwicklung dieser Ansätze prägen. Traditionelle und kritische Theorie ist daneben aber auch ein textgewordenes Hybridgebilde, das zwischen Wissenschaftstheorie und Wissenschaftspolitik siedelt, und den Wissenschaftsbetrieb, gegen den sich Kritische Theorie wendet, wie kaum ein anderer Text einfängt. Genau dieser Umstand lässt die darin enthaltenen Überlegungen als Anknüpfungspunkte für ein Nachdenken über die Möglichkeit Kritischer Rechtstheorie attraktiv werden: Traditionelle und kritische Theorie ist damit ein Sockelwerk oder kleinster gemeinsamer Nenner, auf den sich alle heutigen Ströme Kritischer Theorie berufen können.

2. Wissenschaftstheoretisch relevante Elemente Kritischer Theorie

a. Positivismus als versteckte Ideologie

Traditionelle und kritische Theorie ist in erster Linie als eine wissenschaftstheoretische wie wissenschaftspolitische Abrechnung mit dem Istzustand der (nicht-experimentellen) deutschen Wissenschaft und Universitätskultur bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts zu verstehen. Die Missstände, die *Max Horkheimer* dort zu identifizieren meint, decken sich mit einer Tolstoj'schen Parodie auf das deutsche Selbstbewusstsein:

„Pfuhl gehörte zu den Theoretikern, die in ihre Theorie so verliebt sind, dass sie den Zweck der Theorie, ihre Anwendung auf die Praxis, vergessen. In seiner Liebe zur Theorie hasste er jede Praxis und wollte von ihr nichts wissen. Er freute sich sogar über einen Misserfolg. Denn der Misserfolg, da er von den Abweichungen herrührte, die man sich in der Praxis von der Theorie erlaubt hatte, bewies ihm lediglich die Richtigkeit seiner Theorie.“¹⁶

An späterer Stelle reduziert der benannte Pfuhl die Niederlage des preußischen Heeres im Russlandfeldzug wortreich auf den Umstand, seine Pläne

16 *Tolstoj*, Krieg und Frieden, Band II, Kapitel 10.

seien nicht befolgt worden. Dass diese Pläne möglicherweise auf Annahmen aufbauen, die sich nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten decken und dass darin ein Grund für das Scheitern der Pläne liegen könnte, wird als Möglichkeit ausgeschlossen. Die Kritik, die sich hinter dieser Romanpassage verbirgt, deckt sich nun weitgehend mit der *Max Horkheimers* an der „traditionellen Theorie“. Mit traditioneller Theorie spricht der Autor wohl alle Denkrichtungen an, die ihren Gegenstand in Abgrenzung zur Praxis beschreiben.¹⁷ „Traditionelle Theorie“ ist also „Nicht-Praxistheorie“. Traditionelle Theorie ist zunächst *hypothetisch*, da sie ihre Modelle nicht an der Außenwelt verifiziert. Weiter spricht sie sich selbst einen *kontextunabhängigen Geltungsanspruch* zu und wird hierdurch *ahistorisch*. Durch diese drei Wesensmerkmale wird traditionelle Theorie *epistemisch und epistemologisch falsch*, denn: „Soweit der Begriff der Theorie [...] verselbstständigt wird, als ob er aus dem inneren Wesen der Erkenntnis oder sonstwie unhistorisch zu begründen sei, verwandelt er sich in eine verdinglichte, ideologische Kategorie.“¹⁸

An dieser Stelle wird aus Positivismuskritik Ideologiekritik. Mit Ideologie meint *Horkheimer* ein Modell der Wirklichkeit, das nicht auf Irrtum, sondern auf „aufgezwungenen“, das heißt heteronom vorgegebenen sozialen Praktiken beruht.¹⁹ Ideologie ist mit anderen Worten ein hegemoniales Bild der Wirklichkeit. In diesem Wirklichkeitsbild sind die Dinge so, wie sie sind, weil sie so sind, wie sie sein sollen – ein Programmspruch, der uns im Ringen um die wissenschaftstheoretische Möglichkeit kritischer Rechtstheorie noch ausführlicher beschäftigen wird (nachfolgend unter II. 3.). Traditionelle Theorie begeht, gerade weil sie hypothetisch arbeitet, den Fehler, die Entstehungsbedingungen dieser Wirklichkeitshypothese nicht aufzuarbeiten und hierdurch Missstände in der Gesellschaft als vernachlässigungswürdige Randphänomene abzutun, anstatt sich mit ihrer Aufarbeitung zu befassen. Genau in dieser Aufarbeitung sieht die Kritische Theorie ihr eigentliches Aktionsfeld: „Kritische Theorie erschöpft sich nicht im Aufstapeln von Wissen, sie ist die kontinuierliche Arbeit an unserer Befreiung, die sich jede Zeit von Neuem stellen muss.“²⁰

17 So die Deutung bei *Bubner*, Philosophische Rundschau 1969, 213, 214.

18 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 13 f.

19 *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 104.

20 *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 151.

b. Vom Kontingenzbewusstsein über Reflexion zur Dialektik

Mit diesem letzten Satz ist ein weiteres Wesensmerkmal des wissenschaftstheoretischen Programms der später zum Eigennamen erstarkten Kritischen Theorie angesprochen. Sie erhebt in radikaler Abkehr von der wissenschaftlichen Praxis traditioneller Theorie das Bewusstsein ihrer sozialen wie historischen Kontingenz zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen. Das setzt das Eingeständnis einer „Diskrepanz zwischen Tatsache und Theorie“ voraus.²¹ Die Erkenntnis einer tieferen Einheit hinter dieser Diskrepanz erkennt *Horkheimer* schon bei *Hegel*.²² Er schreibt diese Grundeinsicht lediglich logisch fort, wenn er in einem weiteren Schritt die Erkenntnis generierende gesellschaftliche Aktivität vom Modell einer monolithischen und überzeitlichen Gesellschaft löst oder besser das Modell „Gesellschaft“ als historisch und sozial kontingent demaskiert. Im Ausgangspunkt steht dabei die folgende Erkenntnis: „Man muss alle Theorien, die vorkommen, den praktischen Stellungnahmen, den sozialen Schichten zuordnen, die damit zusammenhängen.“²³ Die „Gesellschaft“ wird auf diese Weise von einer „transzendente[n] Macht, das heißt [vom] Inbegriff geistiger Faktoren“²⁴ zu einem historisch wie sozial bedingten, man könnte auch sagen, kontextualisierten, Gebilde.

Im Ausgangspunkt wird hier eine Gemeinsamkeit zwischen traditioneller und kritischer Theorie deutlich: Ebenso wie kritische Theorie (gemeint ist das Programm, das *Horkheimer* in Traditionelle und kritische Theorie zeichnet) die Emanzipation des Individuums aus den Zwängen des Spätkapitalismus fördern will (zu den Problemen unter c.), ist *Horkheimer* zufolge das Programm traditioneller Theorie das Ergebnis eines Emanzipationsprozesses der bürgerlichen Klasse gegen das Feudalsystem.²⁵ Die kritische Theorie greift, so könnte man folgern, also unter anderen historischen und sozialen Vorzeichen eine Programmatik wieder auf, aus der ihr Gegenspieler entstanden ist. Sie reformiert und aktualisiert dieses Programm aber lediglich, soweit sie sich auf den Hinweis auf die historische Kontingenz von Theorieentstehung beschränkt.

21 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 22 ff.

22 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 27.

23 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 64.

24 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 26.

25 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 27 f.

Ihren eigentlichen Bruch mit traditioneller Theorie vollzieht die kritische Theorie dann auf der methodischen Ebene. Das historisch-soziale Kontingenzbewusstsein kritischer Theorie verpflichtet sie insoweit zu radikaler Reflexion. Das ist wieder nicht neu: „Kritik“ meint gerade Reflexion; so betrachtet ist kritisches Denken im Programm der Aufklärung enthalten. Kritische Theorie im Gepräge der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie geht aber wesentlich weiter: Es reicht nicht hin, sich über die Kontingenz des eigenen Verstandes im Klaren zu sein. Vielmehr muss jedes Nachsinnen über Mensch, Welt und Gesellschaft in der Einsicht seinen Ausgangspunkt nehmen, dass Denkfiguren, die eine frühere Gesellschaft transformiert haben, in der Jetzt-Gesellschaft anders wirken und ideologisch, das heißt im vorstehenden Sinn: hegemonial, begründet sein können.²⁶ Führt man dieses Programm fort, mündet es in eine allgemeine Skepsis gegenüber nicht-kontingenten Aussagen und so wird aus Reflexion (historische) Dialektik.²⁷

Bereits durch das Bekenntnis zu sozialer Kontingenz wird das reflexive Programm der kritischen Theorie so zur Grundlage einer wissenschaftstheoretischen wie -politischen Revolution. Denn sowohl der Wissenschaftsbetrieb als auch die durch ihn generierte traditionelle Theorie wurzeln ausschließlich im bürgerlichen Milieu. Da die traditionelle Theorie sich der Rückanbindung an die tatsächlichen sozialen Gegebenheiten verweigert, sind auch die Diskurse, Modelle und Leitbilder traditioneller Theorie milieuspezifisch verengt. Dadurch wird traditionelle Theorie aus Sicht der kritischen Theorie erstens epistemisch falsch. Die Lebensbedingungen einer statistisch für die Gesamtbevölkerung unbedeutenden Bevölkerungsgruppe sind als Grundlage für Modelle mit gesamtgesellschaftlichem Erklärungsanspruch ungeeignet. Zweitens wird traditionelle Theorie zum Werkzeug der Beibehaltung oder Vertiefung hegemonialer Strukturen, denn die statistisch unbedeutende Elite, die sie hervorbringt, verfügt über soziales Kapital. Wenn die kritische Theorie diesen Mangel überwinden will, muss sie anpassungsfähig sein und vor allem auf praktische Erprobung abheben. Das bloße Ausrufen einer Revolution genügt hierfür nicht, wenn nicht auch ihre Operabilität in der Gesellschaft erprobt wird, auf die die Theorie

26 “In contrast to traditional concepts, which presuppose the existing form of society as a given, dialectical concepts grasp the given form of society as historical and subject to transformation in the future.” *Abromeit*, Companion to the Frankfurt School, 152, 158.

27 Editor’s Introduction, Companion to the Frankfurt School, S. xix.

stößt. „Die Konstruktion der Gesellschaft unter dem Bilde einer radikalen Umwandlung, das die Probe seiner realen Möglichkeit noch gar nicht bestanden hat, ermangelt (...) des Vorzugs, vielen Subjekten gemeinsam zu sein.“²⁸

Man kann der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie freilich vorwerfen, sie halte ihr Reflexionsprogramm in zeitlicher Hinsicht selbst nicht durch.²⁹ Immerhin entwickelt der Text eine begründete Skepsis gegenüber allem „überzeitlich Gültigen“. Gleichzeitig richtet sich der Text selbst gegen andere Umstände als die, die in der Rezeption des Textes auf seiner Grundlage als umstürzwürdig erachtet werden. Die später in der Kritischen Theorie weiterentwickelten Gedanken knüpfen an die gesellschaftlichen und vor allem politischen Gegebenheiten der 1930/40er Jahre an. Sie schreiben hierdurch die Chronik einer Zeit mit, in der Denkende nicht nur von ihren Lehrstühlen entfernt werden und Flucht- und Vertreibungserfahrungen machen, sondern in der sie auch beobachten müssen, wie Wissenschaft als Mittel zum Zweck in eine Bewegung eingegliedert wird und hierdurch die zum Markenkern traditioneller Theorie zählende Zweckfreiheit einbüßt.

Im Zeitpunkt, in dem Kritische Theorie (gemeint ist die Denkschule) im akademischen Betrieb Fuß fasst, herrschen andere gesellschaftliche und politische Vorbedingungen. Einerseits geht es nach wie vor um die Bewältigung des Erbes des Totalitarismus und um die Aufarbeitung des Nationalsozialismus, dessen Akzeptanz die Traditionelle Theorie *Horkheimer* zufolge zumindest nicht gebremst haben soll. Andererseits hat der Wissenschaftsbetrieb unter dem Grundgesetz in den Zustand vor seiner Instrumentalisierung durch den Nationalsozialismus zurückgefunden: An den Universitäten werden nicht deren Inhalte gelehrt, sondern wird (wieder) traditionelle Theorie betrieben. Kann ein Theorieangebot sich nun kontingenzsensibel nennen, wenn zwischen seinem Entstehungs- und Rezeptionszeitpunkt ein Zeitraum von weltgeschichtlich nicht irrelevanten dreißig Jahren liegt? Die Einleitung zur Dialektik der Aufklärung legt den Verdacht nahe, dass die Autoren auch ihren eigenen Gedanken überzeitliche Gültigkeit zusprechen wollen, wenn sie meinen: „Wenn wir den Band nach mehr als zwanzig Jahren jetzt wieder herausbringen, so bewegt uns nicht allein vielfaches Drängen, sondern die Vorstellung, daß nicht wenige

28 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 75.

29 So *Bubner*, Philosophische Rundschau 1969, 213, 214.

der Gedanken auch heute noch an der Zeit sind und unsere späteren theoretischen Bemühungen weitgehend bestimmt haben.“³⁰

Auch eine in sozialer Hinsicht reflexive kritische Theorie leidet an Mängeln. Vor allem muss sie eine an Konturarmut grenzende Flexibilität in Kauf nehmen. Sie „vollzieht sich nicht auf dem festen Grund einer eingeschliffenen Praxis und fixierten Verhaltensweisen, sondern vermittelt des Strebens nach Transformation, das sich zwar mit der herrschenden Ungerechtigkeit notwendig reproduziert, aber durch die Theorie selbst geformt und gelenkt werden soll und gleichzeitig auf sie zurückwirkt.“³¹ Traditionelle und kritische Theorie löst dieses Problem, indem sie das wissenschaftstheoretische Programm (Reflexion) vom wissenschaftspolitischen Programm (Transformation) trennt. So sieht *Horkheimer* trotz sozialer und persönlicher Diskontinuitäten in eben diesem Willen zur Transformation das Generationen und Akteursgruppen überspannende Bindeglied, das kritische Theoriearbeit trotz Diskontinuität als methodisch homogene und zeitlich kontinuierliche wissenschaftliche Praxis ausmachen soll. Das Kontingenzbewusstsein Kritischer Theorie ist also richtigerweise unter Ausschuss ihres programmatischen Kerns zu verstehen: Dieser liegt in der Erzeugung materialer Freiheit. Und so erledigen sich zwar die zeitlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, in denen Kritische Theorie wirkt, fortlaufend, und bedürfen der Aktualisierung. Sie selbst wird sich demgegenüber erst erledigen, wenn ihr Anliegen realisiert ist. Bis dahin wird Jede:r Kritische Theorie unterschiedlich, aber mit identischem Anspruch, betreiben.

Hierdurch handelt sich die Traditionelle und kritische Theorie zwei ihrerseits problembehaftete Reduktionen ein, die uns an späterer Stelle eingehender beschäftigen werden (unter d.): Erstens definiert sie als Ziel der Transformation die Befreiung des Individuums von den Ketten der arbeitsteiligen Produktion und vollzieht dadurch eine materialistische Reduktion, die mit dem Reflexionsprogramm, das sie selbst ausruft, in einem schwer auflösbaren Spannungsverhältnis steht. Zweitens reduziert sie zu diesem Zweck das Individuum auf seinen Beitrag in Wertschöpfungsketten, anstatt Modelle und Methoden zu entwickeln, die es erlauben, die Bedürfnisse und das Transformationsziel einer Gesellschaft aus ihr heraus reflexiv zu entwickeln.

30 *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, S. XXX.

31 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 76.

Eine dritte Inkonsequenz sozial reflexiver Wissenschaft im Gepräge der traditionellen und kritischen Theorie liegt in der Kontinuität ihrer Akteure im Verhältnis zur traditionellen Theorie. Das Institut für Sozialforschung ist in seinen Gründungsjahren ebenso wie *Max Horkheimer* selbst von Personen besetzt, die männlich, kaukasisch und wohlhabend sind. Traditionelle und kritische Theorie verhält sich nicht zur Frage, die sich aus heutiger Sicht aufdrängt: Wie wollen Akteure, die zwar politische Verfolgung erleiden müssen, aber zu Beginn ihres Wirkens als Wissenschaftler sowohl über wirtschaftliches als auch soziales Kapital verfügen, eine in sozialer Hinsicht reflexive und in ihrer Programmatik transformative Wissenschaft betreiben, ohne dabei ein ihnen vertrautes, für die Gesamtgesellschaft aber „ideologisches“, da hegemoniales Gesellschaftsmodell zu unterstellen? Perpetuiert, anders formuliert, Kritische Theorie die hegemonialen Strukturen traditioneller Theorie, wenn sie nicht Erkenntniswege öffnet, die einen radikal anderen Blick auf die Welt ermöglichen als den der Beobachter?

c. Dekonstruktion oder Negation?

In der Konkretisierung und Aktualisierung des ihre Daseinsberechtigung begründenden Programms vollzieht sich das eigentliche wissenschaftstheoretische wie wissenschaftspolitische Programm der traditionellen und kritischen Theorie. Dieses Vorhaben verwirklicht sich in mehreren Schritten. In einem ersten überprüft *Horkheimer* schlicht die Übereinstimmung des Gesellschaftsmodells traditioneller Theorie mit den aktuell gegebenen Umständen. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei dem Freiheitsbegriff des bürgerlichen Idealismus: „Die Vorstellung der Freiheit als einer, die immer schon da ist, auch wenn die Menschen in Ketten liegen, also einer bloß inneren Freiheit, gehört der idealistischen Denkweise an.“³² Kritische Theorie sieht ihre Aufgabe folglich in der fortlaufenden Prüfung, ob die Freiheit, die der philosophische Idealismus voraussetzt, in der gesellschaftlichen Realität überhaupt verwirklicht ist.

An dieser Stelle tut sich allerdings ein erstes Problem auf: „Die Kritische Theorie hat zum Gegenstand, dass keine Theorie mit Wahrheitsanspruch auftreten könne, und ist darin auch hinsichtlich ihrer selbst konsequent, insofern sie sich strikt an der Aussage durch philosophische Sätze im traditionellen Sinne hindert, und vielmehr, was sie meint, nur an anderen

32 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 62.

Gegenständen sichtbar zu machen versteht, indem sie *deren* Unwahrheit zum Ausdruck bringt.“³³

In dieser Aussage ist ein allgegenwärtiger Vorwurf gegen die Kritische Theorie enthalten. Die ihr eigentümliche Grundskepsis gegen die Wahrheiten traditioneller Theorie soll in eine Negationsschleife führen, an deren Ende keine Aussage mehr mit Wahrheitsanspruch formuliert werden kann.

Diese Beobachtung ist zu gleichen Teilen richtig und falsch. Richtig ist, dass die Kritische Theorie nicht ohne Anleihen an den Paradigmen traditioneller Theorie auskommt. Sie setzt diese aber als realisierungsbedürftige Ziele in die Welt, anstatt sie als modellgebende Hypothesen zu unterstellen. Kritische Theorie arbeitet sich also *an* Kategorien traditioneller Theorie ab, anstatt *mit* ihnen zu arbeiten. Wer darin einen Mangel Kritischer Theorie erkennen will, unterschlägt, dass gerade der Negationsprozess Raum eröffnen soll, um belastbare Wahrheiten zu erzeugen. In der Negation liegt „auf einen abstrakten Ausdruck gebracht, der materialistische Inhalt des idealistischen Begriffs der Vernunft.“³⁴

d. (Materialistische) Emanzipation oder Fortschrittsskepsis?

Die vorstehenden Überlegungen erlauben es bereits, den eigentlichen Arbeitsgegenstand Kritischer Theorie einzugrenzen. Denn Kritische Theorie emanzipiert sich zwar von der traditionellen Theorie, indem sie ihren Aussagen einen *über der Zeit* stehenden, „freischwebend[en]“ Geltungsanspruch abspricht. Sie will aber auch und gerade nicht zeitlich kontingent und damit *in der Zeit* „verwurzelt“ sein, eine Eigenschaft, die totalitärer Propaganda zugeschrieben wird. Ihr Anspruch lautet vielmehr, danach zu urteilen, „was an der Zeit ist.“³⁵ Kritische Theorie im Gepräge der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie sieht ihre Kernaufgabe also in der Operationalisierung derjenigen Kategorien, die der bürgerliche Liberalismus als gegeben voraussetzt.

Erkennen, was an der Zeit ist, setzt zweierlei voraus: Erstens eine Analyse dessen, was ist, zweitens eine Vorstellung darüber, was wie sein soll. Infolgedessen wird auf zwei Ebenen, nämlich auf der des Ist- und der des zu erreichenden Sollzustands, Definitionsarbeit erforderlich.

33 Bubner, Philosophische Rundschau 1969, 213, 216.

34 Horkheimer, Traditionelle und kritische Theorie, S. 77 f.

35 Horkheimer/Marcuse, Zeitschrift für Sozialwissenschaft 1937, 625 ff.

Bereits gegen die Beschreibung des Istzustands, an dem das Transformationsprogramm Kritischer Theorie ansetzen will, drängen sich bereits zwei Einwände auf (zum Sollzustand unter d.)).

Der erste betrifft den Inhalt der Bestandsaufnahme und liegt im Verdacht eines historischen Reduktionismus. Wenn *Horkheimer* meint, „die Beziehung von Hypothesen auf Tatsachen vollzieh[e] sich schließlich nicht im Kopf der Gelehrten, sondern in der Industrie“³⁶, redet er einem historischen Materialismus das Wort, der die Gesellschaft auf ökonomische Zusammenhänge und gesellschaftliche Kräfte auf Produktionskräfte reduziert. Vor allem *Seyla Benhabib* hat die Probleme beschrieben, die sich an diese verengende Modellierung anschließen.³⁷ Ihr Ausgangsbefund lautet, Kritische Theorie bleibe verhaftet in Gesellschaftsbegriffen und -idealen der klassischen Moderne. Ihr Bild der Wirklichkeit sei daher durchwoben von zuschreibenden Begriffen, die zu ihrer – für die Theoriebildung eminent wichtigen – Entstehungszeit bereits im Begriff waren, historisch überholt zu werden. *Benhabib* identifiziert dabei zwei miteinander verwobene Probleme. Erstens skizziert die Kritische Theorie das unterkomplexe Bild einer in Arbeiter- und Kapitalinhaber zerfallenden Gesellschaft, deren Transformation in eine Freiheit von den Ketten des Kapitalismus man schon 1937 als überholt ansehen dürfte. Zweitens weist sie eine deutliche Tendenz zur Gleichsetzung von menschlicher Interaktion mit (industrieller) Produktion auf.

Horkheimer selbst hat in diesem Sinne an früherer Stelle auf die Gefahr plakativer Zuschreibungen hingewiesen: Eine Theorie, die das Übel erkläre, gestatte, sich damit abzufinden. Vor allem Marxisten gingen dagegen „angesichts des Elends rasch dazu [über], es zu deduzieren.“³⁸ Offen bleibt, ob *Horkheimer* nun selbst diesen Fehler begeht oder ob er mit der Identifikation von spätmoderner Gesellschaft und Kapitalismus lediglich einen Platzhalter setzen möchte, der anstatt einer Deduktion von abstrakten Sätzen auf eine ideologische Wahrheit eine Dekonstruktion der Wirklichkeit nach dialektischem Programm ermöglichen soll.

Traditionelle und kritische Theorie löst diese Spannung nicht auf. Vielmehr zeichnet sie ein ambivalentes Bild des Individuums als autonomem Akteur und Produktionsmittel in einer auf ihre ökonomischen Zustände re-

36 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 15 f.

37 *Benhabib*, Critique, Norm, and Utopia, S. 79 f.

38 *Horkheimer*, Gesammelte Schriften, S. 327; Nachweis bei *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 15.

duzierten Gesellschaft. Hieraus entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gesellschaft, das zwar durchaus im Programm der negativen Dialektik angelegt ist, das diese aber nicht auflösen kann.

Abhilfe schafft die wiederum im Programm der Traditionellen und kritischen Theorie angelegte Kontextualisierung, in diesem Fall in einer Innenschau. Zwar liegt in der gerade geschilderten Bestandsaufnahme eine Reduktion, die an den interdisziplinären Materialismus erinnert. Sie sollte aber nicht mit einem Bekenntnis zu diesem gleichgesetzt werden, sondern als Fortschrittsskepsis verstanden werden. Gemessen an *Horkheimers* Gesamtwerk ist das durchaus plausibel,³⁹ erzeugt aber ein Folgeproblem: Die Reflexionsschwächen Kritischer Theorie setzen sich im Beharren auf traditionellen Idealen wie Vernunft und Freiheit fort. So meint ein Rezensent der Neuauflage der traditionellen und kritischen Theorie, „es [sei] [...] erstaunlich, wie nahe die Vertreter der ‚Kritischen Theorie‘ dem klassischen Wissenschafts- und Bildungsbegriff des deutschen Idealismus kommen“⁴⁰.

Muss sich Traditionelle und kritische Theorie also den Einwand gefallen lassen, sie kopiere die weder verifizierten noch auf ihre Realisierbarkeit hin überprüften Utopien liberaler Denktraditionen? Gegen diesen Verdacht lässt sich unter Verweis auf bereits angestellte Überlegungen (oben c.) kontern, dass die „Utopie“ in der Kritischen Tradition in Abkehr vom Idealismus Bestandteil einer Programmatik ist: „Es geht nicht darum, eine künftige Welt zu antizipieren, sondern darum, sie mittels einer Kritik der bestehenden zu konzipieren.“⁴¹ Ihr Ziel als reflexive Wissenschaft liegt darin, Tendenzen zur Weiterentwicklung der Gesellschaft auszumachen. Damit ist ihr Ausgangspunkt ein anderer als der der traditionellen Theorie: Es interessiert, was in der Gesellschaft tatsächlich stattfindet – nicht, was dort stattfinden sollte.

39 *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 15.

40 *Apel*, Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 1970, 173, 176; Niklas Luhmann schlägt in dieselbe Kerbe, wenn er der Kritischen Theorie vorhält, „sie sei eigentlich weder „kritisch“ noch „Theorie“, solange sie nur auf das Einlösen angeblicher Verheißungen der bürgerlichen Revolution warte“, *Luhmann*, Die Zukunft der Demokratie, S. 126, 132; Nachweis bei *Guski*, Kritische Justiz 2019, 435, 439.

41 *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 62.

II. Traditionelle und kritische Rechtswissenschaft

1. These: Dogmatische Rechtswissenschaft ist traditionelle Theorie

Nach den vorstehenden Überlegungen muss „kritische“ Rechtswissenschaft vor allem eines können: Sie muss „die Verheißungen der Theorie der bürgerlichen Gesellschaft gegen deren Wirklichkeit und praktisch-gesellschaftlichen Verwirklichungsbedingungen aus[spielen]“⁴² können. Sie muss also nicht nur responsiv für gesellschaftliche Entwicklungen sein, sondern ein reflexives Programm vorhalten, das sich potentiell zur dialektischen Rechtserkenntnis verdichten kann.

Man findet auf Anhieb viele Gründe, um praktischer Rechtserkenntnis ein nur unzureichendes Reflexionspotential zuzuerkennen. Eine wichtige Stellschraube liegt sicher in der Formalisierung der Rechtserkenntnis durch rechtsförmige Verfahren. Hierdurch wird – je nach Verfahrensart und Gerichtsbarkeit in unterschiedlicher Intensität – die Suche nach einer „natürlichen“ Wahrheit zwar nie ganz aufgegeben; sie bildet aber mit normativen Desideraten ein Amalgam, das mit dem Konzept der „prozessualen“ Wahrheit ein Wirklichkeitsmodell auswirft, das den tatsächlichen Umständen nicht unbedingt entsprechen muss.⁴³ Darum soll es hier nicht gehen. Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist doch vielmehr die Frage nach dem kritischen Potential der *Rechtswissenschaft*, die nachfolgend rein technisch verstanden werden soll als Gegenstand universitärer Lehre und Forschung.

So wie sich die Rechtswissenschaft an deutschen Universitäten darstellt, spricht einiges dafür, ihr die Fähigkeit, kritische Theorie zu sein, abzuspochen. So meint *Roman Guski*, „noch immer versteh[e] sich die gängige Jurisprudenz als systematisch und methodologisch geschulte Dogmatik. Noch immer glaub[e] sie an wissenschaftlich begründbare, von politischen Desideraten emanzipierte Rechtsregeln.“⁴⁴ Läge in der Hinwendung zum politischen Prozess und im Anerkenntnis von Rechtsnormen als Ergebnisse derartiger Prozesse aber eine Hinwendung zur Kritischen Theorie? Kurz gesagt, kann nur eine politische Rechtswissenschaft eine Kritische sein?⁴⁵

Das unterstellt, hätte das folgende Konsequenz: Theorie, die im Bewusstsein der sozialen und historischen Kontingenz ihrer Entstehungsbedingun-

42 *Joerges*, Kritische Justiz 1989, 184 ff.

43 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 13 ff., v.a. S. 20 ff.

44 *Guski*, Kritische Justiz 2019, 435.

45 In diese Richtung *Joerges*, Kritische Justiz 1989, 184 ff.

gen entsteht, ist zerfallsfreudig. Theoriebildung, die sich das Programm reflexiver Wahrheitsfindung auferlegt, endet in einer für die dogmatische Rechtswissenschaft schlicht unbrauchbaren Negationsschleife. Wenn *Rudolf Wiethölter* schreibt: „Für unsere Probleme mag es keine Lösungen geben, aber es gibt wenigstens Problemantworten auf Problemfragen“⁴⁶, entbindet er die Kritische Rechtswissenschaft von der zentralen Aufgabe dogmatischer Rechtswissenschaft. Eben deren Fundament legt er im zitierten Text, wenngleich die wissenschaftstheoretische Grundlage nicht immer explizit aufscheint.⁴⁷

Aus Sicht der Rechtspraxis liegt diese Aufgabe in der Vermittlung zwischen Rechtswissenschaft und -praxis durch Ordnung, Systematisierung und Modellierung. Aus Sicht der Rechtswissenschaft liegt sie in der Komplexitätsreduktion der Rechtspraxis durch die Identifikation von Mustern, Modellen und Linien. Auf beiden Seiten geht es um die konstruktive Erarbeitung praxistauglicher Leitfäden unter ständiger Rückanbindung an Grundprinzipien des jeweiligen Rechtsgebiets. Eine Rechtsdogmatik, die sich in diesem Sinne als „Gebrauchsdogmatik“⁴⁸ selbst beschreibt, muss auch gebrauchsfertige Lösungen liefern. Sie kann sich keine „Problemantworten“ leisten. Umgekehrt kann eine kritische Rechtswissenschaft sich das Kardinalziel der „Entzauberung“ nur setzen, wenn sie die Aufgaben der dogmatischen Rechtswissenschaft beherzt ablehnt und „Dogmatik“ als „Politik“ neu erzählt.

Jedenfalls die dogmatische Rechtswissenschaft verschreibt sich der Hypothese eines Mehrwerts von Ordnung.⁴⁹ Ordnung ist die Voraussetzung für die Unterstellung, Recht lasse sich als System begreifen und nicht als zufällige Masse. Jede Ordnung, so könnte man meinen, ist aber anfällig für Ideologie, da Ordnung mit Kategorienbildung einhergeht, Einzelfallgerechtigkeit mit der Folgerichtigkeit einen Gegenspieler erhält und das Endziel Systemkohärenz exkludierend wirken kann. Ordnung, so könnte man behaupten, lässt sich nur erreichen, wenn die Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Systems, als das sich Rechtswissenschaft selbst beschreibt, nicht laufend überprüft werden. Täte man eben das, würde jede Rechts„ordnung“ ihren sofortigen Zerfall in Kauf nehmen, weil sie als

46 *Wiethölter*, FS Raiser, 645, 696.

47 So meint Christian Joerges: „Wiethölters eigene Positionsbestimmungen haben jedenfalls Denkmuster der Kritischen Theorie herangezogen“; *Joerges*, Kritische Justiz 1989, 184, 185.

48 *Stürner*, JuristenZeitung 2012, 10 ff.

49 Dazu grundlegend *Bachmann*, Private Ordnung, S. 3.

gerade historisch und sozial bedingtes Gebilde instabil wäre. Das Kernprogramm Kritischer Rechtstheorie läge also darin, Rechtsordnung als Rechtsunordnung neu zu erzählen – und eben das als gegeben zu akzeptieren. Eine so verstandene Kritische Rechtstheorie muss sich schon deshalb als radikaler Alternativentwurf zu Rechtswissenschaft, wie sie aktuell betrieben wird, verstehen, weil ihr Ziel nicht im Schaffen von Ordnung, sondern in deren Dekonstruktion ohne besseres Angebot besteht.

2. Gegenthese: Rechtstheorie ist potentiell kritische Rechtswissenschaftstheorie

Auch wenn die vorstehenden Überlegungen den status quo Kritischer Rechtswissenschaft wiedergeben, erscheint es den Zielen des vorliegenden Beitrags nur dienlich, auch die Gegenthese zu skizzieren. Das funktioniert am besten über Falsifikation. Gibt es also eine Rechtswissenschaft jenseits der dogmatischen, die das wissenschaftstheoretische Programm kritischer Theorie absorbieren könnte? Schnell wird man in der Rechtstheorie fündig. Selbst eine positivistische Rechtstheorie *Kelsen'scher* Prägung beschreibt sich als ideologiekritisch. Sie tut dies in Abgrenzung von der Naturrechtslehre, deren Ziel darin liege, „[d]ie Geltung des positiven Rechts dadurch in Frage zu stellen, dass sie dessen Widerspruch zu einer irgendwie vorausgesetzten absoluten Ordnung behauptet.“⁵⁰ *Kelsen* bescheinigt diesem Ansinnen „ideologisch[e] Tendenzen, deren machtpolitische Absichten oder Wirkungen auf der Hand liegen“⁵¹ und schließt: „gegen sie ist die Reine Rechtslehre gerichtet.“⁵² Auch die Reine Rechtslehre als Anführerin des normativen Rechtspositivismus ist also ideologiekritisch. Was ihr fehlt, ist die für Traditionelle und kritische Theorie charakteristische Positivismuskritik, die erst den Weg zur Ideologiekritik ebnet (oben I. 2. a.). Dafür werden aus der Reinen Rechtslehre selbst zwei Gründe sichtbar: Erstens konzentriert sie ihren Ideologieverdacht auf einen konkreten Gegner, nämlich die Naturrechtslehre.⁵³ Zweitens beschreibt sie sich selbst als Normwissenschaft und damit grundsätzlich unter Ausgrenzung der ge-

50 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16.

51 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16.

52 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16 f.

53 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 2 f.

sellschaftlichen Vorgänge, die Normen erzeugen.⁵⁴ In den Worten *Kelsens* „betrachtet [sie] sich als Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch eine Analyse seiner Struktur zu verstehen“⁵⁵.

Die Reine Rechtslehre hilft durch diese bewusste Verengung einer Spannung ab, mit der auch die Kritische Theorie in Anschluss an Traditionelle und kritische Theorie zu kämpfen hat, nämlich dem Verhältnis von Theorie und Sozialforschung (oben I. 2. e.). Trotzdem lässt sich festhalten, dass sich selbst eine die Rechtswissenschaft auf eine Normwissenschaft reduzierende Rechtslehre im Ausgangspunkt dieselben Fragen stellt wie Traditionelle und kritische Theorie – sie aber freilich anders beantwortet und dementsprechend „anders abbiegt“. Das zeigt, dass Rechtstheorie, die die Notwendigkeit von Normen nicht in Abrede stellt, grundsätzlich Elemente einer kritischen Theorie nach dem in Traditionelle und kritische Theorie skizzierten Modell annehmen *kann* – es aber in aller Regel nicht tut.

3. Was macht kritische Rechtswissenschaft aus?

Lassen sich zwischen den beiden Extrempositionen der radikalen Normskepsis und der reduktionistischen Normwissenschaft weitere Spuren kritischer Theoriearbeit ausmachen? Um mit einem derart losen Suchraster Elemente „kritischer“ (nicht Kritischer) Theorie in der Rechtswissenschaft und -theorie auszumachen, sind vorab mehrere Einschränkungen und Freizeichnungen erforderlich. Zunächst muss die Suche notwendig eklektisch und an vielen Stellen anekdotisch bleiben. Weiter muss sie viele Fragen offenlassen, die eigentlich zu beantworten wären, wenn die Suche belastbare Ergebnisse erzeugen soll. Vor allem aber sollen Kernpositionen Kritischer Rechtswissenschaft unwidersprochen bleiben; schon deswegen, weil das Ziel des vorliegenden Beitrags nicht darin liegt, eine „neue Kritische Rechtswissenschaft“ auszuloten, sondern die reichhaltigen Bestände kritischen Rechtsdenkens an ein wichtiges textförmiges Zeugnis kritischer Wissenschaft anzubinden. Es geht nachfolgend also, zugegebenermaßen reduktionistisch, zunächst nur um „kritische Rechts-Theorie“; nicht um „Kritische Rechtstheorie“ (unter a.) und dann, skizzenförmig, um das kritische Potential praxisorientierter Rechtswissenschaft (unter b.).

54 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 9 f.

55 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 17.

a. Positivismuskritik: Legitimationsbedürftigkeit positiven Rechts

Aus den vorstehenden Überlegungen dürfte deutlich geworden sein, dass der Argwohn gegenüber dem Abstrakten, Geronnenen und „Kategorischen“ einen nicht unwesentlichen Teil der Selbstbeschreibung kritischer Theorie ausmacht (oben I. 2. a.). Ebenso könnten sie offengelegt haben, dass eine in der Tradition der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie in Positivismuskritik überführte Ideologiekritik kritischer Rechtswissenschaft die Rolle eines stets verneinenden Geistes zuweist, der zur dogmatischen Rechtswissenschaft nichts als Fundamentalkritik an ihrem Arbeitsgegenstand „Rechtspraxis“ und ihrer Arbeitsweise „Ordnen“ beizutragen hat (oben II. 1.). Ist umgekehrt eine kritische Rechtstheorie denkbar, die Ideologiekritik anders als über grundlegende Positivismuskritik deutlich macht?

Mit etwas Phantasie lassen sich die Umriss eines „modifiziert kritischen Rechtswissenschaftens“ hinter historischen und aktuellen Diskussionen um das Verhältnis von Kodifikation und Reform, oder genauer: um die Legitimität von Kodifikation, ausmachen. Das sei nachfolgend an einem Beispiel verdeutlicht: *Anton Menger* erhebt in seiner 1890 erschienenen Schrift „Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen“⁵⁶ gegen den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Einwand, er ver helfe liberalen Prinzipien wie dem der Vertragsfreiheit und des Erbrechts unzureichend zur Geltung, weil er einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung, nämlich jene „besitzlosen Volksklassen“, ohne Not benachteilige und auf diese Weise die besitzende Klasse einseitig begünstige.⁵⁷ Ein Rezensent hält diesem Vorwurf entgegen, er ignoriere das Mandat der Kommission, die den Entwurf ausgearbeitet hat. Wolle der Gesetzgeber dem Vorwurf abhelfen und das Bürgerliche Gesetzbuch als Mittel zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit einsetzen, müsse er sich „als Erzieher der Nation [...] fühlen“⁵⁸ und „sich über den Wust des seit Jahrtausenden angesammelten Rechtsstoffs erheben.“⁵⁹ Darin schwingt die in der Pandektistik verbreitete⁶⁰ Unterstellung mit, eine große Privatrechtskodifikation wie die des Bürgerlichen Rechts müsse normförmige Praxis als gegeben akzeptieren, anstatt sie, sei es auch noch so sanft, zu reformieren. *Menger* hingegen vertritt offenbar den Standpunkt, das Bürgerliche Gesetzbuch könne nicht mit dem Prinzip gleicher

56 *Menger*, Das bürgerliche Recht.

57 *Menger*, Das bürgerliche Recht, S. 62 ff., S. 76 ff.

58 *Loening*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 392, 393.

59 *Loening*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 392, 393.

60 Einschätzung bei *Spellenberg*, Recht im sozialen Rechtsstaat, 23 ff., 28.

Freiheit arbeiten, ohne sich auch um seine Verwirklichung zu bemühen. Das setzt einen Abgleich von (liberalem) Modell und Praxis voraus, der den ersten Schritt der in Traditionelle und kritische Theorie entfaltenen Positivismuskritik ausmacht. Verallgemeinernd gesprochen ist positives Recht nicht allein deswegen legitim, weil es für sich beanspruchen kann, auf nicht positivem Recht wie Gewohnheitsrecht oder gesellschaftlicher Praxis aufzubauen. Seine Legitimität setzt vielmehr die gesonderte Feststellung voraus, 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.

b. Reflexivität: Akteurssensibilität

Woraus aber schöpft die Positivismuskritik ihr Leitbild? *Anton Menger* wird zugeschrieben, er habe das seine ebenso wie andere Kritiker der Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus einer Denkschule geschöpft, die von der Kritischen Theorie nicht weiter entfernt sein könnte, nämlich der Naturrechtslehre.⁶¹ Versucht man nach dem Vorbild der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie den Programmern einer kritischen Rechtstheorie zu identifizieren, führt das rasch zur Herstellung materialer Freiheit.

Kann eine Rechtstheorie überhaupt emanzipieren? Um das zu leisten, muss sie 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.⁶² Das erfordert eine gewisse Skepsis gegenüber Recht als Kommunikationsinstrument, die aber nicht unbedingt das Gepräge einer Rechtskritik annehmen muss.

Kritische Rechtstheorie muss außerdem akteurssensibel arbeiten. Wer, muss sie fragen, 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.⁶³ Verfährt man nach

61 *Spellenberg*, *Recht im sozialen Rechtsstaat*, 23, 34.

62 Statt vieler *Tushnet*, *SMU Law Review* 1994, 23, 26.

63 *Tushnet*, *SMU Law Review* 1994, 23, 26.

diesem Programm, kann sich beispielsweise die Einsicht einstellen, dass gesellschaftlicher Wandel sich auf dem Klageweg oft, aber längst nicht immer, erreichen lässt.⁶⁴ Der Schlüssel zur Realisierung materialer Freiheit liegt freilich nicht im Design von Normen und Prozessen, sondern in der Integration der darauf aufbauenden Praxis in die Beschreibung von Rechtswissenschaft. Die Einsicht in die Entwicklungsoffenheit von Rechtsnormen legt umgekehrt das Fundament einer reflexiven Rechtswissenschaft, die Recht nicht mechanisch, sondern als sich dynamisch verändernde und deshalb zwingend änderungsoffene gesellschaftliche Interaktionsform beschreibt.⁶⁵

c. Dekonstruktion liberaler Rechtsinstitute

Kritische Rechtswissenschaft erreicht Positivismuskritik aber nicht nur, indem sie akteurssensibel ist. Sie muss auch den Schluss von der formalen Kontinuität kodifizierten Rechts auf die der Gesellschaft, die es mit Leben füllt, hinterfragen. Eben diese Einsicht findet sich beispielsweise in der Feststellung *Franz Wieackers*, es „[...] kann sich eine Gesellschaft von Grund auf geändert haben, ohne daß sich die äußere Gestalt und die juristische Technik einer Kodifikation mit ihnen (gemeint sind ihre formalen Eigenschaften) verwandelte.“⁶⁶ Wenn er weiter meint, „am Ende kann der gleiche Kodifikationstyp, selbst das gleiche Gesetzbuch von vornherein entgegengesetzten Lebensbedingungen oder Weltanschauungen gleich gute Dienste leisten.“⁶⁷, verweigert er sich freilich der Dekonstruktion, die für kritische Rechtswissenschaft ebenso charakteristisch wie notwendig ist.

Horkheimer selbst führt am Beispiel der Kapitalgesellschaft aus, wie eine solche Dekonstruktion aussehen kann. Er stellt im Ausgangspunkt fest, „in der liberalistischen Periode war die ökonomische Herrschaft weitgehend mit dem juristischen Eigentum an den Produktionsmitteln verknüpft.“ Das soll sich durch die mit der Industrialisierung einhergehende Kapitalkonzentration verändert haben, „wobei sich die Leitung gegenüber dem juristischen Eigentumstitel verselbstständigt [habe]“. Damit büße das „Eigentum“

64 “The long-term ideological consequences of winning victories in courts are almost certainly going to be adverse to progressive change.” *Tushnet*, *SMU Law Review* 1994, 23, 26.

65 Eine reflexive Vertragstheorie findet sich bspw. bei *Lomfeld*, *Die Gründe des Vertrages*.

66 *Wieacker*, *Sozialmodell*, S. 3.

67 *Wieacker*, *Sozialmodell*, S. 3.

an Gesellschaftsanteilen seine ihm ursprünglich zgedachte Funktion ein: „Ohne dass etwa an der juristischen Definition des Eigentums im geringsten etwas geändert wird, werden die Eigentümer gegenüber den Leitern und ihrem Stab zunehmend ohnmächtig.“⁶⁸

Die zitierte Passage führt zunächst zu einem der zentralen Einwände gegen Traditionelle und kritische Theorie zurück. Denn *Horkheimer* kritisiert zwar den Funktionswandel der Kapitalgesellschaft, nicht aber die Kapitalgesellschaft an sich; er wendet sich gegen die Trennung von Anteilseigentum und Unternehmensleitung, nicht aber gegen den Umstand, dass auch im Urzustand die mit dem Anteilseigentum verbundenen Privilegien weiten Teilen der Gesamtgesellschaft vorbehalten geblieben sind. Ebenso wie von ihm entworfene kritische Wissenschaftstheorie sich nicht von den Utopien des bürgerlichen Liberalismus löst (oben 2. d.), ist auch im beschriebenen Urzustand die bürgerliche Eigentumsordnung keineswegs überwunden; *Horkheimer* wendet sich vielmehr lediglich gegen die Aufteilung von Kapital und Mitspracherechten. Dieselbe Forderung erheben übrigens Vertreter der libertären (Rechts-)ökonomik der Vereinigten Staaten, wenn sie meinen, die Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft seien Souverän, die Unternehmensleitung dagegen ihr zu fremdnützigem Handeln verpflichteter Treuhänder. Dass diese Konvergenz kritischer und libertärer Organisationskritik bizarre Folgen haben kann, zeigt erst die Konsequenz, der als Friedman Doctrine bekannten Rechnung: Die Legitimität der privat(wirtschaftlich)en Organisation erschöpft sich in der Ertragssteigerung: „The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits.“⁶⁹ Aktuelle, in kritischer Denktradition verhaftete Forderungen nach einer stärkeren Einbeziehung derjenigen, die die negativen Externalitäten von Unternehmensaktivität zu tragen haben, beispielsweise in Form von Umweltschäden, laufen dem diametral zuwider.⁷⁰ Wir können festhalten, dass „Dekonstruktion“ nicht zwingend mit einer Ablehnung bürgerlich-liberaler Prinzipien einhergehen muss, auf denen große Privatrechtskodifikationen wie das Bürgerliche Recht aufbauen. Um transformativ wirken zu können, bedarf es aber in einem weiteren Schritt der kritischen Aufarbeitung eben dieser Prinzipien.

68 *Horkheimer*, Traditionelle und Kritische Theorie, S. 68.

69 *Friedman*, The New York Times Magazine 13.9.1970.

70 *Jackson*, Corporate Autonomy.

d. Emanzipation durch Rechtswissenschaft – nicht an ihr vorbei

Die vorstehenden Überlegungen führen zu einer notwendigen Einsicht, die auf die Leitfrage des vorliegenden Sammelbandes zurückführen: Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft? Aus Sicht der kritischen Theorie lautet die Antwort: Sie muss es sein. Denn kritische Rechtswissenschaft muss die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ernstnehmen, um ihr Ziel einer Transformation der Gesellschaft hin zu materialer Freiheit zu erreichen. Sie darf sich 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. Genau das gelingt der Rechtsdogmatik; genau darin ist sie der gegenwärtigen Kritischen Rechtstheorie (noch) voraus. Für die kritische Rechtstheorie ist das Grund genug, sich um das Gehör der Rechtsdogmatik zu bemühen.

Literaturverzeichnis

- Abromeit, John: Revisiting Max Horkheimer's Early Critical Theory, in: Gordon, Peter/Hammer, Espen/Honneth, Axel (Hrsg.): *The Routledge Companion to the Frankfurt School*, London 2019, S. 152–162 (zitiert als: *Companion to the Frankfurt School*).
- Apel, Karl-Otto: Wissenschaft als Emanzipation? Eine Auseinandersetzung mit der Wissenschaftskonzeption der „Kritischen Theorie“, *Zeitschrift für Allgemeine Wissenschaftstheorie*, 1970, S. 173–195.
- Bachmann, Gregor: *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung*, Tübingen 2006.
- Benhabib, Seyla: *Critique, Norm, and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, New York City 1987 (zitiert als: *Cirtique, Norm, and Utopia*).
- Bubner, Rüdiger: Was ist Kritische Theorie?, *Philosophische Rundschau* 1969, S. 213–249.

- Friedman, Milton: A Friedman doctrine – The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, in : The New York Times Magazine, September 13, 1970, Section SM, Page 17 (online verfügbar auf: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>, zuletzt aufgerufen am 16.3.2023).
- Guski, Roman: Die Einheit der Gegensätze: Politische Rechtstheorie, Systemtheorie und Dogmatik, *Kritische Justiz* 2019, S. 435–448.
- Horkheimer, Max: Die gegenwärtige Lage der Sozialphilosophie und die Aufgaben eines Instituts für Sozialforschung, in: Brede, Werner (Hrsg.): Max Horkheimer. Sozialphilosophische Studien. Aufsätze, Reden und Vorträge 1930–1972, Frankfurt am Main 1972, S. 33–46 (zitiert als: Sozialphilosophische Studien).
- Horkheimer, Max: Nachtrag, in: Max Horkheimer: Traditionelle und kritische Theorie. Vier Aufsätze, Frankfurt am Main 1970, S. 57–65 (zitiert als: Vier Aufsätze).
- Horkheimer, Max: Gesammelte Schriften. Band 2: Philosophische Frühschriften 1922–1932, Frankfurt am Main 1987.
- Horkheimer, Max: Traditionelle und kritische Theorie, in: Vogelmann, Frieder (Hrsg.): Max Horkheimer. Traditionelle und kritische Theorie, Frankfurt am Main 2020, S. 5–78 (zitiert als: Traditionelle und kritische Theorie).
- Horkheimer, Max/Marcuse, Herbert: Philosophie und kritische Theorie, *Zeitschrift für Sozialforschung* 1937, S. 625–647.
- Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W.: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Nachdruck der Ausgabe von 1969, Frankfurt am Main 2022 (zitiert als: Dialektik der Aufklärung).
- Jackson, Katharine: Corporate Autonomy: Law, Constitutional Democracy, and the Rights of Big Business, 2019, <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-mq0s-2j67> (zitiert als: Corporate Autonomy; zuletzt aufgerufen am 16.3.2023).
- Joerges, Christian: Politische Rechtstheorie – Impulse und Suchbewegungen, *Kritische Justiz* 1989, S. 184–193.
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 1. Auflage 1934, zitiert nach der Studienausgabe 2008, hrsg. von Matthias Jestaedt.
- Loening, Edgar: Rezension zu Menger, Anton: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 1890, S. 392–401.
- Lomfeld, Bertram: Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, Tübingen 2015.
- Luhmann, Niklas: Die Zukunft der Demokratie, in: *Soziologische Aufklärung* 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, Opladen 1987, S. 126–132.
- Marx, Karl/Engels, Friedrich: Die deutsche Ideologie. Eine Auswahl, Stuttgart 2018.
- Menger, Anton: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Tübingen 1890 (zitiert als: Das bürgerliche Recht).

- Redecker, Eva von: Vorwort, in: Horkheimer, Max/ Adorno, Theodor W.: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Nachdruck der Ausgabe von 1969, Frankfurt am Main 2022 (zitiert als: Dialektik der Aufklärung).
- Spellenberg, Ulrich: Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?, in: Reh binder, Manfred (Hrsg.): Recht im sozialen Rechtsstaat, Wiesbaden 1973, S. 23–67.
- Stürner, Rolf: Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, in: JuristenZeitung 2012, S. 10–24.
- Tolstoj, Lev N.: Krieg und Frieden. Band II, 3. Auflage, Berlin 1969.
- Tushnet, Mark: The Critique of Rights, SMU Law Review 1994, S. 23–34.
- Vogelmann, Frieder: Kritische Theorie: Die Idee einer emanzipatorischen Wissenschaft, in: Vogelmann, Frieder (Hrsg.): Max Horkheimer. Traditionelle und kritische Theorie, Frankfurt am Main 2020, S. 94–151 (zitiert als: Traditionelle und kritische Theorie).
- Wieacker, Franz: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, Karlsruhe 1953 (zitiert als: Sozialmodell).
- Wiethölter, Rudolf: Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1968.
- Wiethölter, Rudolf: Privatrecht als Gesellschaftstheorie?, in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.): Funktionswandel der Privatrechtseinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 645–696 (zitiert als: FS Raiser).
- Wiggershaus, Rolf: Die Frankfurter Schule, Reinbek bei Hamburg 2010.

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

Das Recht auf der Suche nach seiner Einheit.

Wollen – Verstehen – Repräsentieren

Amadou Korbinian Sow

I. Einleitung: „Vogelgespräche“

114 Werke soll der persische Dichter *Farīd ad-Dīn-e ‘Attār*¹ verfasst haben. 114, das ist auch die Zahl der Koransuren. Schon der Umfang des Werks *‘Attār* symbolisiert mithin spirituelle Erhabenheit. *‘Attār* wählte sich nach der persischen literarischen Tradition seinen Dichternamen selbst. Der nom de plum musste, so die kulturelle Regel, auf das jeweilige weltliche Handwerk des Dichters verweisen. „‘Aṭṭār“, das heißt sowohl „Apotheker“ als auch „Parfümeur“ – die zwei Gewerbe waren früher eng verbunden; Heilung und Wohlgeruch lagen offenbar selbstverständlich beieinander. Der Sufi *‘Attār* wollte seinem Leser mit dem Pseudonym zu verstehen geben: „Meine Dichtung erfüllt die Welt mit berauschem Wohlgeruch, mit der Präsenz einer Absenz, mit dem Zeichen eines spürbar anwesenden wie abwesenden Heils.“

Das berühmteste Epos *‘Attār*s ist das „Maṭīq aṭ-ṭair“, meist übersetzt als „Vogelgespräche“. Schon in der an-Naml („die Ameise[n]“), der 27. Koransure, spielt die „Vogelsprache“ eine wichtige Rolle. Der König Sulaimān (der biblische Salomon) tritt dort als ihrer mächtig auf: „‘ullimnā maṭīqa ṭ-ṭairi“, „man hat uns die Sprache der Vögel gelehrt“, ruft er aus und meint, das sei ein „Zeichen“ göttlicher „Huld“.² Er plauscht in der Sure mit dem „hūdhūd“, dem Wiedehopf.³ In der salomonischen Geschichte des Korans

1 Um 1136–1221; zu *‘Attār*s Leben *Anvar*, Taking Flight, 13 ff. Die Transkription des Namens *‘Attār*s richtet sich in diesem Beitrag nach dem System der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft, außer dort, wo die englische Ausgabe der Vogelgespräche zitiert wird (*‘Attār*, The Canticle of the Birds), die der modernen iranischen Transkription folgt.

2 Sure 27:16 (nach der Koran-Übersetzung von Paret).

3 Den arabischen Namen „hudhud“ erkennt als Onomatopoesie jeder, der schon einmal den Gesang dieses Vogels gehört hat. Sein Name ähnelt zudem dem arabischen Wort für Führer – „hādī“. Kein Wunder also, dass der Wiedehopf sowohl als Liebesbote Salomons als auch als Vogelführer fungieren darf.

dient der Wiedehopf als Liebesbote zwischen Salomon und der biblischen Königin von Saba.

In *ʿAttār's* *Mantiq aṭ-ṭair* darf der Vogel als durch eine solch prominente Rolle in der heiligen Schrift gewissermaßen transzendental geadeltes Tier als Seelenführer fungieren. Die Geschichte der „Vogelgespräche“ beginnt so:

„Die Vögel aller Welt versammelten sich einst,
[...]
Sie alle sagten: ‚Seht, in dieser unsrer Zeit
Gibt es kein Land, wo nicht ein Landesherrscher weilt.
Warum hat unser Land denn keinen König, sagt?
Wir müssen unbedingt auch einen Herrscher haben!
Es dürfte richtig sein, wenn wir einander helfen
und auf die Suche gehen nach einem Fürsten hoch[.]‘⁴

Die bislang offenbar anarchisch lebenden Vögel der Welt wollen sich einen Herrscher, eine Ordnung geben. Sie entschließen sich, sich auf die Suche nach einem Fürsten zu machen. Der Wiedehopf ist es nun, der als „zweifellos[er] Gesandter jenes Herrn, des Unsichtbaren Bote“⁵ vorschlägt, wer das Objekt der Suche sein soll. Er erzählt den versammelten Vögeln vom „*Ṣimorg*“, dem göttlichen König aller Vögel, der am Ende der Welt wohne.

4 *ʿAttār*, *Vogelgespräche*, S. 158.

5 *ʿAttār*, *Vogelgespräche*, S. 158.



Abbildung: Illustration der „Vogelgespräche“ aus der Hand des persischen Künstlers Ḥabīb-allāh Savāji, um 1600. In der sufistischen und persischen literarischen Tradition war die Symbolisierung der mystischen Einsichten durch bildende Kunst geläufig. Bilder sollten den Text nicht nur schmücken oder veranschaulichen, sondern gewissermaßen selbst als spirituelle Medien die Botschaften des Texts gleichberechtigt transportieren.⁶ Rechts mittig ist der Wiedehopf erkennbar, der den versammelten Vögeln vom Gottesvogel berichtet.

Die „Vogelgespräche“ schildern nun den Zug der Vögel durch sieben Täler in die Gegenwart des Simorgh. Auf der langen und beschwerlichen Reise geben die allermeisten Vögel auf oder sterben gar, bis schließlich nur mehr dreißig Vögel übrigbleiben. Hier nun stößt jeder Übersetzer der Geschichte auf ein unüberwindbares Hindernis: Im Persischen heißt es, nach ihrer erschöpfenden Reise erreichen dreißig Vögel den Gottesvogel Simorgh. Drei-

6 Dazu *passim* die Illustrationen in der Ausgabe *Attār*, *The Canticle of the Birds*.

ßig Vögel, das ist auf Persisch: „sī morǧ“. Die Suche der Vögel endet bei ihnen selbst. Sie waren gewissermaßen von Anfang an zugleich Subjekt und Objekt der Suche, die Vereinigung mit sich selbst erforderte aber die Anstrengung der beschwerlichen Reise.

Das Wortspiel am Ende des Epos zeigt *Attārs* sufistische Vorstellung von der Identität der Einzelseelen mit einer Allseele. Es verweist auf ein mystisches Ideal der Deckung des Einzelnen mit sich selbst und mit einer Gesamtheit.

Dieser Beitrag zeigt, dass das Recht selbst ein ganz ähnliches, bisweilen mystisches Ideal verfolgt, auch wenn es das selbst nicht wissen mag.⁷ Der Beitrag untersucht das Streben des Rechts nach Einheit. Er illustriert dieses Streben anhand des Beispiels der Normordnung als Willensordnung. Das meint, dass sowohl in unserer Konzeption von Normerzeugung und Norminterpretation (II.), als auch von Staatlichkeit und Repräsentation (III.) voluntaristische Residuen vorhanden sind, die erklärbar sind mithilfe einer ideengeschichtlichen Methodik, die unausgesprochenes, in unseren Denkfiguren sedimentiertes Wissen zu explizieren und zu prüfen sucht. Nach einer Kritik dieses Einheitsstrebens mitsamt seinen hermeneutischen (IV.) und politischen Implikationen (V.) wird als Gegenmodell ein Konzept von Normen skizziert, das weniger die Einheit als die Differenz, weniger das erschöpfende Verstehen als das offenbleibende Gespräch in ihr Zentrum stellt und so keinen gleichermaßen starken Voluntarismus braucht (VI.).

7 Insofern ist die Konzeption von (Rechts-)Wissenschaftstheorie, die diesem Beitrag zugrunde liegt, eine der Explikation von unausgesprochenem Wissen. Sie untersucht, wie „Wissensobjekte und Erkenntnisbereiche“ abhängen von je zeitspezifischen „besondere[n] Verfahren [...], die über die Möglichkeit, über die Sichtbarkeit, über die Konsistenz und die Korrelation ihrer Gegenstände entscheiden“ (Vogl, *Kalkül und Leidenschaft*, S. 13 bezogen auf Darstellungsoptionen).

Genau genommen bleibt das Recht sogar in der Regel, wie am Ende dieser Untersuchung erkennbar sein wird, hinter *Attārs* mystisch-sufistischer Konzeption einer Einheit aus Einheit und Differenz zurück (dazu sub VII.). Der Dichter spielte mit der Unerreichbarkeit der vollkommenen Einheit. Eine Rechtstheorie, die Verunsicherung und Fragmentierung von Verstehens- und Willensprozessen aus sich ausschließt, hält dagegen noch an diesem Ideal fest.

II. Normerzeugung

Das Recht ist keine *creatio ex nihilo* – zumindest jenseits seines seinerseits nicht weiter fundierbaren Gründungsakts.⁸ Oder, um es wissenschaftstheoretisch-distanzierter zu fassen: Das Recht *beschreibt sich selbst* nicht als Gründung aus einem Nichts heraus, sondern als Gefüge aufeinander bezogener Normen.⁹ Jede Normerzeugung erfolgt nach diesem Verständnis ausschließlich auf der Basis schon existenter anderer Normen.¹⁰

Das Recht kann so als normative Ordnung beschrieben werden. Diese Art der Beschreibung ist zunächst auch hilfreich. Sie weist zweifelsohne auf wesentliche Charakteristika des Rechts hin. Es ist normativ in einem ontologischen Sinn, das heißt seine Seinsweise ist die Normativität, die „Sphäre“ des Sollens. Es ist selbstbezüglich und relativ autonom – in dem Sinn, dass es Rechtsexternalitäten intern prozessiert – anhand eigener Begriffe und Unterscheidungen, die nicht notwendigerweise übereinstimmen müssen mit jenen der Lebenswelt.¹¹

Wir können die Selbstbeschreibung – gewissermaßen von außen – natürlich aber auch hinterfragen. Denn was soll das eigentlich sein, eine selbstgenügsame Ordnung aus Normen? Darüber haben sich selbstverständlich verschiedene Rechtstheoretiker in der Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz Gedanken gemacht. Voluntaristisch geprägte Rechtstheorien antworten auf diese Frage: Norm, das heißt, „daß etwas sein oder geschehen [...] soll“.¹² Normen sind demnach „Willensakte“.¹³ Wer die Rechtsordnung verstehen will, müsste sich folglich anschicken, eine möglichst „widerspruchsfreie Konstruktion“ im Grunde „sozialpsychologischer Vorgänge“¹⁴ vorzunehmen. Recht findet dann – primär oder gar exklusiv –

8 Klassisch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 204 ff.; zur Grundnorm nüchtern-klärend *Jestaedt*, *JZ* 2013, 1009.

9 Wiederum *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 4 ff.

10 Dazu *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, S. 185 ff.

11 Klassisch *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, insbes. S. 38 ff.

12 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 4 (Herv. i. Orig.).

13 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 4. *Kelsen* ist hier nur einer vieler möglicher Gewährsmänner für ein solches Verständnis. Es geht nicht um eine Kritik der Spezifika der Reinen Rechtslehre. Das wäre wohlfeil und würde wohl die eigentliche Komplexität und Gewieftheit der kelsenianischen Konzeption verfehlen. Es geht vielmehr um eine im generellen Rechtskonzept sedimentierte Ablagerung solcher rechtstheoretisch anspruchsvoller Konzepte (s. zu diesem Prozess und seiner Explikation als Anliegen dieses Beitrags supra Fn. 7), wenn man so will um eine Art *Vulgär-Kelsenianismus*.

14 *Möllers*, *Staat als Argument*, S. 18 unter Bezug auf *Jellineks* Staatsbegriff.

„in der Abgrenzung zwischen verschiedenen personalen Sphären einzelner impermeabler Rechtspersönlichkeiten“¹⁵ und ihrer Willen statt. Legitimation schöpft es wesentlich aus der „Koordination“ dieser „Willensbeziehung aller“¹⁶ und der Sublimation der Willensmehrheiten in einer Willenseinheit (die heute typischerweise staatlich gefasst ist¹⁷).

Hermann Kantorowicz proklamierte 1906, das Recht müsse „Wille sein“, das erkenne man nun und damit trete die Rechtswissenschaft „in ihre voluntaristische Phase“, die nunmehr „ihre höchsten Triumphe feiern“¹⁸ könne. In der Tat, um 1900 verbreiteten sich voluntaristische Rechtstheorien.¹⁹ Es waren keinesfalls nur modernistisch gesinnte Freirechtler wie *Kantorowicz*,²⁰ die daran teilhatten. Allerlei in ihren konkreten rechtstheoretischen Positionen weit auseinanderliegende Rechtswissenschaftler der Jahrhundertwende bemühten irgendeine Form des Willenskonzepts, um Normen zu erklären. Der Rechtshistoriker *Schröder* führt einige illustrative Beispiele dafür an:

„Das Recht erscheint jetzt nicht mehr als Rechtsüberzeugung, sondern als ‚erklärter Gemeinwille‘ (Karl Bindig), der ‚Wille der Gemeinschaft‘ (Eduard Hölder), ‚allgemeiner Wille‘ (Heinrich Dernburg), ‚unverletzbar selbstherrlich verbindendes Wollen‘ (Rudolf Stammler), ‚erklärter Wille

15 Möllers, Staat als Argument, S. 18.

16 Ladeur/Augsberg, RT 2009, 431, 463.

17 Dazu noch eingehend infra III.

18 Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 20 (Herv. i. Orig.); dazu erhellend Lepsius, Richterleitbilder im 20. Jahrhundert, 147.

19 Dazu Schröder, Recht als Wissenschaft, S. 285 ff. sowie Payandeh, Judikative Rechts-erzeugung, S. 65 ff.; ideengeschichtlich wurde der Voluntarismus häufig gestützt auf eine relativ scharfe, mal mehr implizite, mal mehr explizite, Trennung oder mindestens Unterscheidung von Sein und Sollen. Dieser konstitutive Unterschied kann, so erklärt Kelsen es methodenehrlich „nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewußtsein unmittelbar gegeben“ (Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 5). Er muss also schlicht als Prämisse des Voluntarismus hingenommen werden.

Die Sein-Sollen-Trennung beruhte ihrerseits oftmals auf einem neokantianisch geprägten Denkmodell. Zum Neokantianismus als philosophische Strömung allgemein Köhnke, Entstehung und Aufstieg des Neokantianismus, *passim* sowie zu dessen Prävalenz in der Rechtswissenschaft um die Jahrhundertwende Haferkamp, Neokantianismus und Rechtsnaturalismus, 105.

20 Zum Modernismus der sog. Freirechtsbewegung nach wie vor lesenswert Vallauri, Geschichte des Freirechts, insbes. S. 37 ff., 141 ff.

der Gemeinschaft‘ (Philipp Heck) oder auch einfach nur als Staatswille (Hans Kelsen).²¹

Eine von solchen Impulsen geprägte Rechtstheorie versteht das Recht bei allen Divergenzen „als eine[] Ordnung, die nicht auf ein Anderes verweist, sondern die Selbstbindung der anderen durch ihren eigenen Willen anruft“²² – Einheit durch Willensidentität. Das wird im Folgenden als Willensparadigma oder Voluntarismusgedanke bezeichnet.

III. Staat und Repräsentation

Der Voluntarismusgedanke hat seine Wurzeln in theologischen Konzepten päpstlicher Rechtssetzungsgewalt im 11. Jh.²³ Die Schwierigkeit in der Adaption des Konzepts im frühen 20. Jh. lag darin, den Bezugspunkt des Willens vom herrschenden Individuum, beispielsweise einem Papst als Summus Pontifex, zu einer Masse zu verschieben. Ein wesentlicher Baustein, der das Errichten dieses Denkgebäudes ermöglicht, ist die Ausweitung des Repräsentationskonzepts auf den demokratischen Verfassungsstaat. Die Willenseinheit einer Rechtsgemeinschaft wird hierbei typischerweise im Staat verortet. Hinter den Einzelwillen der Rechtssubjekte steht (mindestens implizit) eine „Objektivierung“ des Gesetzes als Ausdruck eines vernünftigen Willens²⁴. Der Staat 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*,²⁵ 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. Aus dem Wil-

21 Schröder, *Recht als Wissenschaft*, S. 285 f. unter Bezug auf *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, S. 197; Hölder, *Pandekten*, S. 18; *Dernburg*, *Pandekten*, S. 43; *Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 109; *Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, S. 13; *Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 97 sowie m. w. N.

22 *Ladeur/Augsberg*, RT 2009, 431, 440.

23 S. m. w. N. *Dreier*, *Säkularisierung und Sakralität*, S. 45 f., der auf die radikalen Reformen Gregors VII. 1075 hinweist.

24 *Ladeur*, *RabelsZ* 2000, 60, 71.

25 Zu solchen Formen von Inszenierung aufschlussreich *Münkler*, *Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung*, 19.

lensparadigma heraus gesehen bezweckt sie, dass das Volk als Souverän – als „souveräner Willensverband“²⁶ – sein Abbild finde auf der staatlichen Ebene.²⁷ Die Staatsperson repräsentiert und garantiert den stabilen, vereinheitlichten normativen Willen. Auf diese Weise wird die Vielzahl der Rechtssubjekte in einem Staatsganzen sublimiert.²⁸

Ideengeschichtlich ermöglichte die Transplantation der Willensmetaphorik von der Theologie in die Jurisprudenz²⁹ die privatrechtlich geprägte Willensmachtkonzeption des Rechtssubjekts. Wie die individuelle Person mit ihrem Willen Normen schaffe, so tue es die kollektive staatliche auf der höheren Ebene.³⁰

Diese Idee von Repräsentation erfordert jedoch, – wiederum mindestens implizit – einen Modus der Vermittlung, um die Kongruenz von Repräsentant und Repräsentierten abzusichern. Denn spätestens mit dem Triumph des demokratischen Verfassungsstaates im Westen kann die Willenseinheit der Repräsentation nicht mehr gestützt werden auf die Fürsprache des souveränen Repräsentanten für seine repräsentierten Unterworfenen.³¹ Die demokratische Identität von Herrschern und Beherrschten fordert eine Verbindung zwischen den zwei Seiten.³² Das Willensparadigma stellt eine voluntaristische Kongruenz in Aussicht. Der Volkswille deckt sich mit dem Repräsentantenwillen. Die cartesianische Fundierung aller Erkenntnis im Subjekt wird gleichsam überpersonal verlagert. Die repräsentative Demokratie wird hierdurch Komplementärkomponente zum Voluntarismus.

26 Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 119, 155.

27 Zum Zusammenhang von Voluntarismus und Repräsentation bereits Möllers, *Expressive versus repräsentative Demokratie*, 160, 166; vgl. dazu kritisch-luzide *Ladeur/Augsberg*, RT 2009, 431, 433.f. Unter diesem repräsentativem Willensverhältnis des Ganzen und seiner Teile liegt eine Geistesgeschichte, in der sich Theologie und Rechtswissenschaft vermengt haben.

28 Zur rhetorischen Seite dieser Sublimation ideengeschichtlich instruktiv *Vesting*, *Eine Versetzung des Objektiven in die Subjektivität*, 75, 78, 89.

29 Zur Relevanz von Metaphorik für Rechtsdenken erhellend *Münkler*, *Der Staat* 2016, 181.

30 Dazu *Koschorke/Lüdemann/Frank/de Mazza*, *Der fiktive Staat*, S. 371 unter Verweis auf *Gerber*, *System des deutschen Privatrechts*.

31 Vgl. *Dreier*, AÖR 1988, 450.

32 Vgl. *Möllers*, *Expressive versus repräsentative Demokratie*, 160, 162: Das „Paradigma der Repräsentation“ impliziert „ein eindeutiges Vermittlungsverfahren“, um das Gelingen des Repräsentationsprozesses abzusichern.

Möllers trifft den Kern des Problems, wenn er an diese Einsicht anschließt:

„Übersetzt in die Problematik demokratischer Legitimation stellen sich entsprechende Fragen: Wie ist der Dualismus zwischen kollektivem Willen und seiner Repräsentation zu konzipieren?“³³

Die verlängerte Willensmacht der Rechtssubjekte dient als vermeintliche Antwort.³⁴ In der demokratietheoretischen Figur der Repräsentation findet der Voluntarismus also eine Anschlussmöglichkeit. „Die Idee der Repräsentation [...] fungiert“ folglich nicht einseitig nur mehr „als die alt gewordene Wächterin des demokratischen Voluntarismus“³⁵. Auch andersherum legt der Voluntarismus eine spezifische Konzeption und Absicherung der Repräsentationsidee nahe. Die beiden Konzepte lassen sich in ein Komplementärverhältnis bringen.

Um eine Willensdeckung festzustellen, braucht es aber eine zusätzliche Wendung. Wie nimmt man einen Willen wahr? Man muss ihn als Äußerung eines Willensträgers *verstehen*. Der Wille will verstanden sein, um auf höherer Ebene widergespiegelt werden zu können. Es ergänzt eine hermeneutische Kongruenz die voluntaristische. Der Wille wird um ein Element des gemeinsamen Verstehens erweitert.

IV. Hermeneutik

Das Problem lässt sich an dieser Stelle einmal mehr verkomplizieren. Nämlich, indem wir uns vor Augen führen, dass schon die vermeintlich einheitliche Einzelkomponente des Willenskollektivs, das Subjekt, eine fundamental fragmentierte ist. Das Subjekt kommt und steht nicht für sich

33 Möllers, *Expressive versus repräsentative Demokratie*, 160, 162.

34 So erläutert es kritisch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 302: „Da man im juristischen Sprachgebrauch Interesse mit Wille mehr oder weniger identifiziert, [...] glaubt man das Wesen der Repräsentation darin zu sehen, daß der Wille des Repräsentanten der Wille des Repräsentierten ist, daß der Repräsentant mit seiner Aktion nicht den eigenen, sondern den Willen des Repräsentierten realisiert.“ *Kelsen* setzt sofort entlarvend hinzu: „Das ist eine Fiktion [...]“ Hier zeigt sich erneut, dass *Kelsen* keinesfalls einem naiven Voluntarismus anhängt, sondern seine Konzeption weitaus komplexer ist, dazu bereits supra Fn. 13.

35 Möllers, *Expressive versus repräsentative Demokratie*, 160, 161.

in der Welt. Erst seine Einbindung in eine symbolische Ordnung³⁶ als gemeinsamer „kultureller Text“³⁷ zeugt es. Diese Integration lässt „die an sich bedeutungslose Wirklichkeit erst zur sinnhaft erfahrbaren Welt“ des Subjekts werden.³⁸ Sie geht aber noch weiter: Diese Konstellation von vorausgehender Welt und nachträglichem Subjekt lässt jenes einen Mangel spüren, der für dessen Existenz konstitutiv wird. Die Welt erzeugt nicht nur die Möglichkeit des Subjekts, überhaupt erst als solches zu existieren, sie überdauert es auch. Sprache, Kultur, Kontext – all das sind Faktoren, die dem Subjekt vor- und nachgängig sind. Dieses Faktum kann das Subjekt nie einholen.³⁹ Die Fragmentierung ist immer schon dagewesen und bleibt für immer. Es gibt keine vormalige Einheit, die zerbrochen wurde – „das gespaltene Subjekt war nicht vorher (ursprünglich) eins und dieses Eine wurde dann in zwei aufgespalten, sondern die Spaltung selbst ist ursprünglich, das Subjekt ist als gespaltenes einfach da“⁴⁰.

Das Objekt juristischer Interpretation ist indes ein vermitteltes. Nicht der Mensch selbst ist ihr Ziel, sondern die Norm. Wenn wir Normen aber als Willensgefäße betrachten, dann ist der Vollzug des Verstehens ein Nachvollzug eines anderen Willens. Auch in den hermeneutischen Vokabeln, die einen solchen Verstehensprozess erläutern sollen, finden wir die Einheitsmetaphorik wieder: Es geht um „Horizontverschmelzung“⁴¹, um „Vollkommenheit“⁴², eine „Einstimmung aller Einzelheiten zum Ganzen“⁴³. Die Suche nach Einheit lässt sich vor diesem Hintergrund deuten als Suche nach einer Einfassung, „die durch alle beteiligten Instanzen hindurchgeht“⁴⁴.

36 Dazu grundlegend *Legendre*, *De la Société comme Texte*, *passim* sowie konzis aus Sicht des Rechts *Haltern*, *Recht und soziale Imagination*, 89, insbes. 93–99.

37 Vgl. *Assmann*, *Religion und kulturelles Gedächtnis*, S. 124 ff. und unter Berufung darauf auf die Verfassung bezogen *Vesting*, *Ende der Verfassung?*, 71.

38 *Augsberg*, *VVDStRL 2023*, 29, 41 f.

39 Vgl. grundlegend *Heidegger*, *Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie*, S. 33 ff. der vom „In-der-Welt-sein“ spricht; aus (rechts-)theoretischer Sicht dazu kürzlich *Augsberg*, *VVDStRL 2023*, 29, 47 der insoweit nicht nur vom konstitutiven, sondern zusätzlich vom „destitutiven“ und „exzessiven“ Mangel spricht.

40 *Becker*, *Spaltung statt Einheit*, 17, 20.

41 *Gadamer*, *Das Problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie*, 27, 35.

42 *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, S. 299.

43 *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, S. 296; dazu *Augsberg*, *Was heißt Textuales Rechtsdenken?*, 107, 110.

44 *Trüstedt*, *Stellvertretung*, S. 19.

Wer verstehen kann, findet im intersubjektiven Miteinander die vermeintliche Möglichkeit, den Bruch der Existenz zu kitten. In ihm könnte, so die Hoffnung, jeder an die Stelle des anderen treten.⁴⁵ Diese Perspektive einer „holistisch-perfektionistische[n]“ oder „harmonistische[n]“⁴⁶ Spielart der Hermeneutik verspricht die Einigung. Verstehen soll den Spalt im Subjekt und zwischen den Subjekten aufheben.⁴⁷ Hier kann das Wort des einen auch das Wort des anderen sein.⁴⁸ In dieser Harmonie bilden „Dissonanzen [...] als fehlende Stimmigkeit“ lediglich „den Index eines noch unzureichenden, fehlgehenden Verstehens“⁴⁹.

Die Sprache selbst soll sich im Ideal dieser harmonistischen Hermeneutik „nicht als solche bemerkbar mach[en], [...] sich also nicht mit ihren Eigenheiten aufdräng[en], sondern hinter dem Gesagten“⁵⁰ gleichermaßen verpuffen. Sie wäre reine Botin ohne Eigenvalenz, pure Form. Ihre inhärenten, sogar fundamentalen Ambivalenzen,⁵¹ werden ausgeblendet:

„Unsere Aufmerksamkeit soll auf das Gesagte gerichtet sein; sie darf nicht durch die Art und Weise des Gesagten abgelenkt werden. Ein Medium erfüllt offenbar seine Aufgabe erst dann richtig, wenn es hinter der übermittelten Botschaft so weit zurücktritt, dass es nicht mehr wahrgenommen wird.“⁵²

Sogar der Hermeneut selbst, der Ausleger, fügt sich in einen ihm übergeordneten Willenszusammenhang, an dem er scheinbar Anteil hat.⁵³ Das Ideal der „*authentische[n] Interpretation*“ gebietet [...] zu jedem Text [...] sich sprachlich handelnd so zu verhalten, daß es ein homogenes Kontinuum der Verständigung und eine allgemeine Sprache geben könne“⁵⁴.

Dadurch droht das „Verstehen“ auf einen „Mechanismus von Identifizierungen und Projektionen“ reduziert zu werden.⁵⁵ In der Gemeinschaft der Willen als Gemeinschaft grenzenloser Kommunikation wird der Verstehen-

45 Trüstedt, Stellvertretung, S. 20.

46 Augsberg, Was heißt *Textuales Rechtsdenken?*, 107, 110.

47 Vgl. Ladeur/Augsberg, RT 2009, 431, 464.

48 Diese Formulierung entlehne ich Pagel, Lacan, S. 32.

49 Augsberg, Was heißt *Textuales Rechtsdenken?*, 107, 110.

50 Augsberg, Grundriss einer Philologie des Rechts, 691, 692.

51 Locus classicus Derrida, De la grammatologie, *passim*.

52 Augsberg, Grundriss einer Philologie des Rechts, 691, 692.

53 Vgl. hierzu die Kritik bei Hörisch, Die Wut des Verstehens, *passim*.

54 Hamacher, Das Versprechen der Auslegung, 49, 57 (Herv. i. Orig.).

55 Hamacher, Das Versprechen der Auslegung, 49, 51.

de zum Statthalter des gesellschaftlichen Gesamtsubjekts⁵⁶. Einheit wird zur subjektiv-hermeneutischen Konstruktion.⁵⁷

Doch diese Konstruktion *muss* scheitern. 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. „[C]hacque jour et chaque parleur altère *pour tous* les significations, les autres viennent les changer jusque dans ma bouche.“⁵⁸ Wer spricht, verändert unablässig das Sprechen. Keine Aussage ist substantiell je mit sich selbst identisch, jede Äußerung steht unter anderen Vorzeichen, unterliegt einem anderen Kontext, anderen Hoffnungen und Erwartungen von Sprechern und Hörern. Sprache schafft Bedeutung niemals durch vorab bestimmte, starre Definitionen oder durch reines Wiederholen. Halt und Iterabilität sind gerade nicht die Kennzeichen von Bedeutungserzeugung.⁵⁹ Ja, es ist sogar gerade die Unmöglichkeit der festen Bedeutungsfestsetzung, die überhaupt erst das produktive Wuchern von Bedeutungen und damit Sprache und Verstehen ermöglicht. Stünde die Bedeutung einer jeglichen denkbaren Wortkombination von vornherein fest, wäre Kommunikation als menschliches, soziales und kulturelles Unterfangen gewissermaßen obsolet.⁶⁰ Auch der Rückgriff auf die Figur der Intention als Wollenselement der Bedeutungserzeugung hilft hier nicht endgültig aus. Die Sprecher-Intention kann zumindest nicht garantieren, dass eine bestimmte Bedeutung dauerhaft festgestellt wird. Sie entzieht sich im Moment des Aussprechens unweigerlich der Kontrolle. Ist eine Aussage einmal in der Welt, unterliegt sie nicht mehr der Herrschaft des Sprechers, sondern der des Kontexts, der Hörer, der Nachwelt und so weiter.

Hermeneutik als Kunst des Verstehens wird dadurch nicht gegenstandslos.⁶¹ Ihr Projekt kann sich jedoch nie im Ausbuchstabieren eines reinen Nachvollzugs erschöpfen, sondern muss sowohl die kontextuellen Konsti-

56 Die Formulierung entnehme ich *Adorno*, *Der Artist als Statthalter*, 114, 126, der das auf den Künstler bezieht.

57 So *Trüstedt*, *Stellvertretung*, S. 20.

58 *Sartre*, *Critique de la raison dialectique*, S. 180 („Jeder Tag und jeder Sprecher ändert *für alle* die Bedeutung, die anderen ändern sie in meinem Mund.“ Herv. i. Orig.).

59 S. *Derrida*, *Signature événement contexte*, 365 ff.

60 Hierzu grundlegend *de Man*, *Allegories of Reading, passim*; dazu aus rechtstheoretischer Sicht *Augsberg*, *Die Lesbarkeit des Rechts, passim*.

61 Eine unter i. w. S. poststrukturalistischen Vorzeichen erneuerte Hermeneutik skizziert *Augsberg*, *Kassiber, passim*.

tionsmodalitäten von Bedeutung als auch den verschiebenden Moment jeder Bedeutungszuschreibung mitbedenken.

V. Juridismus

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. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Konsequenzen der „harmonischen“ Hermeneutik hier gerade gegenläufig zu ihrem Versprechen sind. Die Versuche, die Spaltung des Individuums in einer imaginierten Einheit zu überwinden, führen gerade zu ihrer Vertiefung.⁶² „Technically correct rhetorical readings [...] are also totalizing (and potentially totalitarian) for since the structures they expose do not lead to the knowledge of an entity (such as language) but are an unreliable process of knowledge production [...]“⁶³ Wird der demokratische Verfassungsstaat mit einem solchermaßen fundierten „Begehren nach Einheit und Identität konfrontiert“, welche zwangsläufig „den gespaltenen Subjekten fremd bleib[t]“,⁶⁴ wird seine Leistungsfähigkeit überbeansprucht und sein Funktionieren gefährdet.

Die besondere Drastik dieser Lage liegt – neben der offenkundigen Nähe der Sphären von Recht und Politik – in der zunehmenden Juridifizierung unserer Gesellschaft und ihrer Konflikte. In einer Art „Hypertrophie des Rechts“⁶⁵ werden politische Fragen zunehmend juristischen Kalkülen unterworfen. Die Frage etwa, wie sichtbar staatlich Beschäftigte religiöse Symbole, beispielsweise ein Kopftuch, tragen dürfen sollen, wird dabei nicht primär als gesellschaftspolitische aufgefasst, sondern als vollends durch das Grundrecht der Religionsfreiheit determiniert. Gleichermäßen wird die Frage, ob und bis wann Frauen ein Schwangerschaftsabbruch offenstehen sollte – insbesondere in der US-amerikanischen Debatte –, als schlichtweg unmittelbar verfassungsmäßig determiniert betrachtet.⁶⁶ Oder: Wie die Vorgänge der Flüchtlingskrise 2015 und 2016 Deutschland verän-

62 Vgl. *Trüstedt*, Stellvertretung, S. 354.

63 *De Man*, *The Resistance to Theory*, S. 19.

64 *Vesting*, *Die liberale Demokratie und das Andere der Kultur (und der Medien)*, 18, 35.

65 *Agamben*, *Das Geheimnis des Bösen*, S. II; dazu erhellend *Augsberg/S. Augsberg/Heidbrink*, Einleitung, 7 und die weiteren Beiträge dort.

66 Aus deutscher Perspektive dazu *Sacksofsky*, *KJ* 2023, 80.

dern, wem Schutz zu geben ist und wann Aufnahmebereitschaft an ein potentielles Ende geraten mag, das hat Horst Seehofer, damals bayerischer Ministerpräsident, unter dem Ausdruck der „Herrschaft des Unrechts“ zu einer zuvorderst rechtlichen, nicht politischen Frage gemacht.

Das mag eine notwendige und ein Stück weit auch angemessene Folge unserer Einsicht sein, dass in demokratischen Verfassungsstaaten unsere Verfassungsgesetze nicht nur als unmittelbare Regeln gelten, sondern als Grundordnung des Zusammenlebens unser Miteinander konstitutionalisieren.⁶⁷ Doch der Vorgang, politische Fragen nahezu vollends rechtlich zu wenden, entzieht sie der offenen Entscheidbarkeit. Ein soziales Verhältnis zu juridifizieren, heißt gerade nicht, es der Kontingenz des Sozialen zu entheben. Ganz im Gegenteil wird es schlicht mit den der Rechtsform je eigenen Kontingenzen affiziert.

Das Recht nimmt dabei eine ambivalente Stellung ein. Es erweist sich nicht als Ort eines vermeintlich „echten“, substanzhaften Entscheidungsraumes, sondern als Dimension einer eigentümlichen Verdopplung. Hier treffen nicht Menschen aufeinander, sondern Rechtssubjekte. Für viele Zwecke ist das sinnvoll und freiheitsfördernd, gar emanzipatorisch. Für andere jedoch nicht. Einerseits ist Recht also das Werkzeug, mit dem Freiheit und Gleichheit verwirklicht werden können. Andererseits rechtfertigt und verstetigt es einen oftmals manifest ungerechten⁶⁸ Status quo.⁶⁹

Konflikte um Anerkennung und Gleichheit⁷⁰ 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. Eine solche Kritik mündet keinesfalls in einer *Menke'schen* Fundamentalkritik der Rechtsform.⁷¹ Dieser Beitrag plädiert demgegenüber nicht für einen Rückzug des Rechts als Form, als vielmehr für dessen Transformation am eigenen Maßstab. Das Recht ist nicht seiner Art nach

67 Grundlegend *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung, *passim*.

68 „Ungerechtigkeit“ ist ein Ausdruck, den Juristen typischerweise meiden. Er ist hier bewusst naiv benutzt, um auf eine theoretisch schwer zu fassende Gemengelage von ökonomischer und persönlich empfundener Ungleichheit hinzudeuten. Zur Rolle von „Gerechtigkeit“ in der Rechtstheorie aufschlussreich *Teubner*, *ZfRsoz* 2008, 9.

69 So bereits *Sow*, *RphZ* 2022, 301. Es wäre demnach falsch, Rechtsdogmatik auszuspielen etwa gegen Belange der Emanzipation, wie es die Kritik der Rechtsdogmatik häufig zu tun pflegt; dazu nüchtern-analytisch *Stark*, *KJ* 2021, 165.

70 Vgl. zu diesen einfürend *Kerkemeyer/Sow*, *RphZ* 2022, 167.

71 *S. Menke*, Kritik der Rechte, *passim*.

bereits ein freiheitszerstörendes Instrument. *Dosis sola facit venenum*. Die Schwierigkeit einer Rechtstheorie, die im Zeichen erkenntnistheoretischer Ambivalenz und Freiheit agiert, ist es, jene epistemischen und gesellschaftlichen institutionellen Gefüge zu identifizieren und zu sichern, in denen Freiheit wahrscheinlicher wird.⁷² Das erfordert jedoch womöglich – entgegen der Intuition – gewisse Bestände des soziopolitischen Prozesses außerhalb der Erklär- und Diskutierbarkeit zu stellen. Um die Juridifizierung gesellschaftlicher Konfliktlinien zu begrenzen, ist also eine gewisse Remystifizierung der juridisch-staatlichen Sphäre dienlich. Denn nur das Mystische führt dorthin, wo Bedeutung und Erkennbarkeit gänzlich unzugänglich sind.⁷³

VI. Offenheit und Differenz

In der Konsequenz bedeutet das für eine verunsicherte Theorie der Repräsentation, dass sie weder ein voluntaristisch aufgeladenes „Makrosubjekt“ konstituieren sollte noch als „Chiffre für Intersubjektivität“⁷⁴ dienen kann. Repräsentation erschöpft sich nicht in einer „gegebene[n] Relation zwischen zwei für sich bestehenden und mit sich selbst identischen Instanzen“⁷⁵. Repräsentierte und Repräsentant sollten nicht verwechselt werden. Die Repräsentation vergegenwärtigt nicht etwas, das bereits vorhanden ist. Sie erzeugt vielmehr etwas, „das sich nicht nur auf ein Gegebenes reduzieren lässt“⁷⁶. Die repräsentierten Subjekte stehen in einem „Verhältnis der Partizipation“, die aber ohne Zugehörigkeit auskommt, in einem „Verhältnis der Teilnahme“, das keine „Bestandteil[e]“⁷⁷ bildet. So entsteht zwar weiterhin eine Art von Einheit. Jedoch eine, die sich unablässig selbst versäumt.

72 Schubert, *Institutionalisierung der Freiheit im Recht*, 351, 358. Dieses Unterfangen ist gerade nicht „in einem spezifischen politischen Projekt“ zu verorten – das „wird dem prozeduralistischen und konflikthafter Charakter von Freiheit nicht gerecht“ (ebd., S. 359).

73 Vgl. hierzu aus theologischer Sicht die Werke von *de Certeau*, insbesondere *La fable mystique* und *La faiblesse de croire*, jew. *passim* sowie aus juristischer Perspektive die Schilderung des apodemischen Tricks des spartanischen Nomotheten Lykurg, der sich nach der Gesetzgebung schlicht absentiert und so dem Gesetz durch einen Entzug die Kraft gibt bei *Vismann*, *Das Schöne am Recht*, S. 17 ff.

74 *Steinhauer*, *Das Grundrecht der Kunstfreiheit*, 247, 258.

75 *Trüstedt*, *Stellvertretung*, S. 355.

76 *Trüstedt*, *Stellvertretung*, S. 397.

77 *Ladeur*, *Postmoderne Rechtstheorie*, S. 149.

Sie wird prozessiert in einem Verfahren, das das „Material, mit dem es [...] operiert“ gerade „überspringt“⁷⁸, also nie vollends fassen kann. Dabei wäre anzuerkennen, dass eine solche Einheitsbildung ihre Elemente „von Grund auf verfremdet“⁷⁹. Die Gespaltenheit des Subjekts kann schlichtweg nicht im Intersubjektiven, auch nicht in einer Repräsentation auf einer höheren Ebene, aufgehoben werden. Auch für die Gemeinschaft gilt „die Fremdheit des Gesetzesbefehls“, ist „die Spaltung konstitutiv“⁸⁰. Weder Subjekt noch Kollektiv gründen sich in einem Willen.⁸¹ Und das kann man hinnehmen.

Demokratiethoretisch spricht diese Einsicht für den bisweilen geforderten „Perspektivwechsel von der identitäts- zu einer stärker differenzorientierten Sichtweise“, eingebettet in eine postidentitäre Demokratiethorie, in der die „Figur des Machtsubjekts grundsätzlich prekär“⁸² bleibt. In einem solchen Konzept von Repräsentation kann das Repräsentierte nie zu sich selbst kommen, nie zur vollkommenen Deckung mit sich selbst gelangen. Die Einheit wird zu einem prozesshaften Moment, das nie endgültige Aufhebung finden kann, so wie das Recht selbst nie an sein sich selbst als solches erkennendes Ende der Gerechtigkeit gelangen kann, sich sublimieren kann im Anderen der Gerechtigkeit.⁸³

Komplementär dazu wäre eine juristische Hermeneutik, die zugesteht, dass das Verstehen, der Andere, sich „dem Subjekt gerade entzieht, ein [...] überschießender Zusammenhang, der sich bildet, ohne im Bewusstsein der Interpreten präsent gewesen zu sein“⁸⁴ ist. Das Ziel des Verstehens ist dabei nicht ausschließlich das reine Ergreifen und Festsetzen von Sinn, als vielmehr das Offenhalten von Sinn – ein gelassenes⁸⁵ „Sich-Enthalten“, ein „Vorgang des Lassens: ein Aus- und Unterlassen, das andere Setzungen zulässt“⁸⁶.

78 *Steinhauer*, Das Grundrecht der Kunstfreiheit, 247, 257.

79 *Steinhauer*, Das Grundrecht der Kunstfreiheit, 247, 258 und *Trüstedt*, Stellvertretung, S. 397: Repräsentation kann „das Vertretene dabei sogar verdecken“.

80 *Ladeur/Augsberg*, RT 2009, 431, 454.

81 Die Konsequenzen für eine Verfassungstheorie auf dieser Prämisse buchstabiert aus *Vesting*, Ende der Verfassung?, 71, insbes. 84 ff.

82 *S. Augsberg*, VVDStRL 2019, 7, 47 f. m. w. N.

83 Dazu *Becker/Sow*, Eppur si muove, 235, 254 ff. sowie demnächst *dies.*, Recht, Gerechtigkeit, Katastrophe (Veröff. i. Vorb.).

84 *Ladeur*, Vom Verstehen des Rechts zu seiner *Konkretisierung*, 125, 137 unter Verweis auf *Grondin*, *Revue de Métaphysique et Morale* 2006, 469, 477.

85 Zur Figur der Gelassenheit in diesem Sinn grundlegend *Heidegger*, Ἀγχιβασίη, 1, insbes. 58 ff.

86 *Augsberg*, *Kassiber*, S. 110.

VII. Schluss: „Vernichtet euch in Mir / damit in Mir ihr euch dann wiederfindet!“

Am Ende der „Vogelgespräche“ finden die Verbliebenen den Gottesvogel in ihrer eigenen Vereinigung:

„Vernichtet euch in Mir, voll Glorie strahlend,
damit in Mir ihr euch dann wiederfindet!“⁸⁷

Doch *Attār* wäre kein gewiefter Mystiker, wenn er selbst nach diesem ekstatischen Ende in der *unio mystica* der Vögel mit ihrem Gott das völlige Aufgehen des Subjekts im Ganzen nicht noch einmal hintersinnig untergraben würde. Sein Werk endet mit einer Metalepse, in der der Autor sich selbst zu Wort meldet:

“I cannot eat or sleep, such heartfelt fire
Consumes my inner being with desire
That to my heart I cry: „How much you say!
Silence! Seek out the mysteries of the Way“
My heart replies: „Don’t blame my speeches, I
Am drowned in fire, if I don’t speak I’ll die –
My soul’s a sea, tumultuous and violent,
How for one moment can the sea stay silent?“
[...]
All this is merely pointless fantasies
A man should filter out such vanities“⁸⁸

Attār bedauert, dass er sein eigenes Prinzip der Entsubjektivierung in der Einheit gerade dadurch verletzt, dass er ihm als individueller Schreiber einen Ausdruck verleiht. So bleibt auch in den mystischen „Vogelgesprächen“ jede Einheit unhintergebar fragmentiert.

Abbildungsverzeichnis

Illustration der „Vogelgespräche“, Gemeinfreies Kunstwerk, Metropolitan Museum of Art (<https://collectionapi.metmuseum.org/api/collection/v1/iiif/451725/903806/main-image>).

87 *Attār*, Vogelgespräche, S. 231.

88 *Attār*, *The Canticle of Birds*, S. 384 (in der deutschen Übersetzung bei *Schimmel* von 2014 ist der Epilog nicht enthalten); zum Epilog *Anvar*, *Taking Flight*, 13, 20–22.

Literaturverzeichnis

- 'Attâr, *Farîd-od-Dîn*: The Canticle of the Birds. Illustrated through Persian and Eastern Islamic Art, Paris 2013 (zitiert als: The Canticle of the Birds).
- 'Attâr, *Farîd ad-Dîn-e*: Vogelgespräche und andere klassische Texte. Vorgestellt von Annemarie Schimmel, 2. Auflage, München 2014 (zitiert als: Vogelgespräche).
- Adorno, *Theodor W.*: Der Artist als Statthalter, in: ders.: Noten zur Literatur. Gesammelte Schriften, Band 11, hrsg. v. Tiedemann, Rolf, 7. Auflage, Frankfurt a. M. 2020, S. 114–126 (zitiert als: Der Artist als Statthalter).
- Agamben, *Giorgio*: Das Geheimnis des Bösen. Benedikt XVI. und das Ende der Zeiten, 2. Auflage, Berlin 2015 (zitiert als: Das Geheimnis des Bösen).
- Anvar, *Leili*: Taking Flight. Introduction to *The Canticle of the Birds*, in: 'Attâr, Farîd-od-Dîn: The Canticle of the Birds. Illustrated through Persian and Eastern Islamic Art, Paris 2013, S. 13–23 (zitiert als: Taking Flight).
- Assmann, *Jan*: Religion und kulturelles Gedächtnis. Zehn Studien, 5. Auflage, München 2018 (zitiert als: Religion und kulturelles Gedächtnis).
- Augsberg, *Ino*: Kassiber. Die Aufgabe der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2016 (zitiert als: Kassiber).
- Augsberg, *Ino*: Was heißt *Textuales Rechtsdenken?*, in: Lüdemann, Susanne/Vesting, Thomas (Hrsg.): Was heißt Deutung? Verhandlungen zwischen Recht, Philologie und Psychoanalyse, Paderborn 2017, S. 107–123 (zitiert als: Was heißt *Textuales Rechtsdenken?*).
- Augsberg, *Ino*: Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2. Auflage, Weilerswist 2020 (zitiert als: Die Lesbarkeit des Rechts).
- Augsberg, *Ino/Augsberg, Steffen/Heidbrink, Ludger*: Einleitung, in: dies. (Hrsg.): Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, Weilerswist 2020, S. 7–23 (zitiert als: Einleitung).
- Augsberg, *Ino*: Grundriss einer Philologie des Rechts, in: Pannen, Klaus/Riedemann, Susanne/Zeuner, Mark (Hrsg.): Prozess als Wirklichkeit des Rechts. Festschrift für Stefan Smid zum 65. Geburtstag, München 2022, S. 691–699 (zitiert als: Grundriss einer Philologie des Rechts).
- Augsberg, *Ino*: Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2023, S. 29–65.
- Augsberg, *Steffen*: Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2019, S. 7–51.
- Becker, *Christian/Sow, Amadou Korbinian*: Eppur si muove. Inkommensurabilitätsstrukturen im Recht und im Werk von Franz Kafka, in: Ortmann, Günther/Schuller, Marianne (Hrsg.): Kafka. Organisation, Recht und Schrift, Weilerswist 2019, S. 235–259 (zitiert als: Eppur si muove).
- Becker, *Christian/Sow, Amadou Korbinian*: Recht, Gerechtigkeit, Katastrophe, in: Abraham, Markus/Stefanopoulou, Georgia (Hrsg.): Postkoloniales Völkerstrafrecht, 2023 (Veröff. i. Vorb.).

- Becker, Christian*: Spaltung statt Einheit. Überlegungen zur Philosophie des Subjekts, in: Hilgendorf, Eric et al. (Hrsg.): Liberalität und Verantwortung. Festschrift für Jan C. Joerden zum 70. Geburtstag, Berlin 2023, S.17–28 (zitiert als: Spaltung statt Einheit).
- Binding, Karl*: Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885.
- Certeau, Michel de*: La fable mystique. XVI^e–XVII^e siècle, Paris 1982.
- Certeau, Michel de*: La faiblesse de croire, Paris 1987.
- Dernburg, Heinrich*: Pandekten, Band 1, 5. Auflage, Berlin 1896.
- Derrida, Jacques*: De la grammatologie, Paris 1967.
- Derrida, Jacques*: Signature événement contexte, in: Marges de la philosophie, Paris 1972, S. 365–393.
- Dreier, Horst*: Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille. Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich mit der Staatsphilosophie Kants, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 450–483.
- Dreier, Horst*: Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, Tübingen 2013 (zitiert als: Säkularisierung und Sakralität).
- Gadamer, Hans-Georg*: Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Gesammelte Werke, Band 1: Hermeneutik I, Tübingen 1990 (zitiert als: Wahrheit und Methode).
- Gadamer, Hans-Georg*: Das Problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie, in: *ders.*: Gesammelte Werke, Band 2: Hermeneutik II: Wahrheit und Methode. Ergänzungen. Register, Tübingen 1993, S.27–36 (zitiert als: Das Problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie).
- Gerber, Carl Friedrich*: System des Deutschen Privatrechts, Jena 1848.
- Grondin, Jean*: La thèse de l'herméneutique sur l'être, Revue de Métaphysique et Morale 2006, S. 469–481.
- Haferkamp, Hans-Peter*: Neukantianismus und Rechtsnaturalismus, in: Senn, Marcel/Puskás, Dániel (Hrsg.): Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Stuttgart/Baden-Baden 2007, S. 105–120 (zitiert als: Neukantianismus und Rechtsnaturalismus).
- Haltern, Ulrich*: Recht und soziale Imagination, in: Gephart, Werner (Hrsg.): Rechtsanalyse als Kulturforschung, Frankfurt a. M. 2012, S. 89–102 (zitiert als: Recht und soziale Imagination).
- Hamacher, Werner*: Das Versprechen der Auslegung. Zum hermeneutischen Imperativ bei Kant und Nietzsche, in: *ders.*: Entferntes Verstehen. Studien zu Philosophie und Literatur von Kant bis Celan, Frankfurt a. M. 1998, S. 49–112 (zitiert als: Das Versprechen der Auslegung).
- Heck, Philipp*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914.
- Heidegger, Martin*: Ἀρχιβασιή. Ein Gespräch selbstdritt auf einem Feldweg zwischen einem Forscher, einem Gelehrten und einem Weisen, in: *ders.*: Feldweg-Gespräche (1944/45). Gesamtausgabe, Band 77, hrsg. v. Schüßler, Inga, Frankfurt a. M. 1995, S. 1–159 (zitiert als: Ἀρχιβασιή).

- Heidegger, Martin: Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie, Gesamtausgabe, Band 18, hrsg. v. Michalski, Mark, Frankfurt a. M. 2002 (zitiert als: Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie).
- Hölder, Eduard: Pandekten. Allgemeine Lehren, Freiburg i. Br. 1891 (zitiert als: Pandekten).
- Hörisch, Jochen: Die Wut des Verstehens. Zur Kritik der Hermeneutik, Frankfurt a. M. 1988 (zitiert als: Die Wut des Verstehens).
- Jestaedt, Matthias: Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht, *JuristenZeitung* 2013, S. 1009–1021.
- Kantorowicz, Hermann (unter dem Pseudonym „Gnaeus Flavius“): Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.
- Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, unveränderter Nachdruck (1911), Tübingen 1923.
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Studienausgabe der 2. Auflage 1960, hrsg. v. Jestaedt, Matthias, Tübingen/Wien 2017 (zitiert als: Reine Rechtslehre).
- Kerkemeyer, Andreas/Sow, Amadou Korbinian: Einführung: Ungleiche Gleichheit in Recht und Gesellschaft, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 2022, S. 167–169.
- Köhnke, Klaus Christian: Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus, Frankfurt a. M. 1986 (zitiert als: Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus).
- Koschorke, Albrecht/Lüdemann, Susanne/Frank, Thomas/Mazza, Ethel Matala de: Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas, Frankfurt a. M. 2007 (zitiert als: Der fiktive Staat).
- Ladeur, Karl-Heinz: Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 2. Auflage, Berlin 1995 (zitiert als: Postmoderne Rechtstheorie).
- Ladeur, Karl-Heinz: Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2000, S. 60–103.
- Ladeur, Karl-Heinz/Augsberg, Ino: „Der Buchstabe tötet, aber der Geist machet lebendig?“ Zur Bedeutung des Gesetzesverständnisses der jüdischen Tradition für eine postmoderne Rechtstheorie, *Rechtstheorie* 2009, S. 431–471.
- Legendre, Pierre: De la Société comme Texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique, Paris 2001 (zitiert als: De la Société comme Texte).
- Lepsius, Susanne: Richterleitbilder im 20. Jahrhundert – Hermann Kantorowicz, Gustav Radbruch und der ‚Kampf um die Rechtswissenschaft‘, *Juristische Studiengesellschaft, Jahresband* 2018, Heidelberg 2019, S. 147–176 (zitiert als: Richterleitbilder im 20. Jahrhundert).
- Luhmann, Niklas: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1995.
- Man, Paul de: Allegories of Reading. Figural Language in Rousseau, Nietzsche, Rilke, and Proust, New Haven/London 1979 (zitiert als: Allegories of Reading).
- Man, Paul de: The Resistance to Theory, Minneapolis/London 1986.
- Menke, Christoph: Kritik der Rechte, Frankfurt a. M. 2018.

- Möllers, Christoph*: Expressive versus repräsentative Demokratie, in: Kreide, Regina/Niederberger, Andreas (Hrsg.): Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik, Frankfurt a. M. 2008, S. 160–182 (zitiert als: Expressive versus repräsentative Demokratie).
- Möllers, Christoph*: Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität. Mit einem neuen Nachwort, Frankfurt a. M. 2018 (zitiert als: Die Möglichkeit der Normen).
- Möllers, Christoph*: Staat als Argument, 2. Auflage, Tübingen 2011.
- Münkler, Laura*: Metaphern im Recht. Zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht, Der Staat 2016, S. 181–211.
- Münkler, Laura*: Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung. Warum und wie Recht inszenieren?, in: dies./Stenzel, Julia (Hrsg.): Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Weilerswist 2019, S. 19–40 (zitiert als: Inszenierung von Recht als Wirksamkeitsbedingung).
- Pagel, Gerda*: Jacques Lacan zur Einführung, Hamburg 1989 (zitiert als: Lacan).
- Payandeh, Mehrdad*: Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, Tübingen 2017 (zitiert als: Judikative Rechtserzeugung).
- Sacksofsky, Ute*: Verfassungsgerichtlicher Backlash: Die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court, Kritische Justiz 2023, S. 80–92.
- Sartre, Jean-Paul*: Critique de la raison dialectique. Tome 1: Théorie des ensembles pratiques, Paris 1960 (zitiert als: Critique de la raison dialectique).
- Schröder, Jan*: Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990). Band 1: 1500–1933, 3. Auflage, München 2020 (zitiert als: Recht als Wissenschaft).
- Schubert, Karsten*: Institutionalisierung der Freiheit im Recht. Foucault und die post-marxistische Rechtskritik, in: Herrmann, Steffen/Flatscher, Matthias (Hrsg.): Institutionen des Politischen. Perspektiven der radikalen Demokratietheorie, Baden-Baden 2020, S. 351–378 (zitiert als: Institutionalisierung der Freiheit im Recht).
- Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian*: Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000 (zitiert als: Konstitutionalisierung).
- Smend, Rudolf*: Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders.: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Auflage, Berlin 1994, S. 119–276 (zitiert als: Verfassung und Verfassungsrecht).
- Sow, Amadou Korbinian*: Vom emanzipatorischen Potential der Rechtsdogmatik. Ein anderer Blick auf „Rasse“ und Recht, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2022, S. 301–311.
- Stammler, Rudolf*: Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911.
- Stark, Alexander*: Über Kritikpotenziale und blinde Flecken der Rechtsdogmatik, Kritische Justiz 2021, S. 165–171.

- Steinhauer, Fabian*: Das Grundrecht der Kunstfreiheit. Kommentar zu einem Grundlagentext von Helmut Ridder, in: Vesting, Thomas/Korioth, Stefan/Augsberg, Ino (Hrsg.): Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 247–279 (zitiert als: Das Grundrecht der Kunstfreiheit).
- Teubner, Gunther*: Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2008, S. 9–36.
- Trüstedt, Katrin*: Stellvertretung. Zur Szene der Person, Konstanz 2022 (zitiert als: Stellvertretung).
- Vallauri, Luigi Lombardi*: Geschichte des Freirechts, Frankfurt a. M. 1971.
- Vesting, Thomas*: Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne, in: ders./Korioth, Stefan (Hrsg.): Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung, Tübingen 2011, S. 71–93 (zitiert als: Ende der Verfassung?).
- Vesting, Thomas*: Die liberale Demokratie und das Andere der Kultur (und der Medien), in: Augsberg, Ino/Ladeur, Karl-Heinz (Hrsg.): Politische Theologie(n) der Demokratie. Das Religiöse Erbe des Säkularen, Wien/Berlin 2018, S. 18–39 (zitiert als: Die liberale Demokratie und das Andere der Kultur (und der Medien)).
- Vesting, Thomas*: Eine Versetzung des Objektiven in die Subjektivität. Ein Beitrag zur Recht und Literatur, in: Mülder-Bach, Inka/Kersten, Jens/Zimmermann, Martin (Hrsg.): Prosa Schreiben. Literatur – Geschichte – Recht, Paderborn 2019, S. 75–92 (zitiert als: Eine Versetzung des Objektiven in die Subjektivität).
- Vismann, Cornelia*: Das Schöne am Recht. Erweitert um die Trauerreden von Friedrich Kittler und Werner Hamacher, Berlin 2012 (zitiert als: Das Schöne am Recht).
- Vogl, Joseph*: Kalkül und Leidenschaft. Poetik des ökonomischen Menschen, 2. Aufl. Zürich/Berlin 2004 (zitiert als: Kalkül und Leidenschaft).

Republikanische Rechtstheorie

Zu Rolf Gröschners Verortung der Subsumtion zwischen Technik und Theorie

Rike Sinder

In einem Band zur Theorie von der Wissenschaft des Rechts darf ein Beitrag zur Subsumtion nicht fehlen. Die Vermessung des Feldes subsumtionstheoretischer Arbeiten lässt sich wohl anhand kaum eines Autors besser bewerkstelligen als an *Rolf Gröschner*. Als Ausgangspunkt soll hier ein Vortrag dienen, den *Gröschner* am 20. Juni 2013 – im Jahr seiner Emeritierung – im Rahmen der Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie gehalten hat und der im darauffolgenden Jahr unter dem Titel *Subsumtion – Technik oder Theorie?* im Nomos-Verlag erschienen ist. Mit der Themenwahl hat *Gröschner* kaum Neuland betreten: Schon seine Dissertation aus dem Jahre 1982 trug den Titel *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*.¹ Die Frage nach Status und Funktion der Subsumtion im Rechtsbegründungs- wie Anwendungsdiskurs hat er seither in zahlreichen Publikationen aufgesucht.

Gröschner nimmt sich damit eines Themas an, das in der Rechtswissenschaft wohl als klassisch gelten kann. Es haben sich dabei im Wesentlichen zwei Positionen herausgebildet: Manche Rechtstheoretiker erachten jedenfalls die Begründung (wenn auch nicht die Findung) von Urteilen in Gestalt eines Syllogismus für sinnvoll (I.1.); andere erteilen der Logik – oft in postmoderner Manier – eine klare Absage, weil diese für die Rechtswissenschaft schlechterdings nichts taugt (I.2. und I.3.). *Gröschner* scheint in seiner Nähe zur *Rhetorische Rechtstheorie*² und seiner affirmativen Haltung zum Enthymem zunächst der letzteren Auffassung zuzuneigen; wenn er dafür auch weniger auf sprachphilosophische Anleihen rekurriert, denn auf *Aristoteles* (II.). Und doch unterscheidet sich *Gröschners* Rechtstheorie von postmodernen Ansätzen in ihrer dualistischen Grundlage ebenso wie in ihrer klaren axiologischen Verortung, die in seinem beherzten Plädoyer für

1 *Gröschner*, *Dialogik und Jurisprudenz*.

2 Siehe zu dieser sowie zum Bezug zum Enthymem *Zantwijk*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 437.

das Ethos des Richters wie das Judiz vielleicht am augenfälligsten zutage tritt (III.). Insoweit ist Gröschners Subsumtionsverständnis ein drittes: Es ist – wie es aus der Feder des Autors des Beitrags *Republikprinzip* im *Handbuch des Staatsrechts* vielleicht auch kaum anders zu erwarten war – republikanisch (IV.).

I. Subsumtion zwischen Logik und Dekonstruktion

Die Frage nach Status, Rolle und Zweck der Logik spaltet die deutsche Rechtswissenschaft. Während manch einer im Computer die Perfektion des weberschen „Subsumtionsautomaten“ erblickt und eine goldene Zukunft in Rechtssicherheit und -gleichheit vorhersagt (I.1.), erteilen andere nicht nur dem Syllogismus, sondern gleich der ganzen Unterscheidung von Rechtsnorm und Rechtsanwendung eine Absage (I.2. und I.3.).

1. Recht logisch

Das juristische Alltagsgeschäft des Subsumierens wird gerne in Gestalt des Syllogismus dargestellt:³ Obersatz (obere Prämisse/*praemissa maior*), Untersatz (untere Prämisse/*praemissa minor*) und Schlussatz (Konklusion/*conclusio*). Diese Struktur findet sich bereits in den Ersten Analytiken des *Aristoteles*:

„[W]enn das A von jedem B und das B von jedem C (ausgesagt wird), so wird notwendig auch das A von jedem C ausgesagt.“ (An. pr. 25b36)

Das vielleicht geläufigste Beispiel für diesen sog. *modus barbara* lautet:⁴

- (A) Alle Menschen sind sterblich.
- (B) Sokrates ist ein Mensch.
- (C) Sokrates ist sterblich.

3 Siehe etwa Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 274; Bäcker, *Rechtstheorie* 40 (2009), 404, 406–408; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 271–273; Vogel, *Juristische Methodik*, S. 173–177; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 14–18; zur „Renaissance des juristischen Syllogismus“ Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, S. 17 f.; siehe hierzu auch die erstmals in dieser Zusammenschau (neu)veröffentlichten Beiträge in dem Sammelband Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*.

4 Siehe für ein ähnliches Beispiel auch Zantwijk, *Subsumtion*, 25, 28.

In der Struktur des Syllogismus folgt „die Wahrheit des einen [Satzes] aus der Wahrheit des anderen“.⁵ Wird also die Wahrheit der Prämissen unterstellt, folgt daraus die Wahrheit der Konklusion. Es handelt sich bei dem Syllogismus mithin um eine Figur „wahrheitserhaltenden Schließens“.⁶

Diese syllogistische Rekonstruktion juristischen Arbeitens kann zahlreiche Berühmtheiten zu ihren Gewährsleuten zählen; *Arthur Schopenhauer* kann hier ebenso angeführt werden wie *Max Weber* oder *Robert Alexy*.

„Hingegen liefert den förmlichsten und großartigsten Syllogismus, und zwar in der ersten Figur, jeder gerichtliche Prozeß. Die Zivil- oder Kriminal-Übertretung, wegen welcher geklagt wird, ist die minor: sie wird vom Kläger festgestellt. Das Gesetz für solchen Fall ist die maior. Das Urteil ist die Konklusion, welche daher als ein Notwendiges vom Richter bloß ‚erkannt‘ wird“;⁷

heißt es bei dem Erstgenannten.

Karl Engisch prägte das syllogistische Verständnis der Subsumtion im 20. Jahrhundert wie kaum ein anderer. „Subsumtion unter das Gesetz“ heißt, so *Engisch*, „die Herleitung und Begründung des konkreten Sollensurteils aus dem Gesetz“.⁸ Für *Max Weber* war das logisch-subsumierende Recht

5 *Wittgenstein*, Tagebücher 1914–1916, 87, 158; siehe hierzu auch *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 24.

6 So *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 24 – Hervorhebungen im Original nicht übernommen.

7 *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, S. 144. Seine Beliebtheit hat das Zitat *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 6, zu verdanken; siehe hierzu *Gröschner*, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 516. *Schopenhauer* selbst konzidiert: „Praktischen Nutzen wird die *Logik* wenigstens für das eigene Denken nicht leicht haben. Denn die Fehler unsers eigenen Rasonnements liegen fast nie in den Schlüssen noch sonst in der Form, sondern in den Urteilen, also in der Materie des Denkens.“; *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, S. 136; siehe hierzu *Gröschner*, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 517; auch *Engisch* führt bereits ein relativierendes Zitat *Schopenhauers* an, das die Unsicherheit der Prämissen unterstreicht: „Der gesunde Mensch ist gar nicht in Gefahr, falsch zu schließen: aber gar sehr, falsch zu urteilen. Falsche Urteile giebt es in Menge: hingegen falsche Schlüsse, im Ernste gemacht, sind sehr selten [...]. Gesunde Vernunft ist so allgemein, wie richtige scharfe Urteilskraft selten. Aber die *Logik* giebt bloß Anweisung, wie man zu schließen, d. h. wie man mit bereits fertigen Urteilen zu verfahren hat; nicht wie man die Urtheile ursprünglich zu schaffen hat [...]. Im Schließen wird Niemand fehlen [...] [,] aber die Schwierigkeit und die Gefahr zu fehlen, liegt im Aufstellen der Prämissen.“ *Schopenhauer*, Arthur Schopenhauers handschriftlicher Nachlaß, 59, 360 f.; siehe *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 13.

8 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 6.

der Prototyp rationalen Rechts überhaupt.⁹ Unter ausdrücklicher Berufung auf diesen prophezeite *Ernst Forsthoff* die Selbstvernichtung der Jurisprudenz für den Fall, dass diese nicht unbedingt daran festhalte, „daß die Gesetzesauslegung die Ermittlung der richtigen Subsumtion im Sinne des syllogistischen Schlusses ist.“¹⁰

Dem Richter kommt hierbei eine denkbar unwichtige Rolle zu, die für *Hans Kelsen* insbesondere Naturrechtsordnungen eignet: Das richterliche Urteil ist nämlich eigentlich bereits „im Gesetz enthalten und aus diesem – ohne daß der Richter irgend etwas hinzutun und weglassen dürfte – im Wege einer bloß logischen Operation herauszuholen.“¹¹ *Max Weber* fordert daher den „bürokratische[n] Richter“, der Recht findet, indem er „durch die Arbeit des juristischen Denkens [...] einzeln[e] ‚Rechtssätze‘ auf konkrete ‚Tatbestände‘“ anwendet, „welche unter sie ‚subsumiert‘ werden.“¹² Der „Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität“ im *weberschen* Sinne ist erreicht, wenn (1) „jede konkrete Rechtsentscheidung ‚Anwendung‘ eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten ‚Tatbestand‘ sei“; (2) „für jeden konkreten Tatbestand mit den Mitteln der Rechtslogik eine Entscheidung aus den geltenden abstrakten Rechtssätzen zu gewinnen sein müsse“, (3) „also das geltende objektive Recht ein ‚lückenloses‘ System von Rechtssätzen darstell[e] oder latent in sich enthalt[e] oder doch als ein solches für die Zwecke der Rechtsanwendung behandelt werd[e]“.¹³

Der dergestalt subsumierende Richter wird gerne als „Subsumtionsautomat“ karikiert, „in welchen oben die Akten nebst den Kosten hineingeworfen werden, damit er unten das Urteil nebst den mechanisch aus Paragraphen abgelesenen Gründen ausspeie“.¹⁴ Die moderne Version dieses Subsumtionsautomaten digitalisiert die Urteilsfindung.¹⁵

9 Siehe hierzu auch *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 13.

10 *Forsthoff*, FS Schmitt, 35, 41; siehe zu diesem Text *Hollerbach*, AÖR 85 (1960), 241; *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 21.

11 *Kelsen*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1927/28), 71, 85.

12 *Weber*, MWG I/22–4, 195; *Weber*, MWG I/22–3, 299.

13 *Weber*, MWG I/22–3, 305; siehe hierzu auch den Beitrag von *Peters* im vorliegenden Band.

14 So greift *Weber* die Kritik auf, MWG I/22–4, 195; siehe hierzu auch *Ogorek*, Richter-könig oder Subsumtionsautomat?; *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 17; *Neumann*, Subsumtion, 311, 311; *Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, S. 10.

15 Siehe *Frohn*, ARSP 70 (1984), 204, 215–217; krit. zu entsprechenden Versuchen *Kotso-glou*, JZ 2014, 451–457.

Die Vorzüge des Subsumtionsmodells werden immer differenzierter und differenzierender herausgearbeitet, der Anwendungsbereich zunehmend begrenzt. *Jochen Bung* etwa sieht in ihm im Anschluss an *Hans-Joachim Koch* und *Helmut Rüßmann*¹⁶ sowie *Robert Alexy* nurmehr eine Möglichkeit, „die Resultate“ des Prozesses der Rechtsanwendung „sortiert darzustellen und einen Interdependenzzusammenhang zwischen Transparenz und Kontrolle juristischer Begründung zu stiften.“¹⁷ *Robert Alexy* und seine Schüler sprechen daher auch von einer Theorie der *internen* Rechtfertigung¹⁸ und beschränken den Anwendungsbereich auf den Begründungskontext, d. h. als ex-post Rekonstruktion, „die nicht den Anspruch erhebt, den tatsächlichen Vorgang der richterlichen Entscheidungsfindung“,¹⁹ d. h. den *context of discovery*,²⁰ abzubilden. Zur Rechtsfindung taue die Logik indes wenig.²¹

Zugleich wird ein Vorbehalt immer wieder angebracht: Das logische Verfahren könne nie mehr Sicherheit vermitteln als seine Prämissen.²² Das richtige Urteil setze daher mehr voraus als die bloße Möglichkeit der syllogistischen Rekonstruktion. Es erfordere darüber hinaus eine „befriedigende Rechtfertigung für die Richtigkeit der Prämissen.“²³ Und doch ermögliche die syllogistische Rekonstruktion des Urteils zugleich die Überprüfung der Richtigkeit der Prämissen, weil sie diese offenlege.²⁴ Sie fungiert also als Instrument, „das es erlaubt, Argumente besser zu durchschauen und zu beurteilen“.²⁵

16 *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 118.

17 *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 9 – Hervorhebung im Original nicht übernommen.

18 *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs I, 13, 17 f.; *Bäcker*, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 408 f.

19 *Bäcker*, Rechtstheorie 40 (2009), S. 404, 418.

20 *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs II, 71, 81.

21 Eine solche Auffassung werde heute auch nicht mehr ernsthaft vertreten, wie *Christensen* feststellt, *Christensen*, Subsumtion, 281, 281.

22 Daher erklärte schon *John Stuart Mill* 1843: „[I]n every syllogism, considered as an argument to prove the conclusion, there is a *petitio principii*“. *Mill*, A System of Logic Ratiocinative and Inductive, Book II, Chapter 3, § 2, S. 184; siehe hierzu *Christensen*, Subsumtion, 281, 282.

23 *Bäcker*, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 409.

24 *Bäcker*, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 424.

25 *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs I, 13, 15.

2. Recht unlogisch

Trotz dieser Differenzierungen und Einschränkungen hat das Subsumtionsmodell zahlreiche Kritiken auf sich gezogen; diese betreffen alle drei Elemente des Syllogismus, d. h. die Rechtsnorm, den Fall sowie den Ableitungszusammenhang zwischen Rechtsnorm und Fall.²⁶ Es geht jeweils um die Übertragbarkeit der syllogistischen Struktur auf die juristische Arbeit; auf eine Arbeit mit Normen (nicht: Fakten), die sprachlich gefasst (und daher vage) sind, auf einen (oftmals strittigen – nicht sprachlich gefassten) Sachverhalt angewandt werden sollen, und die Rechtsfolge nicht in einem Zusammenhang von Ursache und Wirkung notwendig und in jedem Fall nach sich ziehen, weil dies des Dazwischentretens einer anordnungsbefugten Institution (meist: eines Gerichts) bedarf.

Zunächst zur Rechtsnorm: Die Subsumtion bedarf der Auslegung. *Ulrich Klug* verschiebt die Frage nach der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht daher auch in die Semantik.²⁷ Dies hat schon *Karl Engisch* (an)erkannt. Er ging dabei jedoch von einer klaren zeitlichen Abfolge von Auslegung und Subsumtion aus: Auslegung als „logisches prius der *jetzt* zu vollziehenden Subsumtion“, Subsumtion als „das logische posterius der Auslegung“.²⁸ Nicht zuletzt aufgrund dieser klaren Struktur sieht er Probleme daher auch zuvörderst bei unbestimmten Rechtsbegriffen, weil dort, „wo unsicher ist, ob etwas noch durch [die Rechtsbegriffe] erfaßt ist“, Tatsachenfeststellung und Subsumtion miteinander „Hand in Hand gehen“. Tat- und Rechtsfrage ließen sich insoweit nicht sauber voneinander trennen.²⁹ Jüngst wurde auf dieses Problem auch mit Blick auf die „präzise Bestimmung der Subsumtionsschwelle“ bei „Maß- und Gradfragen“ hingewiesen.³⁰

Sprachphilosophisch orientiertere Kritiken wollen die Beschränkung auf Sonderfälle und Sonderdogmatiken insoweit jedoch nicht gelten lassen, weil sich Rechts- und Tatfrage eben nicht sauber trennen und zeitlich ordnen lassen:

26 Diese Gliederung findet sich bei *Neumann*, Subsumtion, 311, 312.

27 siehe hierzu *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 118.

28 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 27 – Hervorhebung im Original.

29 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 95; siehe auch *Frohn*, ARSP 70 (1984), 204, 224 f.; *Guski*, JZ 2020, 129.

30 Zu diesem sog. Sorites-Problem siehe *Guski*, JZ 2020, 129, 130. Bisweilen wird eine – logische – Lösung mithilfe der sog. *fuzzy logic* vorgeschlagen, siehe ebd.; zur *fuzzy logic* siehe auch *Philipp*, ARSP 81 (1995), 405.

„Logik ist Rechnen und funktioniert nur, wenn man eine stabile Semantik voraussetzen kann. In jedem Streit wird aber die Semantik der Kernbegriffe lokal ausgearbeitet. Die Logik ist zwar die Infrastruktur und der stabile Rahmen, die eigentliche Arbeit vollzieht sich aber an den streitigen Begriffen. Erst wenn die Semantik dann wieder feststeht, kann man erneut rechnen.“³¹

Der wahre Streit im Gericht beziehe sich nicht auf die Logik, das heißt auf das Rechnen, sondern auf die Bedeutung; denn es gehe immer und immer wieder um die Ausarbeitung der Semantik. Begriffe – so das zentrale Monitum – haben keine feststehenden Bedeutungen; um das „rechtswissenschaftlich[e] Unikum“ der Wortlautgrenze ist es wahrlich „schlecht bestellt“.³² Der Text sei – nicht nur bei unbestimmten Rechtsbegriffen – stets vage und damit für eine „polysemisch[e] Exegese“ offen.³³ Ein Sprecher spreche nicht nach Regeln: „Er verknüpft vielmehr gelungene Kommunikationsbeispiele unter normativer Bewertung zu vorläufiger Kohärenz“.³⁴ Weil die Sprache aber relativ und semantisch offen ist, bedürfe sie der „Ausarbeitung durch Kontroversen“, deren Ziel nicht das Schließen, sondern das Urteilen sei.³⁵

Sprachliche Praxis sei immer konkurrierende Praxen. Ein irgendwie gearteter „allgemeine[r] Sprachgebrauch“ lasse sich schlechterdings nicht fixieren. Deshalb könne es immer nur um eine temporäre und partikuläre Fixierung gehen.³⁶ Das Gesetz stellt damit nie bereits „Bedeutungsgehalte zur Verfügung [...], die es im Prozeß der Rechtsanwendung einfach aufzufinden gälte“. Vielmehr ist die Bedeutung im „Rezeptionsprozeß des Lesers“ erst zu konstruieren:³⁷ „Es entsteht eine Instabilität der (Rechts-)Sprache, die durch die Emergenz des Neuen, eine Erschütterung ‚von Außen‘, jenseits der begrifflich gefassten ‚Kontrollprojekte‘, hervorgerufen wird.“³⁸

Rechts- und Tatfrage befruchten sich in diesem Narrativ gegenseitig; denn wenn etwa die Frage im Raum steht, ob es sich bei einem aufgebockten Wohnwagen um eine bauliche Anlage handele, gehe es nicht darum,

31 *Christensen*, Rechtstheorie 42 (2011), 591, 591.

32 *Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, S. 132.

33 *Ladueur*, Rechtstheorie 45 (2014), 467, 481.

34 *Christensen*, Rechtstheorie 42 (2011), 591, 591.

35 *Christensen*, Rechtstheorie 42 (2011), 591, 591.

36 Siehe zum allgemeinem Sprachgebrauch *Christensen*, Subsumtion, 281, 287 f.

37 *Lahusen*, Rechtstheorie 37 (2006), 489, 499.

38 *Ladueur*, Rechtstheorie 45 (2014), 467, 473.

einen stabilen Begriff anzuwenden, sondern darum, „wie seine Bedeutung weiterzuentwickeln oder zu stabilisieren ist“.³⁹ *Ralph Christensen* attestiert der juristischen Argumentation ihrer Wechselbezüglichkeit wegen daher auch „eine retroreflexive Struktur“.⁴⁰ Das Recht entsteht damit immer in den und dank der Erkenntnisbemühungen des Richters: „Der Richter macht das Recht“.⁴¹

Nicht nur aufgrund seiner Bedeutung für die Auslegung der *praemissa maior* wirft auch der Fall als *praemissa minor* des Justizsyllogismus Fragen auf. Denn er stehe kaum jemals fest; jedenfalls sei der Lebenssachverhalt jedoch

„nicht subsumtionsfähig, weil er nicht sprachlich gefaßt ist und deshalb nicht unter die Rechtsregel gebracht werden kann, die nur in ihrer sprachlichen Repräsentation verfügbar ist.“⁴²

Die zweite Prämisse (B) ergebe sich so ebenfalls zu erheblichen Teilen nicht aufgrund von Wahrheit, sondern als Folge von Wissensregeln. *Karl-Heinz Ladeur* nennt exemplarisch Vermutungs- und Beweisregeln, konventionalisierte Wahrscheinlichkeitsannahmen sowie die „allgemein anerkannte[n] Regeln der Technik“.⁴³

Auch *Rolf Gröschner* bläst in dieses Horn und fordert eine Ersetzung der „Subsumtion“ durch die „Subordination“. Denn bei der Subsumtion würden Gegenstände unter Begriffe untergeordnet, bei der Subordination hingegen Begriffe unter Begriffe.⁴⁴ Der (terminologische) Übergang von der Subsumtion zur Subordination sei erforderlich, um dem Umgang mit dem Fall gerecht zu werden; denn der Fall werde zunächst „zur Sprache gebracht“, das heißt „in Alltagssprachlichen Geschichten erzählt“, und sei dann kein Gegenstand mehr. „Im buchstäblichen Sinne ‚sprachlos‘ ist ein Gegenstand nur dann, wenn man auf ihn zeigen und als gezeigten Gegenstand unter

39 *Christensen*, Subsumtion, 281, 285.

40 *Christensen*, Subsumtion, 281, 285.

41 *Lahusen*, Rechtstheorie 37 (2006), 489, 499; *Simon*, Recht verstehen, 405, 410.

42 *Neumann*, Subsumtion, 311, 314.

43 *Ladeur*, Rechtstheorie 45 (2014), 467, 468.

44 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 68; siehe zu dieser Unterscheidung – wenn auch krit. hinsichtlich des Nutzens – *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 100 f.; zum Verhältnis von Subsumtion und Subordination siehe auch *Zantwijk*, Subsumtion, 25, 35 f.

einen Begriff subsumieren kann.⁴⁵ Ein Rechtsstreit hingegen werde „nicht mit Zeigehandlungen eröffnet, sondern mit Sprechakten“.⁴⁶

Als „Wahrheitserhaltungslogik“ beruht die Richtigkeit des Syllogismus zudem auf der Richtigkeit seiner Prämissen.⁴⁷ Dies ruft zugleich zahlreiche Kritiken des syllogistischen Subsumtionsmodells auf den Plan. Denn – so der namentlich von *Hans Kelsen* formulierte Einwand – Normen haben keinen Wahrheitsanspruch, das heißt sie sind weder wahr noch falsch.⁴⁸ An diese Kritik hinsichtlich des Ableitungszusammenhangs knüpft *Gröschner* ebenfalls an, wenn er dem Syllogismus das Enthymem gegenüberstellt.⁴⁹

3. Recht postmodern

Postmoderne sowie rhetorische Rechtstheorien begegnen logisch-syllogistischen Tendenzen daher kritisch.⁵⁰ Schon die Trennung von Rechtsnorm und Rechtsanwendung ist unter postmodernen Auspizien kaum haltbar: Die Norm ist in diesem Narrativ vielmehr selbst „Objekt der Konstruktion (und nicht der Deduktion)“ und kann vor allem nicht als „von deren Anwendung unabhängig (voraus-)gesetzt werden“. Um die Modi der Rechtsfindung zu identifizieren, muss daher „danach gefragt werden, welche Anwendungsmuster sich in der Anwendungspraxis selbst herausgebildet haben und sich innerhalb des Flusses der Rechtsoperationen unterscheiden lassen“.⁵¹ Dogmatik verschleift in diesem Narrativ die Grenze zwischen „Praktiken eines bestimmten sozialen Feldes mit den Praktiken des gerichtlichen Entscheidens“.⁵²

Ein solches Verständnis von Dogmatik räumt gänzlich mit der Trennung von Norm und Anwendung auf. Durch die „Verschleifung von Norm und

45 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 70.

46 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 70; *Gröschner*, Subsumtion, 421, 448.

47 *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 100.

48 *Kelsen*, Rechtsnormen und logische Analyse, 9, 9; siehe zu diesem Problem auch *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 101–128; *Klug* hat dem entgegengehalten, dass es sich sowohl bei der Logik als auch beim Recht um Satzsysteme handele, *Klug*, Rechtsnormen und logische Analyse, 30, 30–32; siehe hierzu *Bung* ebd., S. 110 f.

49 Siehe hierzu ausführlich unten, II.1.

50 Siehe zur rhetorischen Rechtstheorie *Krawietz*, Rechtstheorie 42 (2011), 457, 461 f.

51 *Ladueur*, Rechtstheorie 45 (2014), 467, 471.

52 *Ladueur*, Rechtstheorie 45 (2014), 467, 473.

Normanwendung wird auch die Norm selbst erst ‚begründet‘.⁵³ Ihren Höhepunkt findet diese Verschleifung in dem von *Sabine Müller-Mall* entwickelten Modell *Performative[r] Rechtserzeugung*, das auf der Annahme basiert, dass „jede einzelne Applikation einer Rechtsregel in der Sprache nicht nur die Sprache selbst, sondern auch die Rechtsnorm (deren Inhalt ja nur über die Sprache differenzierbar wird)“ verändert.⁵⁴

Die Aufgabe der Jurisprudenz ist damit die Dezision. Der Richter entscheidet: „Ent-Scheiden heißt, das vormalig Geschiedene wieder zu vereinen, aus der Differenz also wieder eine Einheit zu machen.“⁵⁵ *Lahusen* treibt diesen Dezisionismus auf die Spitze, wenn er konstatiert, „[e] in guter Jurist“ könne „heute *lege artis* jedes gewünschte Ergebnis herleiten.“⁵⁶ Rechtssicherheit werde daher nicht durch Logik oder Wortlautgrenzen, durch Semantik oder Auslegung erreicht, sondern durch institutionelle Verengungen der „Kontingenzzräume des positiven Rechts“, wie den „Initiationsritus der beiden Staatsexamina, die Konditionierung des Referendariats, über Richterfortbildung, Richterbeförderung, Instanzenweg, Kollegialgerichte, Gerichtsöffentlichkeit und Begründungszwang.“⁵⁷ Auch innerhalb sprachphilosophisch-postmodern inspirierter Rechtsentwürfe gibt es Nuancen: *Ralph Christensen* gesteht der Logik immerhin die Rolle der Bühne zu, auf der das Theaterstück der juristischen Argumentation inszeniert wird.⁵⁸

II. Rolf Gröschners *Subsumtionsmodell jenseits der Logik*

Gröschners Subsumtionsmodell wendet sich gegen eine syllogistische Konzeptualisierung juristischer Argumentation in Gestalt des Justizsyllogismus und mutet insoweit (zunächst) sehr postmodern an. Mit Blick auf die Popularität des syllogistischen Subsumtionsmodells in juristischen Lehrbüchern zitiert er *Goethe*: Der Geist werde durch diese „wohl dressiert, in Spanischen Stiefeln eingeschnürt, daß er bedächtiger so fortan hinschleiche die Gedankenbahn.“⁵⁹ Als Gewährsmann für seine dekonstruktivistischen

53 Siehe zu dieser Konzeptualisierung bei *Müller/Christensen Ladeur*, *Rechtstheorie* 45 (2014), 467, 474.

54 *Müller-Mall*, *Performative Rechtserzeugung*, S. 26.

55 *Lahusen*, *Rechtstheorie* 37 (2006), 489, 512.

56 *Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, S. 135.

57 *Lahusen*, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, S. 135.

58 *Christensen*, *Subsumtion*, 281, 286 f.

59 *Goethe*, *Faust*, S. 193; *Gröschner*, *Subsumtion*, 421, 422.

Bemühungen führt er indes keine Sprachphilosophen des 20. Jahrhunderts, sondern den „Vater der Logik“⁶⁰ den *Aristoteles* an, den er zum „Rechtsrhetoriker“ – im Gewand eines „Enthymematiker[s]“ – stilisiert.⁶¹

1. Das Enthymem

Nicht den aristotelischen Syllogismus ruft er damit auf – das Verhältnis der Justiz zu diesem bezeichnet er vielmehr als „methodologische Mesalliance“ –, sondern das Enthymem, welches er als das „geglückte Gegenstück“ des Syllogismus bezeichnet.⁶²

Dem syllogistischen Rechtsanwendungsmodell erteilt er eine Absage: Dieses liefere Ergebnisse ohnehin nur, wenn B in A und C in B vollständig enthalten sei.⁶³ „Aus solchen Inklusionsverhältnissen“ erkläre „sich die – triviale – Tatsache, daß Syllogismen tautologisch sind, also nichts Neues erschließen.“⁶⁴ Denn das „wahrheitserhaltende Schließen“ im *modus barbara* setze zugleich voraus, dass beide Außentermini (A und C) im Mittelterminus (B) enthalten seien.⁶⁵ Hierfür bedarf es jedoch einer ontologisch „wohlgeordneten Welt“, in der „alle Kandidaten, von denen ‚etwas‘ ausgesagt wurde, ihren angestammten, durch wahre Aussagen über ihr Sein festgelegten Platz“ haben (*Gröschner* nennt hier das notorische Beispiel des sterblichen Menschen und Griechen).⁶⁶

60 *Gröschner*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 535; *Gröschner*, *Die Sprache des Rechts*, 203, 210.

61 *Gröschner*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 516.

62 *Gröschner*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 515; siehe zu den verschiedenen Dimensionen des Enthymems im *Corpus aristotelicum Kraus*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 417, 420–427.

63 Dies entspricht im Übrigen bereits den Ausführungen bei *Aristoteles*: „Wenn sich nun drei Termini so zueinander verhalten, daß der letzte im mittleren als einem Ganzen (enthalten) ist und der mittlere im ersten als einem Ganzen [...], kommt notwendig ein vollkommener Syllogismus hinsichtlich der Außentermini zustande.“ *Aristoteles*, *Analytica Priora*, 25b32.

64 *Gröschner*, *Subsumtion – Technik oder Theorie?*, S. 32; siehe auch *Gröschner*, *Die Sprache des Rechts*, 203, 217.

65 *Gröschner*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 519.

66 *Gröschner*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 519; siehe auch *Gröschner*, *Subsumtion*, 421, 428.

Dies unterscheidet die Welt der Jurisprudenz von der Welt der aristotelischen Logik.⁶⁷ Denn die – in der Jurisprudenz üblichen – Singulärbegriffe sind in der aristotelischen Logik „generell ungeeignet für syllogistische Schlüsse“⁶⁸ Der Syllogismus schließt nämlich „wahrheitserhaltend aus Prämissen, deren Wahrheit durch Inklusion in ein Ganzes, eine Menge oder Klasse ontologisch bestimmter Kandidaten feststeht“⁶⁹ Die Ordnung der Jurisprudenz hingegen sei fragmentarisch, weil es beispielsweise prinzipiell unmöglich sei, „die Menge der Gegenstände, die dem Würdebegriff unterfallen, abschließend festzulegen“.⁷⁰ Gröschner spielt hierbei auf die beiden zentralen oben angeführten (I.2.) Vagheiten syllogistischen Rechtsdenkens an: Die Vagheit der Rechtsnorm und die Vagheit des Falls.

„Die Differenzierung zwischen Subsumtion von ‚Gegenständen‘ unter Begriffe einerseits und der Subordination von ‚Begriffen‘ unter (Ober-)Begriffe andererseits ist mehr als eine oberflächliche *façon de parler*. [...] In der Jurisprudenz sind Begriffe, unter die ‚Fälle‘ genannte Phänomene subsumiert werden, keine *universalia*, die *ante res* oder *in rebus* – vor oder in den ‚Sachen‘ sogenannter ‚Sach-verhalte‘ – existieren. Vielmehr sind sie *nomina* zur fachsprachlichen Benennung lebensweltlicher Verhältnisse, die durch ihre Umstrittenheit zu ‚Streitsachen‘ werden. Nicht ihr gegenständliches Dasein wird bestritten, sondern ihr juristisches Sosein. [...] [U]m rechtlich beurteilt werden zu können, müssen umstrittene Sachverhalte auch und gerade in ihrer Gegenständigkeit ‚be-sprochen‘ werden. Denn buchstäblich gilt: Recht wird gesprochen. Da die Sprache des Rechts aber keine substanzontologisch bestimmten Begriffe kennt, erfolgen rechtssprachliche Definitionen und Subordinationen aristotelisch formuliert nicht in Syllogismen, sondern in Enthymemen.“⁷¹

Schon *Aristoteles* habe dem Syllogismus jedoch ein anderes Schlussverfahren beiseite gestellt, das sich für die juristische Urteilsbildung besser eigne,

67 Gröschner, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 519 f. Krit. nennt er insofern die *Rechtstheorie für Studenten* von Klaus Adomeit, ebd., 526; siehe auch Gröschner, *Die Sprache des Rechts*, 203, 205.

68 Gröschner, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 526; siehe auch Gröschner, *Die Sprache des Rechts*, 203, 204 f.; Sprunte, *Die Enthymemtheorie der aristotelischen Rhetorik*, S. 76; siehe auch Aichele, *Rechtstheorie* 42 (2011), 495, 495.

69 Gröschner, *Rechtstheorie* 42 (2011), 515, 532.

70 Gröschner, *Subsumtion*, 421, 428.

71 Gröschner, *Subsumtion*, 421, 425 f.

nämlich das Enthymem als Figur nicht der Logik, sondern der Rhetorik.⁷² Gröschner zieht hier einen „scharfen Schnitt zwischen den formalen Schlüssen der Logik und den materialen Argumenten der Rhetorik“.⁷³ Während es beim Syllogismus „um die Gültigkeit von Schlüssen aufgrund der Form der beiden Prämissen“ gehe, gehe es bei den Enthymemen darum, „mit Meinungen zu argumentieren“.⁷⁴ Beim Enthymem wird „kein notwendiger Schluß aus wahren Vordersätzen gezogen, sondern ein gültiges Argument aufgrund anerkannter Meinungen (*endoxa*) formuliert“, die nicht notwendig wahr seien.⁷⁵ Im Gegensatz zum Syllogismus stelle das Enthymem daher keine monologische, sondern eine dialogische Begründung dar, weil derjenige, der „wahrheitserhaltend aus wahren Prämissen schließt [...], für die Wahrheit seines Schlusses keine Zustimmung“ brauche.⁷⁶ Dagegen müsse derjenige, der mit Meinungen argumentiere, stets mit Widerspruch rechnen: „Die Welt des Rechts ist voller Widersprüche in diesem Sinne, die Jurisprudenz ist daher eine durch und durch dialogische Disziplin.“⁷⁷ Es handele sich bei dem Enthymem um nicht weniger als die „wichtigste Argumentationsform der Gerichtsrede“.⁷⁸

Das Enthymem ist keine logische, sondern eine „rhetorische Deduktion“.⁷⁹ Zulässig sind dann auch solche Argumentationen, „die zwar keine notwendigen Schlüsse enthalten, aber durchaus richtige oder gültige Argumente darstellen“.⁸⁰ Das Enthymem versinnbildlicht die Kunst des Über-

72 Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 37; Aristoteles habe den Syllogismus für die Gerichtsrede ausdrücklich verworfen, ebd., S. 40. Wer diesen dennoch für die Juristerei anwenden wolle, „geriert sich insoweit ‚logischer‘ als der Altmeister der Logik selbst“ (ebd.).

73 Gröschner, Die Sprache des Rechts, 203, 210.

74 Gröschner, Die Sprache des Rechts, 203, 210.

75 Gröschner, Subsumtion, 421, 426; Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 532 f.; siehe zur Rolle von *endoxa* auch Rapp, Rechtstheorie 42 (2011), 383, 387; von Schlieffen, Rechtstheorie 42 (2011), 601, 604.

76 Gröschner, Subsumtion, 421, 429.

77 Gröschner, Subsumtion, 421, 430.

78 Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 38; siehe Aristoteles, Rhetorik, 1368a31–33; Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 521.

79 Rapp, Rhetorik Kommentar, 157; siehe hierzu Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 39; Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 521; teilweise werden jedoch auch die Induktion und die Abduktion zu den Enthymemen gezählt, siehe etwa Kraus, Rechtstheorie 42 (2011), 417, 425.

80 Rapp, Rhetorik Einleitung, 167, 361; siehe hierzu Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 39; Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 521. Das Enthymem wird teilweise auch als „rhetorischer Syllogismus“ bezeichnet, siehe Adeodato, Int J Semiot Law 35 (2022), 1857, 1859; siehe auch Aichele, Rechtstheorie 42 (2011), 495,

zeugens.⁸¹ Denn es sei nicht die Aufgabe der Rhetorik, zu überzeugen, sondern „an jeder Sache das vorhandene Überzeugende zu sehen“ (Rhet. 1355b11 f.). Ziel der Gerichtsrede sei es schließlich, „den Hörer auf seine Seite zu bringen“ (Rhet. 1354b33).

Niemals jedoch ergebe sich die *conclusio notwendig* aus den Prämissen; die *conclusio* teile den epistemischen Rang der Vagheit mit den Prämissen. Sie ist wahrscheinlich.⁸² Das Gesetz sei eben kein Naturgesetz, welches „strenges Subsumieren und objektives Urteilen“ ermöglicht. Es entziehe sich strukturell „exakte[m] Forschen mit experimentellen Mitteln und objektivem Wahrheitsanspruch“.⁸³ Weil die Prämissen der aristotelischen Gerichtsrede endoxisch, das heißt nicht wahr, sondern meinungsmäßig seien, seien die Konklusionen „nicht *sylogistisch*, sondern *enthymematisch*“.⁸⁴ Es sei nicht die Formenstrenge des Syllogismus, die die Wahrheit der Konklusion verbürgt, sondern die Wahrheit seiner Prämissen.⁸⁵

Bei den Prämissen des Enthymems handle es sich jedoch (nur) um „anerkannte Meinungen“ (*endoxa*).⁸⁶ Das sind, in aristotelischer Diktion, solche Meinungen, „die entweder von allen oder den meisten oder den Weisen und von diesen entweder von allen oder den meisten oder den bekanntesten und anerkanntesten für richtig gehalten werden.“⁸⁷ Gröschner zieht hier eine Parallele zur „allgemeine[n] Ansicht“; zur „herrschende[n] Meinung“ und zur „ständige[n] Rechtsprechung“.⁸⁸

502; zum Verhältnis von Syllogismus und Enthymem Zantwijk, Subsumtion, 25, 33–35.

81 Gröschner verweist hierzu auf *Aristoteles*, Rhetorik, 1354a 12–24, Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 515 f.

82 Siehe zu der Wahrscheinlichkeit der Prämissen beim Enthymem Wörner, FS Viehweg, 73, 75; Zantwijk, Rechtstheorie 42 (2011), S. 437, 448.

83 Gröschner, JZ 1987, 903, 907.

84 Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 524 – Hervorhebungen im Original. Und weiter heißt es, „[k]ein einziger Rechtssatz“ könne „als *praemissa maior* eines wahrheitserhaltenden Syllogismus fungieren“, Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 525; siehe auch Gröschner, Die Sprache des Rechts, 203, 212; siehe zur Wahrscheinlichkeitsdimension der Enthymeme Zantwijk, Subsumtion, 25–42, 37–39.

85 Siehe auch Adeodato, Int J Semiot Law 35 (2022), 1857, 1864.

86 Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 522; siehe zur Meinungsqualität des Rechts auch Bates, Aristotle and The Philosophy of Law, 59, 62.

87 *Aristoteles*, Topik, 100b 21–23; hier zitiert nach Rapp, Rhetorik Einleitung, 167, 257; siehe hierzu Gröschner, Rechtstheorie 42 (2011), 515, 522 f.

88 Gröschner, Die Sprache des Rechts, 203, 210.

2. Die Dekonstruktion

Gröschner erblickt im Enthymem ein Mittel der Dekonstruktion und nimmt damit eine Kernstrategie der Postmoderne – im Anschluss an *Jacques Derrida* – für sich in Anspruch. Markenkern der Enthymematik sei nämlich der Blick für den konkret-individuellen Einzelfall.

Die Jurisprudenz ist – ebenso wie die Medizin – für *Gröschner* dadurch gekennzeichnet, dass sie das praktisch-Individuelle stets im Blick behalten muss; sie entwickelt „das Generelle aus dem Individuellen und das Theoretische aus dem Praktischen“.⁸⁹ *Karl Engisch* hatte dieses Verhältnis von Norm und Sachverhalt noch mit seinem geflügelten Wort vom „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“ beschrieben, das er der Subsumtion – recht zusammenhangslos – zur Seite stellte.⁹⁰ Der Einzelfall ist das, was bei strenger Subsumtion unterzugehen droht; diese avanciert in den Texten ihrer Kritiker teils „zum Synonym der instrumentellen Vernunft, welche nach der Methode des Prokrustes dem Individuellen Gewalt antut“;⁹¹ eine Kritik, die das *gröschnersche* Modell meidet.

Gröschner identifiziert zugleich ein Denken der Dekonstruktion in sokratischer Tradition:

„Auf dem Weg sokratischen Philosophierens gelangt man in teilnehmender *praxis* und kunstgerechter *poiesis* des Gesprächs zu einer *techne* dialogischer Rede und Gegenrede, aber nicht zu einer *theoria* distanzierter

89 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 17. *Aristoteles* teilt diese Funktionen auf: Während sich der Gesetzgeber des Allgemeinen anzunehmen habe, sei der Richter in seinem Urteil dem Einzelfall verpflichtet (*Rhet.* 1354b5–10); ganz ähnlich *Gröschner*, Die Sprache des Rechts, 203, 207.

90 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15; weiter heißt es: „Denn wenn auch [...] die rechtliche Würdigung an bloß angenommene Sachverhalte anknüpfen kann und insofern gegenüber der Tatsachenfeststellung isolierbar ist, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß die Tatsachenfeststellung dort, wo sie stattfindet, bis zu einem gewissen Grade mit der rechtlichen Würdigung verschmilzt. Daß es rechtliche Würdigung ohne Tatsachenfeststellung gibt, bedeutet noch nicht, daß sich alle Tatsachenfeststellung ohne rechtliche Würdigung vollziehen läßt“ (ebd., S. 20); zu dem schwierigen Verhältnis von Syllogismus und Wanderblick im Rahmen der Subsumtion siehe *Bung*, Subsumtion und Interpretation, S. 26; siehe auch *Guski*, JZ 2020, 129, 132; *Petersen* hingegen identifiziert sogar Ähnlichkeiten zwischen Wanderblick und *weberschen* Subsumtionsmodell, siehe *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, S. 70.

91 *Christensen*, Subsumtion, 281, 281.

Beobachtung der Sprache. An seinem Ende findet sich daher auch keine theorielastige Dichotomie von abstrakt-allgemeinen (Rechts-)Begriffen und konkret-individuellen (Lebens-)Sachverhalten wie im traditionellen Modell der Subsumtion.⁹²

Die Brücke zwischen Praxis und Theorie, zwischen Allgemeinem und Besonderem, schlägt die Dogmatik.⁹³ Die „dialogische Beziehung zwischen dem Gesetzgeber, dem Richter und den Parteien“ trete insoweit „an die Stelle der vermeintlich logischen Beziehung zwischen Gesetz und Fall“ und dekonstruiere dergestalt den Dualismus „von Allgemeinem und Besonderem, Sollen und Sein“.⁹⁴

III. Moderne wider Willen

1. Die dualistische Grundlage des *gröschnersche* Subsumtionsmodells

Und doch ist das *gröschnersche* Subsumtionsmodell nicht recht vergleichbar mit postmodernen Kritiken des syllogistischen Subsumtionsmodells. Dies zeigt sich schon daran, dass *Gröschner* den Dualismus von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung aufrechterhält. Auch die Figur des Enthymems führt nicht zu einem Ausbruch aus der modernen Rechtsmethodologie; das Enthymem ist nicht postmodern. Denn auch das Enthymem ist eine Figur des Schließens, wie *Ralph Christensen* kritisch anmerkt:

„Auf dem Weg zu einer juristischen Argumentationstheorie ist das Enthymem zwar ein wichtiger Schritt, weil es die Übergänge liberalisiert, und neben Deduktion auch Abduktion und Induktion zulässt. Das Schließen und die Logik sind aber nur die Bühnentechnik. Das Stück, das gespielt wird, ist eine Argumentation, und ich kann die semantische Verschiebung, die den sachlichen Kern dieser Argumentation bildet, nicht mit der Figur des Enthymems erfassen, sondern ich kann damit nur einzelne Begründungen besser erfassen. Aber die Verschiebung der Semantik muss ich davon unabhängig beobachten. Deswegen ist das Enthymem zwar ein Schritt auf die Performanz, aber es bedarf noch

92 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 24.

93 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 26.

94 *Gröschner*, JZ 1987, 903, 906.

der Ergänzung durch eine das ganze juristische Verfahren erfassende Argumentationstheorie.“⁹⁵

Wesentlich gravierender scheint aber ein noch grundlegenderer Dualismus in der *Gröschnersche* Argumentation. Denn *Gröschner* verbindet den Dualismus aus Syllogismus und Enthymem mit der aristotelischen Unterscheidung der Wissenschaftsdisziplinen: Der *techne* als „in der Praxis zu erlernende[s], durch Erfahrung zu verfeinernde[s] und mit klugem Einsatz zu kultivierende[s] Könn[e]n“ einerseits und dem „Deduktivismus ingenieurwissenschaftlicher Technik“ andererseits.⁹⁶ Obwohl der letztere die syllogistische Theorie der Subsumtion dominiere, habe dieses mathematisch-naturwissenschaftliche Wissenschaftsverständnis mit der Juristerei nichts gemein.⁹⁷ Denn es gehe bei der Subsumtion keinesfalls um mathematische Exaktheit: Argumente seien „nicht zu zählen, sondern zu wägen“.⁹⁸ Die Jurisprudenz ist nicht „mathematisch verfahrenende Wissenschaft“, sondern Kunst. Insoweit gleicht sie eher der Politik und der Ethik als der Mathematik.⁹⁹ Sie kann dem mathematischen Modell nicht folgen, weil dieses die „vollständige Bestimmtheit“ wie „Kontrollierbarkeit ihrer Objekte“ voraussetzt.¹⁰⁰ Die *Gröschnersche* Jurisprudenz ist eben nicht – wie noch bei *Albert Hermann Post* – auf der Suche nach dem „einzige[n] große[n] Weltgesetz“, das die „Entfaltung der Stoffkräfte“ beherrscht.¹⁰¹ Es ist keine „Naturlehre des Rechts“,¹⁰² deren „umfassende Gesetzmässigkeit“ auf dem „Walten allgemeiner eiserner Naturgesetze“ basiert.¹⁰³

95 *Christensen*, Rechtstheorie 42 (2011) 591, 592.

96 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 7; siehe auch *Gröschner*, Die Sprache des Rechts, 203, 206; *Gröschner*, Subsumtion, 421, 422; zum Begriff der *Techne* siehe auch *Zantwijk*, Rechtstheorie 42 (2011), 437, 438.

97 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 7 f.

98 *Gröschner*, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 8.

99 So jedenfalls das aristotelische Methodenideal in der *Nikomachischen Ethik*, welches insoweit eine Abkehr von der mathematischen Ethik des *Protreptikos* darstellt, *Jaeger*, *Aristoteles*, S. 86 f.

100 *Aichele*, Rechtstheorie 42 (2011), 495, 495; so allerdings auch Vertreter des Subsumtionsmodells, siehe etwa *Engisch*: „Unter ‚Exaktheit‘ kann in unserem Zusammenhang nur eine praktische Genauigkeit verstanden werden, wie sie im Leben gefordert wird.“, *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 98.

101 *Post*, Das Naturgesetz des Rechts, S. 24, S. 19; siehe hierzu *Lahusen*, Rechtstheorie 37 (2006), 489, 490.

102 So der Titel von *Warnkönig*, Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts.

103 *Post*, Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens, S. 4; siehe hierzu *Lahusen*, Rechtstheorie 37 (2006), 489, 491.

Gröschners Kritik der logischen Fundierung der Subsumtion basiert – trotz seines fulminanten Plädoyers für die Dekonstruktion – auf einem klaren Dualismus: Naturwissenschaftliche Exaktheit einerseits, geisteswissenschaftliche Vagheit andererseits; *techné* als poetisches, kunstgerechtes Herstellen, ingenieurwissenschaftliche Technik als klar definierte „Werkleistung“.¹⁰⁴

In diesem Rekurs auf die Wissenschaftstrennung ist Gröschner so ganz und gar nicht postmodern, sondern in höchstem Maße modern: Seine – aristotelische – Unterscheidung von Syllogismus und Enthymem, von Mathematik und Rhetorik entspricht im Wesentlichen derjenigen von Kausalität und Zurechnung in *kelsen*er Diktion.¹⁰⁵ *Kelsen* unterscheidet die Kausalität als Ordnungsprinzip der Naturwissenschaften, d. i. das Naturgesetz, von der Zurechnung als Ordnungsprinzip der Gesellschaftswissenschaften. Hierin spiegelt sich die Unterscheidung von Sein und Sollen wider, die Gröschner noch hatte dekonstruieren wollen;¹⁰⁶ denn die Zurechnung ist eine durch das Wort „sollen“ ausgedrückte Verknüpfung von Unrecht und Unrechtsfolge.¹⁰⁷ Die menschliche Freiheit manifestiert sich just dort, wo das Verhalten nicht durch Kausalgesetze im Sinne eines Verhältnisses von Ursache und Wirkung vorgezeichnet, sondern durch Zurechnungsverhältnisse (von Lohn, Sühne oder Strafe) strukturiert ist.¹⁰⁸ Ebenso wie die Enthymematik kann das Zurechnungsurteil stets „nur subjektive Gewißheit in Form der Wahrscheinlichkeit [für sich] beanspruchen“.¹⁰⁹ *Kelsen* verwehrt sich damit – ebenso wie Gröschner – gegen einen „Anschlu[ß] [der Rechts-] an die Naturwissenschaften“¹¹⁰ und befreit das Recht, ganz im Gegenteil, von der „pseudo-naturwissenschaftliche[n] Verirrung“ eines *Rudolf von Jherings*.¹¹¹

Postmoderne Rechtstheoretiker könnten sich dieser Einschätzung wohl kaum anschließen: *Bruno Latour* etwa kritisiert das „dualistische oder po-

104 Siehe hierzu Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 11.

105 Siehe zur Parallelität von Enthymem und Zurechnung auch *Aichele*, Rechtstheorie 42 (2011), 495, 502 f.

106 Siehe insbesondere Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, S. 29 f.; siehe auch ebd., S. 65.

107 *Kelsen*, ZöR 6 (1954), 125, 128.

108 *Kelsen*, ZöR 6 (1954), 125, 137.

109 *Aichele*, Rechtstheorie 42 (2011), 495, 505.

110 So die Forderung von *Post*, Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts, Vorwort; siehe auch *Lahusen*, Rechtstheorie 37 (2006), 489, 491.

111 So die Kritik bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 28; *Lahusen*, Rechtstheorie 37 (2006), 489, 493.

lare Denkmodell, das sich von der Subjekt-Objekt-Differenz her in Bifurkationen auf der Ebene der Gegenstandsbereiche und der assoziierten disziplinären Diskurse (Natur[wissenschaft] versus Gesellschaft[s]wissenschaft) ausfaltet“ als „zentrales Element der ‚Verfassung der Moderne‘“¹¹² Die Unterteilung in zwei ontologisch differente Zonen, die der Menschen und die des nicht-Menschlichen, ist für ihn Markenzeichen modernen Denkens.¹¹³ Die dualistische Unterscheidung von Natur und Kultur fällt seiner Dekonstruktion ebenso zum Opfer, wie andere Dualismen vor ihr;¹¹⁴ denn es ist die Natur, die die Welt für den Menschen unbewohnbar macht, die also in den Raum des Politischen eindringt.¹¹⁵ Zugleich entziehen sich die Menschen (ebenso wie das nicht-Menschliche) einer eindeutigen Zuordnung zu Kultur respektive Natur: Sie alle sind Hybride.¹¹⁶

Diese Form von Hybridität ist im Übrigen keine exzentrische Idee eines einsamen französischen Technikphilosophen, der sogleich ein *Parlament der Dinge* einberufen möchte. Vielmehr dringt die Natur auch schon im *Corpus aristotelicum* in den Bereich des Politischen ein: Denn die Polis ist von Natur aus (*kata physin*) die beste Ordnung, weil der Mensch in ihr seine Teleologie zur Gemeinschaft verwirklicht.¹¹⁷ Die aristotelische Polis wurzelt in der Natur, weil der „Mensch [...] zum Bürger geboren“ und nicht zu ihm geworden ist.¹¹⁸ Er ist eben ein von Natur aus politisches, „zur Polis hinstrebendes und sich in ihr vollendendes Wesen“¹¹⁹ (*physei politikon zōon*). *Gröschner* verteidigt insoweit den „heiligen Limes“, der die Geistes- und Gesellschaftswissenschaften von den „exakten“ Wissensschaf-

112 *Buhr*, *Der große Leviathan und die Akteur-Netzwerk-Welten*, 115, 118, unter Verweis auf *Latour*, *Nous n'avons jamais été modernes*; siehe *Latour*, *Politiques de la nature*, S. 53 f.

113 *Latour*, *Nous n'avons jamais été modernes*, S. 21.

114 *Bruno Latour* führt beispielhaft den Geschlechterdualismus an, *Latour*, *Face à Gaïa*, S. 25–31.

115 *Latour*, *Face à Gaïa*, S. 50 f.

116 *Latour*, *Nous n'avons jamais été modernes*, S. 21 f.; siehe zu den Hybriden auch *Scholz*, *Der große Leviathan und die Akteur-Netzwerk-Welten*, 141, 143 f.; diese Dekonstruktion überträgt *Latour* auch auf die Unterscheidung von Subjekt und Objekt, siehe *Latour*, *Politiques de la nature*, S. 73–76.

117 *Miller*, *A Companion to Aristotle's Politics*, 279, 293–295; *Miller*, *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*, S. 27, 80 f. Dennoch verfährt die aristotelische Politik nicht mit mathematischer Exaktheit; siehe hierzu *Ritter*, „Naturrecht“ bei Aristoteles, S. 16 f.

118 *Oncken*, *Aristoteles und seine Lehre vom Staat*, S. 22; *Sinder*, *Die Systematisierung des islamischen Rechts*, S. 97.

119 *Verdross*, *Abendländische Rechtsphilosophie*, S. 43.

ten“ trennt¹²⁰ und den *Latour* mit seiner Konzeption der Hybridität gerade überwinden möchte¹²¹ auch gegen den *Aristoteles*.

2. Die axiologische Grundlage des *Gröschner*sche Subsumtionsmodells

An einer anderen Stelle ist *Gröschner* wieder ganz bei *Aristoteles*. Als *ars* sehe die Juristerei nämlich notwendig Spielräume vor, die gefüllt werden wollen. Dies erfolgt für *Gröschner* jedoch nicht nach Gutdünken, sondern vielmehr – aristotelisch-naturrechtlich inspiriert – axiologisch fundiert:

„So interpretiert, wird das Gerechtigkeitsstreben als juristisches Berufsethos zur Innenseite der Kunst des Guten und Gerechten. Eben weil es sich um eine *ars* handelt, die nicht automatisch zu generieren, sondern stets aufs neue zu aktivieren ist, bedarf es des dauernden Willens, jedem Einzelfall – buchstäblich: je dem Einzelfall – gerecht zu werden. Gäbe es Programme für Subsumtionsautomaten, wäre die Jurisprudenz keine Kunst. Bei vorprogrammierten Entscheidungen ohne Entscheidungsspielräume bedürfte es auch keines Berufsethos. Solche Spielräume sind aber konstitutiv für alle juristischen Entscheidungen, die sich nicht formularmäßig erledigen lassen, und zwar sowohl bei der Konstituierung des Falles als auch bei der Interpretation des einschlägigen Rechts. Was ‚der Fall ist‘ kann nicht unabhängig von den Beteiligten festgestellt werden; deren gutes Recht ist es daher nach einem Urprinzip der Gerechtigkeit, zu ‚ihrem‘ Fall gehört zu werden.“¹²²

Die Füllmasse für axiologische Spielräume bezeichnet *Gröschner* wahlweise als Ethos oder als Judiz.¹²³

Beim Judiz handelt es sich um eine „professionelle juristische Fähigkeit[t]“,¹²⁴ die im Rahmen der Ausbildung und anhand des Einzelfalles erlernt wird; das Judiz ist ein „fallbezogenes Gesetzesverständnis“, das anhand „exemplarischer Präjudizien“ erlernt werden will, bis es „auch den nichtexemplarischen Sonderfall sicher zu entscheiden vermag“.¹²⁵

120 *Latour*, *Pasteur: guerre et paix des microbes*, S. 179.

121 Siehe auch *Elam*, *Theory, Culture & Society* 16 (1999), 1, 2.

122 *Gröschner*, *Subsumtion – Technik oder Theorie?*, S. 27 f.

123 Zum Judiz siehe etwa *Gröschner*, *Subsumtion – Technik oder Theorie?*, S. 47.

124 *Gröschner*, *JZ* 1987, 903, 904.

125 *Gröschner*, *JZ* 1987, 903, 904.

Die Fähigkeit der Urteilskraft ist die Fähigkeit, „juristische Persönlichkeit“ zu sein; mit einem sicheren Judiz, aber offen „für eine wohlbegründete andere Ansicht“.126 Damit betont *Gröschner* den Selbststand der Jurisprudenz und fordert sie zu „intradisziplinärem Selbstbewusstsein“ vor dem Hintergrund ihrer zweieinhalb Jahrtausende währenden Tradition als „ars boni et aequi“ auf.127 Hier schimmert bereits der naturrechtliche Referenzpunkt der so verstandenen Jurisprudenz auf: *Gröschner* bekennt sich damit zu einer Lesart der aristotelischen Rhetorik, die keineswegs wertneutral ist. Vielmehr dient sie in dieser Exegese explizit auch der „Durchsetzung des Wahren und Gerechten“.128 Der Richter, der über das entsprechende Judiz, das Ethos verfügt, ist der gerechte, der tugendhafte Richter.129 *Gröschner* erblickt daher in der „gerechte[n] Behandlung‘ des Falles“ eine „moralisch[e], alle positiven Rechtspflichten transzendierend[e] Verpflichtung des Richters im Amt“. Es sei gerade „[d]iese gewissengeleitete, vor dem ‚inneren Gerichtshof‘ zu verantwortende Amtsverpflichtung“, die eine Degradierung des Richters zum Subsumtionsautomaten verbiete; denn dergestalt werde zugleich „die Rolle der reflektierenden Urteilskraft“ ignoriert.130

IV. Republikanismus in aristotelischer Absicht

Gröschner kritisiert das syllogistische Subsumtionsmodell fulminant. Und doch reiht er sich nicht in die Reihe postmoderner Kritiken ein. Er bekennt sich zwar zu Enthymematik, Rhetorik, Vagheit und Dekonstruktion. Doch ist die Kluft zu den Logikern dabei nicht so groß, wie es zunächst den

126 *Gröschner*, JZ 1987, 903, 908.

127 *Gröschner*, Die Sprache des Rechts, 203 (204).

128 *Rapp*, Rhetorik Kommentar, S. 82; siehe auch *Becker*, Aristotle and The Philosophy of Law, 109, 117; hierzu im Kontext der Naturrechtsdebatte *Miller*, A Companion to Aristotle's *Politics*, 279, 281; krit. zu dieser axiologischen Lesart der Rhetorik *Salomon*, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, S. 62; *Salomon Shellen*, Natural Law Forum 4 (1959), 72, 79; siehe zu dem Streit insgesamt *Rapp*, Rhetorik Einleitung, 167, 322.

129 Zur naturrechtlichen Dimension dieser Vorstellung von Tugendhaftigkeit siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 611, 613; zum Erfordernis der Tugendhaftigkeit beim Richter des Aristoteles siehe *MacIntyre*, After Virtue, S. 178 f.; zum Verhältnis von Tugend und Recht bei Aristoteles *Sinder*, Die Systematisierung des islamischen Rechts, S. 77 (insb. Fn. 74).

130 *Gröschner*, Subsumtion, 421, 434; zum Verhältnis von Enthymem und Urteilskraft siehe *Zantwijk*, Rechtstheorie 42 (2011), 437, 438.

Anschein hat; denn *Gröschner* bestreitet nicht, dass sich die Ergebnisse der Jurisprudenz in logisch-syllogistischer Form *darstellen* lassen; allein der Möglichkeit einer syllogistischen *Herstellung* von Urteilen erteilt er eine klare Absage.¹³¹ Damit unterscheidet sich sein Modell aber in einem zentralen Punkt kaum mehr von demjenigen eines *Robert Alexy*. Die Distanz zu postmodernen Ansätzen freilich wächst mit der dualistischen wie axiologischen Imprägnierung des *gröschnerschen* Subsumtionsmodells. Seine Begeisterung für das Amtsethos ist wohl kaum Ausdruck eines postmodernen Relativismus; es ist Ausdruck eines axiologisch fundierten Republikanismus. Nicht der Richter macht das Recht, sondern der tugendhafte Richter macht das Recht. Die *gröschnersche* Dekonstruktion unterscheidet sich durch diese axiologische Grundierung von dem „philosophischen *anything goes*“, das der Dekonstruktion im Anschluss an *Jean-François Lyotard* nachhängt und dieser den Ruf einer „prinzipienlosen Bewegung“ eingebracht hat.¹³² Mit dem Ruf nach dem Ethos des Juristen ist *Gröschner* näher bei *Aristoteles* als bei *Jacques Derrida*; das (aristotelische) rhetorische Dreieck jedenfalls gliedert sich in Logos, Ethos und Pathos.¹³³ *Gröschner* selbst zählt sich daher – so scheint es – zu den „ernsthafte[n] Aristoteliker[n]“.¹³⁴ Und vielleicht ist er dort auch ganz gut aufgehoben.

Literaturverzeichnis

- Adeodato, João Maurício*: Rhetorical Construction of Legal Arguments, *International Journal for the Semiotics of Law* 35 (2022), S. 1857–1877.
- Aichele, Alexander*: Enthymematik und Wahrscheinlichkeit. Die epistemologische Rechtfertigung singulärer Urteile in Universaljurisprudenz und Logik der deutschen Aufklärung: Christian Wolff und Alexander Gottlieb Baumgarten, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 495–513.
- Alexy, Robert*: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a.M. 1983 (zitiert als: Theorie der juristischen Argumentation).
- Alexy, Robert*: Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Ders.: Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1995, S. 13–51 (zitiert als: Recht, Vernunft, Diskurs I).

131 *Gröschner*, Subsumtion, 421, 442.

132 *Bertram*, Philosophie der Dekonstruktion, 289, 289. *Bertram* steht dieser Lesart der Dekonstruktion kritisch gegenüber und verweist im Folgenden auf *Derridas* Ethik.

133 Siehe zu diesen Dimensionen von *Schlieffen*, *JZ* 2011, 109, 110.

134 *Gröschner*, Die Sprache des Rechts, 203, 211.

- Alexy, Robert*: Juristische Interpretation, in: Ders.: Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1995, S. 71–92 (zitiert als: Recht, Vernunft, Diskurs II).
- Alexy, Robert/Koch, Hans-Joachim/Kuhlen, Lothar/Rüßmann, Helmut*: Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003.
- Aristoteles*: Rhetorik. Übersetzt und erläutert von Christof Rapp, Halbband 1, Darmstadt 2002.
- Aristoteles*: Analytica Priora. Buch I. Übersetzt und erläutert von Theodor Ebert und Ulrich Nortmann, Darmstadt 2007.
- Bäcker, Carsten*: Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?, *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 404–424.
- Bates, Jr., Clifford Angell*: Law and the Rule of Law and Its Place Relative to *Politeia* in Aristotle's Politics, in: Huppel-Cluysenaer, Liesbeth/Coelho, Nuno M. M. S. (Hrsg.): Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice, Dordrecht u.a. 2013, S. 59–75 (zitiert als: Aristotle and The Philosophy of Law).
- Becker, Marcel*: Aristotelian Ethics and Aristotelian Rhetoric, in: Huppel-Cluysenaer, Liesbeth/Coelho, Nuno M. M. S. (Hrsg.): Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice, Dordrecht u.a. 2013, S. 109–122 (zitiert als: Aristotle and The Philosophy of Law).
- Bertram, Georg W.*: Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern, Andrea/Menke, Christoph (Hrsg.): Philosophie der Dekonstruktion, Frankfurt a.M. 2002, S. 289–310 (zitiert als: Philosophie der Dekonstruktion).
- Buhr, Lorina*: Latours politische (Meta-)Philosophie und der Machtbegriff, in: Schölzel, Hagen (Hrsg.): Der große Leviathan und die Akteur-Netzwerk-Welten. Staatlichkeit und politische Kollektivität im Denken Bruno Latours, Baden-Baden 2019, S. 115–140 (zitiert als: Der große Leviathan und die Akteur-Netzwerk-Welten).
- Bung, Jochen*: Subsumtion und Interpretation, Baden-Baden 2014.
- Christensen, Ralph*: Statement, *Rechtstheorie* 42 (2011) S. 591–594.
- Christensen, Ralph*: Konkretisierung des Gesetzes – linguistisch betrachtet, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.): Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 281–310 (zitiert als: Subsumtion).
- Elam, Mark*: Living Dangerously with Bruno Latour in a Hybrid World, *Theory, Culture & Society* 16 (1999), S. 1–24.
- Engisch, Karl*: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Auflage, Heidelberg 1960.
- Forsthoff, Ernst*: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion, Hans/Forsthoff, Ernst/Weber, Werner (Hrsg.): Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargestellt von Freunden und Schülern, 3. Auflage, Berlin 1994 (zitiert als: FS Schmitt).
- Frohn, Hansgeorg*: Subsumtion – Information – Kommunikation – Automation. Zur Computerisierbarkeit juristischen Arbeitens, *ARSP* 70 (1984), S. 204–228.
- Goethe, Johann Wolfgang von*: Faust. Gesamtausgabe (herausgegeben von Anton Kippenberg), Frankfurt a.M. 1976.
- Gröschner, Rolf*: Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis, Tübingen 1982 (zitiert als: Dialogik und Jurisprudenz).

- Gröschner, Rolf: *Judiz – was ist das und wie läßt es sich erlernen?*, JZ 1987, S. 903–908.
- Gröschner, Rolf: *Justizsyllogismus? Jurisprudenz!*, in: Lerch, Kent (Hrsg.): *Die Sprache des Rechts*, Band 2, Berlin/New York 2005, S. 203–217 (zitiert als: *Sprache des Rechts*).
- Gröschner, Rolf: *Jurisprudenz und Enthymem – eine leidenschaftliche Liaison*, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 515–535.
- Gröschner, Rolf: *Logik und Dialogik der Subsumtion*, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.): *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre*, Tübingen 2012, S. 421–455 (448) (zitiert als: *Subsumtion*).
- Gröschner, Rolf: *Subsumtion – Technik oder Theorie?*, Baden-Baden, 2014.
- Guski, Roman: *Grenzfragen der Subsumtion*, JZ 2020, S. 129–137.
- Hollerbach, Alexander: *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? Zu Ernst Forstoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes“ in der Festschrift für Carl Schmitt*, *AöR* 85 (1960), S. 241–269.
- Jaeger, Werner: *Aristoteles. Grundlegung einer Geschichte und seiner Entwicklung*, Berlin 1923 (zitiert als: *Aristoteles*).
- Kelsen, Hans: *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 2 (1927/28), S. 71–94.
- Kelsen, Hans: *Kausalität und Zurechnung*, *ZöR* 6 (1954), S. 125–151.
- Kelsen, Hans: *Brief vom 6.3.1959*, in: Kelsen, Hans/Klug, Ulrich: *Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien 1981, S. 9 (zitiert als: *Rechtsnormen und logische Analyse*).
- Kelsen, Hans: *Das Problem der Gerechtigkeit*, in: Ders. (Hrsg.): *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt)*, 2. Auflage, Tübingen 2017, S. 611–754 (zitiert als: *Reine Rechtslehre*).
- Klug, Ulrich: *Brief vom 17.7.1959*, in: Kelsen, Hans/Klug, Ulrich: *Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien 1981, S. 30–35 (zitiert als: *Rechtsnormen und logische Analyse*).
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut: *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982 (zitiert als: *Juristische Begründungslehre*).
- Kotsoglou, Kyriakos N.: *Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung*, JZ 2014, S. 451–457.
- Kraus, Manfred: *Deduktion, Reduktion, Kontradiktion: Rhetorische Theorien des Enthymems*, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 417–436.
- Krawietz, Werner: *Haupt- und Gegenströmungen in der juristischen Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen*, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 457–494.
- Ladeur, Karl-Heinz: *Der Wandel der Rechtssemantik in der postmodernen Gesellschaft. Von der Subsumtion zur Abwägung und zu einer Semantik der Netzwerke*, *Rechtstheorie* 45 (2014), S. 467–486.
- Lahusen, Benjamin: *Die neue Post-Moderne. Altes und Neues vom Recht und seiner Methode*, *Rechtstheorie* 37 (2006), S. 489–512.

- Lahusen, Benjamin*: Rechtspositivismus und juristische Methode. Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftfeie, Weilerswist 2011 (zitiert als: Rechtspositivismus und juristische Methode).
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991.
- Latour, Bruno*: Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique, Paris 1991 (zitiert als: Nous n'avons jamais été modernes).
- Latour, Bruno*: Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie, Paris 2004 (zitiert als: Politiques de la nature).
- Latour, Bruno*: Pasteur: guerre et paix des microbes, Paris 2011.
- Latour, Bruno*: Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique, Paris 2015 (zitiert als: Face à Gaïa).
- MacIntyre, Alasdair*: After Virtue. A Study in Moral Theory, London u.a. 2013 (zitiert als: After Virtue).
- Mill, John Stuart*: A System of Logic Ratiocinative and Inductive. Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation, Toronto/Buffalo 1974 (zitiert als: A System of Logic Ratiocinative and Inductive).
- Miller, Jr., Fred D.*: Aristotle on Natural Law and Justice, in: Keyt, David/Miller Jr., Fred D. (Hrsg.): A Companion to Aristotle's *Politics*, Oxford/Cambridge (MA) 1991, S. 279–306 (zitiert als: A Companion to Aristotle's *Politics*).
- Miller, Jr., Fred D.*: Nature, Justice and Rights in Aristotle's *Politics*, Oxford 1995.
- Müller-Mall, Sabine*: Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, Weilerswist 2012 (zitiert als: Performative Rechtserzeugung).
- Neumann, Ulfrid*: Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986.
- Neumann, Ulfrid*: Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.): Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 311–334 (zitiert als: Subsumtion).
- Ogorek, Regina*: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986 (zitiert als: Richterkönig oder Subsumtionsautomat?).
- Oncken, Wilhelm*: Aristoteles und seine Lehre vom Staat, Berlin 1870.
- Petersen, Jens*: Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, Tübingen 2020.
- Philipps, Lothar*: Eine Theorie der unscharfen Subsumtion. Die Subsumtionsschwelle im Lichte der Fuzzy Logic, ARSP 81 (1995), S. 405–417.
- Post, Albert Hermann*: Das Naturgesetz des Rechts. Einleitung in eine Philosophie des Rechts auf Grundlage der modernen empirischen Wissenschaft, Bremen 1867 (zitiert als: Das Naturgesetz des Rechts).
- Post, Albert Hermann*: Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts, Oldenburg 1872.
- Post, Albert Hermann*: Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens. Ein Beitrag zu einer allgemeinen vergleichenden Staats- und Rechtsgeschichte, Oldenburg 1878 (zitiert als: Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens).
- Rapp, Christof*: Einleitung, in: Aristoteles, Rhetorik. Übersetzt und erläutert von Christof Rapp, I. Halbband, Darmstadt 2002, S. 167–384 (zitiert als: Rhetorik Einleitung).

- Rapp, Christof*: [Kommentar], in: Aristoteles, Rhetorik. Übersetzt und erläutert von Christof Rapp, 2. Halbband, Darmstadt 2002 (zitiert als: Rhetorik Kommentar).
- Rapp, Christof*: Aristotelische Grundbegriffe in der Theorie der juristischen Argumentation, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 383–415.
- Ritter, Joachim*: „Naturrecht“ bei Aristoteles. Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts, Stuttgart 1961 (zitiert als: „Naturrecht“ bei Aristoteles).
- Salomon, Max*: Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles. Nebst einem Anhang über den Begriff des Tauschgeschäftes, Leiden 1937 (zitiert als: Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles).
- Salomon Shellens, Max*: Aristotle on Natural Law, *Natural Law Forum*, Band 4 (1959), Nr. 1, S. 72–100.
- Schlieffen, Katharina Gräfin von*: Wie Juristen begründen. Entwurf eines rhetorischen Argumentationsmodells für die Rechtswissenschaft, *JZ* 2011, S. 109–116.
- Schlieffen, Katharina Gräfin von*: Das Enthymem – ein Modell juristischen Begründens, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 601–619.
- Scholz, Leander*: Bruno Latour und die politische Ökologie, in: Schölzel, Hagen (Hrsg.): *Der große Leviathan und die Akteur-Netzwerk-Welten. Staatlichkeit und politische Kollektivität im Denken Bruno Latours*, Baden-Baden 2019, S. 141–154 (zitiert als: *Der große Leviathan und die Akteur-Netzwerk-Welten*).
- Schopenhauer, Arthur*: Vorlesungen über die gesamte Philosophie, in: Mockrauer, Franz (Hrsg.): *Arthur Schopenhauers handschriftlicher Nachlaß. Philosophische Vorlesungen, Erste Hälfte: Theorie des Erkennens*, München 1913, S. 59–551 (zitiert als: *Arthur Schopenhauers handschriftlicher Nachlaß*).
- Schopenhauer, Arthur*: *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Band 2, Darmstadt 1976.
- Simon, Dieter*: Rechtsverständlichkeit, in: Lerch, Kent D. (Hrsg.): *Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht*, Berlin/Boston 2004, S. 405–411 (zitiert als: *Recht verstehen*).
- Sinder, Rike*: Die Systematisierung des islamischen Rechts. Ein Beitrag zur Geschichte teleologischen Naturrechtsdenkens, Tübingen 2020 (zitiert als: *Die Systematisierung des islamischen Rechts*).
- Sprunte, Jürgen*: *Die Enthymentheorie der aristotelischen Rhetorik*, Göttingen 1982.
- Verdross, Alfred*: *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, 2. Auflage, Wien 1963 (zitiert als: *Abendländische Rechtsphilosophie*).
- Vogel, Joachim*: *Juristische Methodik*, Berlin/New York 1998.
- Warnkönig, Leopold August*: *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg 1839.
- Weber, Max*: *Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlaß, Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I: Schriften und Reden, Bd. 22–4: Herrschaft*, Tübingen 2005 (zitiert als: *MWG I 22–4*).
- Weber, Max*: *Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlaß, Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I: Schriften und Reden, Bd. 22–3: Recht*, Tübingen 2010 (zitiert als: *MWG I 22–3*).

- Wittgenstein, Ludwig*: Tagebücher 1914–1916, in: Ders., Werkausgabe Band 1: Tractatus logico-philosophicus. Tagebücher 1914–1916. Philosophische Untersuchungen, Frankfurt a.M. 1984, S. 87–223 (zitiert als: Tagebücher 1914–1916).
- Wörner, Markus H.*: Enthymem – ein Rückgriff auf Aristoteles in systematischer Absicht, in: Ballweg, Ottmar/Seibert, Thomas-Michael (Hrsg.): Rhetorische Rechtstheorie. Theodor Viehweg zum 75. Geburtstag, Freiburg 1982, S. 73–110 (zitiert als: FS Viehweg).
- Zantwijk, Temilo van*: Das Enthymem: Fragmentarische Ordnung und rhetorische Wahrscheinlichkeit, *Rechtstheorie* 42 (2011), S. 437–453.
- Zantwijk, Temilo van*: Subsumtion in aristotelischer Tradition. Juristischer Syllogismus oder rhetorisches Argument?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.): Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 25–42 (zitiert als: Subsumtion).

Wir Ingenieure: Dogmatik durch konstruktive Rechtswissenschaft

Jannis Lennartz

In Erinnerung an Martin Floh

I. Einleitung: Zwischen Wissenschaft und Praxis

In der Dogmatik finden Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zueinander. Aber sie widersetzt sich einer abstrahierenden wissenschaftlichen Beschreibung gerade durch ihre praxisbedingte Vielfalt: Jedes Rechtsgebiet hat seine eigene Dogmatik. Dieser Beitrag nähert sich dem Phänomen daher durch einen Blick auf das, was alle Dogmatiken betrifft: die Bedeutung juristischer Begriffsbildung durch Konstruktion und ihre Veränderung durch die Grundrechtsdogmatik, welche aufgrund ihrer Stellung an der Spitze der Normenhierarchie auch auf eine Vielzahl von Rechtsgebieten und die Konstruktion in ihnen ausstrahlt.

An der Konstruktion als Methode wie am juristisch betriebenen Bedeutungsgewinn der Grundrechte wird zugleich etwas über das Verhältnis von Theorie und Praxis in der deutschen Rechtswissenschaft deutlich: Sie ist ein Fach, das Dinge macht.¹ Wie Ingenieure und Ärzte haben Juristen den Anspruch, an einer wissenschaftlichen Praxis mit Folgen für Leben und Lebenswelt teilzuhaben. Der zentrale Unterschied zu diesen beiden Fächern liegt in dem Umstand, dass unsere Praxis weitgehend in Sprache aufgehoben ist. Gleichwohl entfaltet sie eine soziale Wirkung, die als „institutionelle Tatsache“² funktioniert – Recht wirkt. Die Orientierung des Faches an seinen Folgen in der Welt beschreibt sein funktionales Verhältnis zur Theorie: Während andere Wissenschaften von ihrer Theorie gar nicht zu unterscheiden sind, nutzt der Jurist dergleichen nur dann, wenn es ihm von Nöten scheint. Manchmal braucht man sie, in schwierigen Fällen, im

1 So ist für *Jhering* die Rechtswissenschaft dadurch bestimmt, dass sie sowohl „receptiv“ wie „konstruktiv“ ist – siehe *Jhering*, *Unsere Aufgabe*, 1, 3 f.

2 Zum Begriff *Searle*, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, S. 10.

Alltag aber kaum. Der alltägliche Straßenbau kommt ohne komplizierte physikalische Berechnungen aus, der Richter braucht nur in schweren Fällen seinen *Radbruch*.

Nicht nur die Wirkung des Rechts, sondern auch seine quellenabhängige Geltung prägt den Charakter des Faches: Weil Recht dem Juristen dem Anspruch nach immer der Wille eines Anderen ist, kann er dessen Deutung immer als Beschreibung fassen, auch wenn er diesem Willen zugleich erst seine konkrete Form gibt. Der Verfassungsgeber ist abwesend, die Bedeutung unklar. Aus diesem Grund liegen nicht nur Deskription und Präskription, sondern auch (dogmatische) Wissenschaft und Praxis nah beieinander. Wer sich am Ineinanderfließen von Praxis und Wissenschaft des Rechts in meiner Darstellung stört, dem mag sie wenigstens als Beschreibung der Praxis nützlich sein, welche der Rechtswissenschaft schließlich aufgegeben ist. Der Beitrag beschreibt in einem ersten Schritt die Bedeutung der Dogmatik für die juristische Argumentation (II.), behandelt dann kurz ihre Herstellung durch Konstruktion (III.), um dann auf die bereits angesprochene Entwicklung einzugehen: die Veränderung der Herstellung und Verwendung von Dogmatik durch die Grundrechte (IV.). Der Beitrag schließt mit einem summierenden Fazit (V.).

II. Dogmatik als Sprache der Juristen

Über „Dogmatik“ lässt sich ganz unterschiedlich sprechen: Als abstrakter Gegenstand wird sie zumeist abgehoben von konkreten dogmatischen Figuren oder Rechtsgebieten gelobt oder kritisiert. Einzelne dogmatische Figuren werden in ihren Rechtsgebieten zwar nicht nur verwandt, sondern auch kritisiert und zuweilen verwandelt, sind aber kaum je Anlass für eine Reflektion, die den konkreten Anwendungsbereich übersteigt. Dabei werden an konkreten dogmatischen Beispielen generelle Eigenschaften von Dogmatik deutlich. Abschließend für diesen Abschnitt wird die mit diesen Eigenschaften verbundene Folge für die Dogmatik beschrieben: Der mit ihrer in der Verwendung distinkter Begriffe wurzelnden Formalität verbundene Selbststand der juristischen Argumentation und dessen freilich im konkreten Fall immer nur zu erhoffende Vorteile.

1. „Dogmatik“ im Vogelflug

Kritik wie Lob der Rechtsdogmatik haben oft einen abstrakten Charakter: Im Vogelflug geht es um „die Dogmatik“, nicht darum, was sich anhand einzelner Figuren über diese sagen lässt. Diese Perspektive beschränkt den Erkenntnisgewinn, ganz unabhängig davon, ob eine affirmative oder eine kritische Position eingenommen wird. Reflektieren Autoren, die selbst erfolgreich Rechtsdogmatik betreiben, über ihre abstrakten Leistungen und Ziele, so sind diese wenig umstritten: „Selten hat in der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft eine methodische Vorstellung sich als derart langlebig und widerstandsfähig erwiesen wie die von der Notwendigkeit einer dogmatischen Behandlung des geltenden Rechts.“³ Die dogmatische Ordnung des Rechts dient Effizienz und Gerechtigkeit.⁴ Solche Charakterisierungen sagen nicht unbedingt, was Dogmatik eigentlich ist, machen aber zumindest deutlich, wie nah „Dogmatik“ und „Rechtswissenschaft“ beieinander liegen.⁵

Das Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik ist demgegenüber kein einfaches. Einerseits scheint es dem Theoretiker fast Ehrensache, der Dogmatik kritisch gegenüberzustehen. Andererseits verbleibt seine Kritik oft im Abstrakten. Konkrete Dogmatik findet wenig Beachtung. Die Physiognomie der Rechtstheorie kennzeichnet zum einen die immer wiederkehrende Kritik am Subsumtionsideal, damit an der Erkenntnissicherheit juristischer Arbeit, zum anderen der stete Drang, diesen Mangel durch eine Betrachtung der Bestimmungsgründe des Rechts auszugleichen. Seit *Jherings* Wende zum Zweck tasten Rechtstheorie und Methodenlehre unter den juristischen Formen nach dem Puls des Lebens (Zwecken, Interessen, später: Ideologie).⁶ Auch jenseits einer marxistischen Position, die Recht entweder als bloßen Überbau materieller Lagen oder als den Einzelnen durch Vereinzelung entfremdendes System subjektiver Rechte beschreibt, wird Dogmatik schnell der Schleier, den man wegreißen muss, um zu den wahren Phänomenen zu gelangen. Der Blick auf dessen Gewebe, damit auch auf den eigenen Gegenstand, und die Methoden des Umgehens mit diesem wird durch den hektischen Versuch gestört, mit den unterschiedlichen Instrumenten von Nachbarfächern, insbesondere der Geistes- und

3 *Flohr*, Rechtsdogmatik in England, S. 30.

4 Hierzu *Flohr*, Rechtsdogmatik in England, S. 28.

5 M.w.N. *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 149; *Flohr*, Rechtsdogmatik in England, S. 33 f., 36 f.

6 Zur Methodenlehre der Bundesrepublik *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 57 ff.

Sozialwissenschaften, die Bedingungsgründe auszuloten, die hinter der Rechtssprache und ihren Verwendern in juristischer Praxis stehen. Der Wunsch, aufzudecken, übersteigt dabei oft den Wunsch, zu beschreiben.

Die Ausrichtung der Rechtstheorie hat unmittelbare Folgen für die Methodenlehre: Methodenlehre ist angewandte Rechtstheorie. Juristische Methodenlehre entbehrt der positiven Anordnung, auch wenn es in Deutschland wie anderswo immer wieder auch positivierte Anwendungsregeln gibt. Weil die Methode nicht unmittelbar aus dem Rechtsstoff folgt, ist sie zwangsläufig (auch) Sache der Theorie.⁷

Methodenlehre meint regelmäßig die Methode der Anwendung des Rechts, den Weg von der abstrakten Norm zur konkreten Entscheidung. Klassisch erfolgt dieser über Interpretation und Subsumtion, wobei regelmäßig die Ebene der Interpretation einen Schwerpunkt praktischer wie wissenschaftlicher Auseinandersetzung bietet. Die Konstruktion war bis in die Weimarer Republik hinein eine selbstverständliche Methode juristischer Begriffsbildung und damit notwendiges Korrelat zur Interpretation, ist aber in einer Art akademischem Betriebsunfall verloren gegangen (hierzu in III.2.). Dabei wird natürlich fleißig weiter konstruiert, aber die Methodenlehre ist diesbezüglich eben sprachlos. Außerdem fallen Argumentationsformen wie Analogie und teleologische Reduktion in die Methodenlehre, weiter auch das Argument kraft Natur der Sache.

Im Lehrbetrieb wie in wissenschaftlichen Diskussionen hat Methodenlehre eher eine Randposition, was auch daran liegt, dass jedes Fach eine eigene Methode hat – auch in einer Zivilrechtsvorlesung lerne ich eine Methode, nämlich wie ich Fälle des Zivilrechts löse. Ganz ähnlich in der Grundrechtsvorlesung, in der ich nicht nur die Grundrechte als solche kennenlerne, sondern auch, mit ihnen umzugehen – mit einer spezifischen Prüfungsfolge, die sich an einer Reihe von Ordnungsbegriffen orientiert. Natürlich wird eine Vorlesung nicht der Schlüssel zu allen anderen sein. Aber die Methodenlehre muss für diese Vielzahl von bereichsspezifischen Methoden eine einigende Klammer sein. Zugleich sollte die Rechtstheorie, die sich oft genug damit begnügt, mit einer eingebildeten Außenperspektive kritisch auf das Recht zu schauen, vielleicht besser zu beschreiben suchen, wie die Arbeit im Weinberg des Rechts funktioniert. Hinsichtlich der Motive und Interessen der Akteure sollte es weniger um Entlarvung und mehr um eine möglichst genaue Beschreibung ihrer Einbringung in das Recht gehen.

7 Zu diesem Zusammenhang *Grimm*, Methode als Machtfaktor.

2. Dogmatische Begriffe als Bestandteil juristischer Argumentation

Der Blick auf die Verwendung dogmatischer Bausteine in der juristischen Argumentation – von Rechtsanwälten in Schriftsätzen, Richtern in Urteilen, Wissenschaftlern in Aufsätzen – führt zu einer einfachen Definition: Dogmatik besteht aus jenen Begriffen, die Aussagen über das Recht enthalten, ohne selbst aus einer Rechtsquelle zu folgen. Die juristische Argumentation ist voll mit ihnen: Ohne eine Vorstellung vom subjektiven öffentlichen Recht kann ich die Vielzahl an Gewähungen des Verwaltungsrechtes, die oft nicht wirklich ins Auge springen (man denke an das Drittschutz begründende „einfügt“ des BauGB), nicht unter § 42 II VwGO fügen. Ohne die Einteilung der Arbeitsschritte in der Bearbeitung eines Grundrechtsfalls durch die Unterscheidung von Schutzbereich – Eingriff – Schranke oder eines Strafrechtsfalls nach Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld kollabiert die Prüfung in ein Sammelsurium von Argumenten.⁸

Dogmatische Begriffe behaupten regelmäßig einen Bezug zu den Rechtsquellen, dabei kann dieser Bezug sehr eng oder aber sehr weit sein: Das „Besondere Gewaltverhältnis“, mit dem Schüler, Beamte und Strafgefangene in ein öffentlich-rechtliches Sonderregime versetzt wurden, ist genau wie die erst spät in das Bürgerliche Gesetzbuch überführte culpa in contrahendo ein Beispiel für eine Dogmatik, die keinen Anker in konkreten Normen vorweisen kann und doch auch ohne sie lange Bestand und Wirkung haben konnte. Am Ende fiel die eine außer Gebrauch und die andere wurde Gesetz. Dogmatische Begriffe weisen regelmäßig neben der Behauptung einer Ableitung aus einer Quelle auch einen Bezug zum bestehenden dogmatischen Rahmen auf. Freilich kann sich dieser mit neuen Begriffen ändern – darin liegt der größte Erfolg juristischer Arbeit: Nicht man selbst, die anderen passen sich an. Solche Innovationen sind gleichwohl selten – eine vielversprechende Möglichkeit, sie zu erreichen, liegt heute in der Verwendung der Grundrechte (siehe unten, in IV.).

Dogmatische Begriffe dienen der konkreten juristischen Argumentation am Fall als Infrastruktur, derer wir uns bedienen können. Sie ist das Ergebnis juristischer Arbeitsteilung: Vor allem Wissenschaftler und Obergerichte konstruieren Dogmatik durch Begriffsarbeit. So entstehen Readymades für

8 Zum Inhalt juristischer Argumentation *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. III ff. Zum Anfang des modernen Verständnisses von Dogmatik *Flohr*, Rechtsdogmatik in England, S. 27.

die Arbeit am Fall.⁹ Rechtsanwälte und Amtsrichter entnehmen sie Literatur und Urteilen und verwenden diese Bausteine dann in ihrer Arbeit. Die durch diese Bausteine gebildete begriffliche Infrastruktur juristischer Argumentation ist oft sehr viel länger am Platze als die Rechtsquellen, auf die sie sich doch bezieht. Das gilt etwa für die Grundbegriffe des konstitutionalistischen Staatsrechts – Gesetzesbegriff, Kompetenzbegriff, Organbegriff – die sich über mehrere Verfassungen und Staatsformen hinweg gehalten haben und immer noch hartnäckig die Arbeit im Verfassungsrecht der Bundesrepublik beeinflussen. Diese Permanenz widerlegt eine der bekanntesten Kritiken des Selbststandes – und damit der Wissenschaftlichkeit – juristischer Arbeit, geäußert in *von Kirchmanns* Vortrag von 1848 vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin: „Die Juristen sind ‚Würmer‘, die nur vom faulen Holz leben; von dem gesunden sich wendend, ist es nur das Kranke, in dem sie nisten und weben. Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“¹⁰ Die dogmatische Praxis beweist seit mehr als 170 Jahren das Gegenteil: Der Anteil der Juristen am Recht ist auch vor dem Hintergrund einer voluntativen Rechtsquellenlehre und positiven Gesetzen und Verfassungen beständig groß.

3. Im Recht sprechen: Selbststand dank Formalität

Jeder kann über Recht sprechen und sich mit seinen Quellen befassen. Aber nur ein Sprechen mit den Begriffen der Dogmatik wird als juristisches Sprechen bei Juristen Akzeptanz finden. So impliziert Dogmatik eine Begrenzung der möglichen Argumente wie der kompetenten Sprecher. Nicht jede Aussage über das Recht ist dabei (unabhängig von einem moralisch bedingten Vorverständnis) gleich akzeptanzfähig. Eine Aussage muss regel-

9 Begriffsarbeit durch Wissenschaftler und die formale Natur der Rechtssprache sind ein deutsches Steckenpferd, aber weder eine rein deutsche Besonderheit noch ein rein deutsches Bedürfnis: Für den Common Law-Rechtskreis *Flohr*, Rechtsdogmatik in England; in den USA in diese Richtung der „Pragmatic Conceptualism“ bei *Goldberg/Zipursky*, *Recognizing Wrongs*, S. 5 ff. Schließlich vergleichend *Möllers/Birkenkötter*, *IJCL* 12 (2014), 603.

10 *von Kirchmann*, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, S. 23. Zur begrenzten Reichweite von *von Kirchmanns* Aussage im Kontext bereits *Jhering*, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, S. 49.

mäßig die Dogmatik als bestehende „Lehre“ beachten, sich in sie einfügen. Weil ein Sprechen im Recht Kenntnis dieser Lehre voraussetzt, begrenzt Dogmatik auch den Teilnehmerkreis: Juristen bilden keine geschlossene, aber doch eine durch Zugangshürden relativ exklusive Interpretengemeinschaft.¹¹ In der von ihr verwandten Rechtssprache und der Methode ihrer Herstellung und Verwendung liegt für viele das Proprium rechtswissenschaftlicher Arbeit,¹² genauer im damit verbundenen Anspruch auf das Ordnen und Bessern der Praxis.¹³

Zentrale Eigenschaft und Leistung der juristischen Argumentation ist danach ihre Formalität und ihre damit verbundene Filter-Leistung. Jede juristische Argumentation betrifft Interessen und Werte, oft tiefsitzende moralische Überzeugungen. Aber diese werden nur in den Argumenten der Rechtssprache verhandelt. Der Gestus der Entlarvung, mit dem hierauf zuweilen reagiert wird – insbesondere in alter marxistischer Rechtskritik – ist aber gerade verfehlt. Natürlich versuchen Juristen die ganze Zeit, ihr individuelles Wollen in das kollektive Sollen hineinzutragen, gerade im politiknahen Verfassungsrecht: Politische Auffassung und juristische Auslegung korrelieren oft. Auch ohne eigene Interessen ist die Membran zwischen Recht und Nicht-Recht im Verfassungsrecht besonders dünn.¹⁴ Das ändert aber nichts daran, dass man das, was man will, nur auf eine bestimmte Art und Weise sagen kann. Diese Begrenzung hat eine spezifische Funktion. Sie privilegiert bestimmte Argumente vor anderen und hat hoffentlich einen rationalisierten und befriedigenden Effekt. Gleichzeitig beschränkt es den Sprecherkreis, indem er die erfolgreiche Teilnahme am Gespräch auf solche Personen begrenzt, die die Sprache der Rechtswissenschaft – Dogmatik – beherrschen. Wie sehr man auf die rationalisierende Wirkung der Rechtssprache als Filter vertraut, hängt auch wieder an philosophischen Vorannahmen. *Habermas* ist seit seiner Wende zum Verfassungsrecht ein Anhänger dieser Funktion des Rechts. Wer mit *Nietzsche* oder *Foucault*

11 Für eine offene Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten *Häberle*, JZ 1975, 297.

12 Interessanterweise ist für Autoren wie *Jhering* oder *v. Kirchmann* gerade der Positivismus, damit die Kontingenz des Rechts in ihre Abhängigkeit vom Willen der Regierenden, eine besondere Bedrohung, siehe *von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S.20 ff.; *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, S. 55 ff. Dabei suchen sich Naturwissenschaftler auch nicht die Natur aus, sondern beschreiben und arbeiten mit dem, was sie auffinden.

13 *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, S. 92.

14 Ein klassisches Beispiel hierfür ist die Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 34, 269.

Sprache und Interpretation immer als Ausdruck von Machtlagen versteht, wird kaum an sie glauben.

III. Zur Konstruktion von Dogmatik

1. Konstruktion im juristische Handwerkskasten

Wie entsteht Dogmatik? Juristen gewinnen sie mit den Instrumenten der Methodenlehre einer Rechtsquelle – Grundgesetz, AEUV, einem beliebigen Gesetz, einer Verordnung, und so weiter – ab. Deren klassische Instrumente sind Interpretation und Konstruktion. Mit beiden lassen sich dogmatische Begriffe bilden: Während die Interpretation sie einer konkreten Quelle abgewinnt,¹⁵ hängt die Begriffsbildung durch Konstruktion traditionell an einem Wandern des Blicks. Dieser findet Gemeinsamkeiten zwischen Normen und fügt sie anschließend zu Begriffen: „Der Gegensatz der höheren zur niederen Jurisprudenz bestimmt sich durch den Gegensatz des Rechtsbegriffes zu der Rechtsregel, und den Uebergang des Rechts aus dem niederen in den höhern Aggregatzustand vermittelt die juristische Construction, indem sie den gegebenen Rohstoff zu Begriffen verflüchtigt.“¹⁶

Ein klassisches und in seiner induktiven Methode eindrückliches Beispiel ist die Entwicklung der Vertrauenshaftung durch *Canaris*.¹⁷ Auch die Strukturprinzipien des Grundgesetzes wie das Rechtsstaatsprinzip sind zwar im Text angelegt, doch in ihrer Struktur als Sammelbezeichnungen viel eher das Werk von Konstruktion als von Interpretation. An diesen in der Bundesrepublik wirksamen Beispielen wird zugleich deutlich, dass die Konstruktion ein Faktor juristischer Arbeit ist, auch lange nachdem sie aus Darstellungen der Methodenlehre herausgefallen ist (dazu sogleich).

Bei aller Nützlichkeit, neben der Interpretation eine weitere Bezeichnung für die juristische Arbeit im juristischen Handwerkskasten zu haben: Ich glaube nicht an eine Theorie der Konstruktion im Sinne einer abschließen-

15 Dies teilweise auch mit Blick auf andere Normen, nämlich in der systematischen Auslegung. Aber auch dieses Schweifen des Blicks dient der Explikation der Bedeutung einer gegenständlichen Norm.

16 *Jhering*, *Unsere Aufgabe*, I, 9. Zur Methode der Konstruktion auch *Flohr*, *Rechtsdogmatik in England*, S. 39 ff.

17 Siehe *Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Für weitere Beispiele *Flohr*, *Rechtsdogmatik in England*, S. 39.

den Lehre der juristischen Begriffsbildung.¹⁸ Dogmatische Arbeit liefe in zu engen Bahnen, wenn der Quellgang die *eine* feste Form hätte. Praxis würde eine solche Theorie (jedenfalls in Fällen gesteigerter Dringlichkeit) kaum beachten.

2. Das Verschwinden der Konstruktion aus der Methodenlehre

Im 19. Jahrhundert sind Interpretation und Konstruktion die selbstverständlichen Instrumente juristischer Arbeit. Wissenschaftliche Wertschätzung genießt dabei die Konstruktion: *Jhering* beschreibt ihr gegenüber die Interpretation als „die absolut niedrigste Stufe aller wissenschaftlichen Tätigkeit“.¹⁹ Freilich ist er nach seiner Wende²⁰ auch einer der großen Kritiker autonomer juristischer Begriffsbildung, die er in „Scherz und Ernst“ anhand von Gerätschaften wie der Haarspaltemaschine verspottet.²¹ Mit dieser Wende zur Begriffskritik trägt *Jhering* maßgeblich zum Popanz der „Begriffsjurisprudenz“ bei, dem das Geschichtsbild der bundesrepublikanischen Methodenlehre lange anhängt und die erst durch jüngere rechtshistorische Arbeiten als einseitig ausgewiesen wurde.²²

Der unausgesprochene und zumindest teilweise unreflektierte Hintergrund dieser Austreibung ist die Veränderung der Rechtsquellenlehre im Gefolge der Kodifikationswelle im Kaiserreich, die 1900 im Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Hochpunkt findet. Die Rechtsquelle zieht von Rom nach Berlin, statt toter römischer Juristen ist das Recht plötzlich die Sache sehr lebendiger Abgeordneter und Beamter in der Ministerialbürokratie des Reiches.

Das zurecht aus dem Gebrauch gekommene Wort „Rechtsstoff“ macht die quellenbedingte Veränderung im rechtswissenschaftlichen Sprechen von der juristischen Methode besonders deutlich. Es passte gut zu *Jherings* Umgang mit dem römischen Recht, für den der Meister selbst mit Vorliebe

18 Klassisch zur juristischen Begriffsbildung: *Jhering*, *Unsere Aufgabe*, 1, 1, und *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*.

19 *Jhering*, *Unsere Aufgabe*, 1, 7 f.

20 Hierzu *Fikentscher*, *Methoden des Rechts* III, S. 201 ff.

21 *Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, S. 257.

22 Siehe *Falk*, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, sowie *Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*; hierzu *Flohr*, *Rechtsdogmatik in England*, S. 31; *Lennartz*, *Dogmatik als Methode*, S. 27 ff.

naturwissenschaftliche Methoden bemühte („Filtration“ usw.).²³ Es zeigt das Souveränitätsgefühl eines wissenschaftlichen Juristen des 19. Jahrhunderts, der römische Fragmente kompiliert und für gegenwärtige Probleme so nutzbar macht, wie er es richtig findet. Aber sein Begriffshimmel ist eben einer für Romanisten.²⁴ Dergleichen passt schlecht zur Demut vor dem parlamentarischen Gesetzgeber. Unabhängig von dem, was man macht: Wenn einem die Quelle mit mehr Autorität gegenübersteht, muss man das, was man macht, jedenfalls vorsichtiger und weniger selbstherrlich beschreiben. Die Spanne zwischen *Jherings* Geist und *Hecks* Interessenjurisprudenz mit den Richtern als „denkenden Gehilfen“²⁵ findet ihren Grund also nicht zuletzt darin, dass sich eben das Recht selbst geändert hat. Begriffsbildung findet aber weiterhin statt und wird auch immer wieder methodisch und theoretisch beschrieben – nicht zuletzt von *Heck* selbst.

IV. Grundrechte und Vertikaldogmatik

Während die dogmatische Arbeit eine von der Methodendiskussion wenig versprachlichte Konstanz aufweist – es wird munter weiter konstruiert –, so hat sie sich mit dem Aufstieg der Grundrechte doch deutlich verändert: Neue Dogmatik entsteht nicht mehr nur durch horizontale Begriffsbildung, sondern häufiger durch grundrechtsbasierte, vertikale Intervention. Mit den Grundrechten wird die Normenhierarchie in der Rechtspraxis wichtiger und kommt in der Methodik an: Konstruktion ist immer mehr juristischer Hochbau in der Normenpyramide. Diese Entwicklung soll im Folgenden umrissen werden.

1. Gesetzespositivismus unter dem Begriffshimmel der Verfassung

a) „Wo aber Gefahr ist, wächst / Das Rettende auch“

Die Rechtsquellenlehre der deutschen Rechtswissenschaft kennt zwei bedeutende Weichenstellungen, die das Verhältnis der juristischen Akteure

23 Zur naturhistorischen Methode *Kroppenberg*, Die Plastik des Rechts.

24 *Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 249.

25 *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 4.

– Wissenschaftler, Richter, Gesetzgeber²⁶ – sowie die zur Anwendung gebrachte Methode prägen.²⁷ Den im BGB mündenden Aufstieg des Gesetzes und damit eines voluntativen Rechtsbegriffes zum einen: Er legt Juristen enger als früher an die Kette des politischen Willens, dessen moderne Form das Parlamentsgesetz darstellt.²⁸ Zum anderen aber die bald folgende Einfassung des Gesetzgebers und sonstiger staatlicher Stellen durch eine dank der Grundrechtsgewährungen materiell gehaltvolle Verfassung: 1919 durch die Verfassung der ersten deutschen Republik, der Weimarer Reichsverfassung. Mit der WRV beginnt das Experimentieren, was man als Jurist mit der Verfassung und insbesondere den Grundrechten an genuin juristischem Gestaltungspotential hat.²⁹ Die Einführung eines starken Verfassungsgerichts durch das Grundgesetz verstetigte und verstärkte diese Entwicklung, indem ein Gremium von Juristen unter die Verfassungsorgane trat und nun juristische Meinung unmittelbar in zwingende Geltung überführen konnte.³⁰

Die Verfassung bestimmt zwar, wie aus Politik durch politische Ämter Recht wird. Die vor allem vom Bundesverfassungsgericht betriebene Verfassungsdogmatik bestimmt aber gleichzeitig darüber, welchen Anteil die Juristen an diesem Geschäft haben.³¹ Es ist nicht ohne Witz, dass die positivistische Rechtsquellenlehre die Jurisprudenz erst per Gesetz bindet, ihr dann aber durch die Verfassung mit ihrem stets abwesenden Autor einen viel sichereren Grund im Verhältnis zur Politik gibt. Begriffe wie der der Gerechtigkeit, lange ein Banner der Antipositivisten, haben plötzlich einen positiven Anker im Verfassungsrecht. Mit der Wertordnung lässt sich das „innere System“ aushärten.

Die Einführung neuer Belange und neuer Begriffe erfolgt seit den bezeichneten Weichenstellungen durch den demokratischen Gesetzgeber, aber auch durch Juristen. Das Grundgesetz ist hierfür das beste Instrument.

26 Für eine Darstellung der deutschen Rechtsgeschichte anhand dieser drei Akteursgruppen siehe *Vogenauer*, CLJ, 64 (2005), 481; *Vogenauer*, OJLS, 26 (2006), 627. Für eine solche Darstellung für das bundesrepublikanische Verfassungsrecht siehe *Schlink*, Der Staat 28 (1989), 161.

27 Für eine magistrale Darstellung der Methodenlehre gerade in ihrem Zusammenhang mit der Rechtsquellenlehre siehe *Schröder*, Recht als Wissenschaft.

28 Hierzu *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 15 ff.

29 Hierzu *Caldwell*, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law, S. 120 ff.

30 Zur Geschichte des Gerichts siehe *Collins*, Democracy's Guardian; zu seiner nötigen Kritik *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht.

31 Zur Bedeutung der Grundrechtsdogmatik *Lennartz*, 70 Jahre Grundgesetz, S. 67.

Es steht an der Spitze der Normenhierarchie, ist methodisch zugleich eine Art Trichteraufsatz: Belange werden durch Interpretation oder Konstruktion in der Verfassung aufgefunden und fließen von dort in die verschiedenen Fächer hinunter. Die Verfassung dient so als positiver Begriffshimmel, in welchem Juristen Belange auf tun und zumindest teilweise am Gesetzgeber vorbei implementieren können.

b) Der politische Gebrauch des Grundgesetzes

Ist die Verfassung ein sicherer Hafen, aus dem Juristen Kaperfahrten in den politischen Raum starten?³² Das Grundgesetz, die Grundrechte und die für sie entwickelte und akzeptierte Dogmatik gibt Juristen eine Möglichkeit, ihr individuelles Wollen als kollektives Sollen in der Verfassung „aufzufinden“ und so Politikern und Bürgern, selbst dem Gesetzgeber zu oktroyieren. Diese Möglichkeit wird allerdings nur um den Preis einer stärkeren politischen Exposition juristischer Arbeit erreicht. Überhaupt ist die durch das Grundgesetz (zurück)erlangte Autonomie eine relative: Denn in einer Republik sitzen die politischen Ämter immer am längeren Hebel, weil sie die Verfassung ändern und im langen Zeitlauf das Personal im Verfassungsgericht austauschen können (wenn sie sich denn einig sind). Einseitig wäre die Beschreibung einer Präponderanz des Rechts vor der Politik aber auch deshalb, weil die Einwirkung auf die Politik nur um den Preis einer gewissen Politisierung des Rechts zu haben ist. *Luhmann* hat die Verfassung hellsehtig als Kopplung von Recht und Politik beschrieben.³³ Auch ohne der Systemtheorie anzuhängen, kann man das Changieren der Verfassung zwischen beiden Feldern so gut beschrieben finden.

In der bundesrepublikanischen Konstellation der Kopplung begründen auch Politiker ihr Tun gerne mit der Verfassung. Hier zeigt sich, dass die Grundrechte ein unumstrittener Teil der Erfolgsgeschichte von Grundgesetz und Bundesrepublik sind. Dabei dauerte es lange, bis Grundrechte und Grundgesetz eine starke Stellung im allgemeinen Bewusstsein bekamen.³⁴ In der Bundesrepublik, wie im Westen insgesamt in Bezug auf die Menschenrechte, hängt diese Entwicklung mit der Domestizierung konservativer Positionen zum einen, zum anderen mit dem Verlust an Alternativen

32 Zu Tendenzen in diese Richtung *Moes*, FAZ v. 10.2.2022, S. 6.

33 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 470.

34 *Waldhoff*, Das andere Grundgesetz; *Lennartz*, 70 Jahre Grundgesetz, S. 67.

auf Seiten der Linken zusammen. Mit dem Ableben sozialistischer Utopien³⁵ findet auch die deutsche Linke zur liberalen Semantik der Grundrechte; das paradigmatische Beispiel ist die sich verändernde Rolle des Verfassungsrechts im Werk von *Habermas*: Während er früher die Degradierung der Bürger zu einem mit subjektiven Rechten stählern ausgekleideten Konsumenten beklagte, fasst er später Demokratie und Menschenrechte als legitime Selbstbeschreibung im Verfassungspatriotismus und vermählt dann in Faktizität und Geltung beide umständlich.

Freilich gibt es auch Nachteile dieser Hinwendung. Der Selbststand der juristischen Begriffe und damit die Filterfunktion der Dogmatik wird bedroht, wenn das Recht als Argument in der politischen Arena *zu* beliebt wird. Wer ständig Grundrechte im Munde führt, bildet sich auch ein, deren Bedeutung und Reichweite gut zu kennen. Auch jene, denen das Pochen auf den Selbststand des Rechts als eine Marotte für Bewohner von *Jherings* Begriffshimmel erscheint, sollten die praktischen Folgen der Nähe von Politik und Verfassungsrecht aufmerksam verfolgen. So hat die Bundeskanzlerin Merkel nicht nur ihre Flüchtlingspolitik, sondern auch die Corona-Maßnahmen, immerhin die größten Freiheitseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik, mit der Menschenwürde begründet.³⁶ Die Funktion der Grundrechte, individuelle Freiheit gegen Andere zu schützen, ist bedroht, wenn sie der Selbstbeschreibung der Mehrheit durch die mächtigste Person im Land dienen. In einer liberalen Perspektive würde man Grundrechten weniger sozialen Nutzen abverlangen, sondern Demokratie so gut es geht um durch sie verbürgte Freiheitsausübungen drumherum machen.

Unabhängig von der Dogmatik haben es manche Belange in der Argumentation mit Grundrechten leichter als andere. Auf einer ganz allgemeinen Ebene: individuelle Belange haben es ob der Durchformung der Rechtsordnung und des Prozessrechts anhand von subjektiven Rechten, insbesondere Grundrechten, leichter als kollektive. Das merkt man nicht zuletzt daran, dass selbst solche Belange, die erst einmal wenig mit subjektiven Rechten zu tun haben, in dieser Form verhandelt werden: Zum Klimaschutz werden die Rechte zukünftiger Menschen herangezogen, dabei setzt Rechtsträgerschaft Rechtsperson und diese wiederum Existenz voraus.

35 Zur Parallelentwicklung im Umgang mit den Menschenrechten als (arg bescheidene) politische Utopie in verschiedenen westlichen Ländern *Moyn*, *The Last Utopia*.

36 FAZ v. 31.10.2021, S. 3. Interessanterweise nennt sie Menschenwürde auch zur Begründung ihrer Flüchtlingspolitik, siehe eine entsprechende Äußerung in der ARD-Dokumentation „Angela Merkel – Im Lauf der Zeit“.

Aber das Gefühl moralischer Dringlichkeit ist anscheinend so ausgeprägt, dass man sonst respektierte Grundsätze durchstoßen kann; je nach individueller Auffassung hat man hier einen dogmatisch bedenklichen, politisch übergriffigen Fehler oder eine juristische Großtat, welche eben zu einer neuen Dogmatik führt.

c) Verhältnismäßigkeit statt Begriffsarbeit

Die Lage der deutschen Rechtswissenschaft ist dank des Grundgesetzes heute wieder wie im 19. Jahrhundert durch den Bestand eines Systems gekennzeichnet. Freilich ist es ein System, das, anders als die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts, mehr auf das innere als das äußere System vertraut: Eine Ordnung von in den Normen vorzufindenden Werten („inneres System“), keine begriffliche Ordnung der Normen („äußeres System“).³⁷ Die Wertordnung lässt grüßen!

Damit korrespondiert eine andere Methode im Umgang mit dem Recht: Betrachtet man die Grundrechtsdogmatik, so fällt auf, dass Begriffsarbeit in ihr zwar selbstverständlich vorkommt, insgesamt und im Vergleich zu anderen juristischen Fächern aber einen eher geringen Stellenwert hat. Der Zugang in den Schutzbereich eines Grundrechts hängt regelmäßig an der Subsumtion eines Verhaltens oder Zustandes unter einen sehr weit gefassten Begriff, der darob wenig scharfe Kanten aufweist.³⁸ Die tatsächliche Zuweisung von Rechtspositionen wird abschließend im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ermittelt.³⁹ Diese Methode ist nützlich, gerade weil sie ohne begriffliche Festlegung Flexibilität bei der Begründung von Entscheidungen gibt. Nicht umsonst ist die Verhältnismäßigkeit ein Instrument, dessen sich unter anderem auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sowie der Europäische Gerichtshof gerne bedienen.⁴⁰

37 Zu der Unterscheidung bei *Larenz* und *Canaris* siehe *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 64 ff. Ursprünglich stammt sie von *Heck*.

38 Zur Prüfungsfolge der Grundrechtsprüfung *Dreier*, in: *Dreier GG I*, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 119; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, S. 54 ff.; zu ihrer Entwicklung *Bumke*, AöR 144 (2019), S. 1, 47.

39 Zur Verhältnismäßigkeit als Methode *Urbina*, A Critique of Proportionality and Balancing.

40 Zur damit verbundenen Einwirkung auf nationale Demokratien *Schorkopf*, ZaöRV 82 (2022), 19.

2. Vertikaldogmatik: Konstruktion im Stufenbau des Rechts

Die Grundrechtsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts beschränkt sich in ihrer Reichweite nicht auf das eigene Feld, sondern wirkt auf die Rechtspraxis in einer Vielzahl von Rechtsgebieten mit ihren jeweiligen Bereichsdogmatiken ein. Diese Dogmatiken müssen mit dem Verfassungsrecht umgehen. Gleiches gilt für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, insbesondere in Bezug auf europäische Grundrechte und zunehmend auch Grundwerte. Die Verhältnisse, in denen Grundrechte zur Anwendung gebracht werden, sind regelmäßig durch Normen vorgeprägt: Grundrechtsdogmatik greift in Verwaltungsrecht, Zivilrecht, Strafrecht ein. Vertikale Eingriffe werden nicht nur von Fachdogmatikern oft als Eingriff verstanden,⁴¹ sondern auch theoretisch als Konsistenzverlust beschrieben. So etwa bei Niklas Luhmann, der beschreibt, wie „traditionelle Formen der Konsistenzprüfung an Hand von gerichtlichen Fallentscheidungen und der sehr zähflüssig sich entwickelnden Rechtsdogmatik“ durch wertorientierte Verfassungsinterpretation „überbaut und mediatisiert“ wird.⁴² Aus der juristischen Praxis sind sie aber nicht mehr wegzudenken. Oft gibt das höherrangige Recht keine bestimmte Regelungsmethode, damit nicht den Weg, sondern nur ein Ergebnis vor. Die Normenhierarchie ist im Übrigen ein außerordentlich offenes Modell, bei dem erst einmal unklar bleibt, wie die Ebenen miteinander interagieren: Der dogmatische Aufwand um die (wieder umstrittene) Reichweite der Grundrechte im Zivilrecht ist hierfür ein jedem deutschen Juristen bekanntes Beispiel.

Kollisionen innerhalb der Hierarchie werden (auch) durch allgemeine Regeln behandelt: Das „Bundesrecht bricht Landesrecht“ des Art. 31 GG ist ebenso ein Beispiel wie der vom EuGH entwickelte Anwendungsvorrang, der bekanntlich keine generelle Nichtigkeit der staatlichen Regelung zur Folge hat. Kollisionen können aber auch durch Juristen für einen konkreten Fall „gelöst“ werden. Die Technik der Lösung ist die verfassungskonforme, später auch die unionsrechtskonforme Auslegung. Zugleich muss das Verhältnis und die Reichweite des höherrangigen Rechts abstrakt beschrie-

41 Als Beispiel für eine solche grundrechtsbasierte Intervention *Kraetzig*, Das Urheberrecht als Zensurrecht; als Beispiel für die Sorge vor Störung in der bestehenden Urheberrechtsdogmatik *Ohly*, FS Schack, 2022, 256, 265, der die Verfassung als „Hintertür“ bezeichnet; als Zeichen für zivilrechtliche Vorwärtsverteidigung *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 30 ff.

42 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 479.

ben werden, Beispiele hierfür sind Wertordnung und Stadionverbotsrechtsprechung.⁴³ Europäische gibt es auch: Die europäische Rechtsprechung zu Art. 2 EUV versucht aus dem zugeschriebenen Höchstwert des Gegenstandes (der in der Norm aufgeführten Werte) unter dem Gefühl einer Bedrohung (vor allem in einigen osteuropäischen Mitgliedstaaten) weitreichende juristische Folgerungen zu ziehen: aus Werten Pflichten zu machen und die Norm zu einer Art Homogenitätsregel auszubauen.⁴⁴ Hohe und tiefe Ebenen haben ein sich im Rechtsvergleich teilweise wiederholendes, weil aus denselben funktionalen Gründen erwachsendes Set an Argumenten: Der *effet utile* ist ein Beispiel für eine expansive horizontale Theorie mit vertikalen Folgen. Der Vorwurf eines Handelns *ultra vires*, damit eines ausbrechenden Rechtsakts, ist eine vertikale Theorie der unteren Ebene, mit der sie sich gegen eine Ausweitung der Reichweite der höheren Ebene wehrt, indem sie selbst Aussagen über diese macht.⁴⁵ Unabhängig von diesen Argumentationen ermächtigt die Dopplung der Vertikale Akteure der unteren Ebene zur Wahl des Forums: Ein Instanzgericht kann sich zuweilen aussuchen, ob es in Karlsruhe oder in Luxemburg vorlegt.

Es ist eine rechtswissenschaftliche wie regelungstechnische Aufgabe, olympische Interventionen der Gerichte oder Normgeber möglichst minimalinvasiv in ein bestehendes Regelungssystem zu integrieren. Die Instrumente der juristischen Methodenlehre, mit denen Dogmatik produziert und verändert wird, haben demgegenüber klassisch einen horizontalen Aspekt: Die systematische Auslegung lässt den Blick schweifen, genau wie die klassische Konstruktion. Und auch die Analogie als verwandtes Instrument übernimmt eine Regelung der gleichen Ebene für eine nach Meinung des Verwenders gleich oder ähnlich gelagerte Situation. Heute wird das Gesetzesrecht durch Verfassungs- oder Unionsrecht verändert und seine Dogmatik dadurch verschoben. Juristische Innovation findet anders als früher (ohne die klassische Konstruktion gänzlich zu ersetzen) unter der Verwendung höherrangigen Rechts statt. Gelingt es einem Juristen einen Belang in den Schutzbereich eines Grundrechtes hineinzuinterpretieren und dafür Akzeptanz zu finden oder dekretiert das Bundesverfassungsgericht eine solche Deutung, werden ihre Folgen dem Gesetzesrecht auch

43 BVerfGE 148, 267, hierzu *Michl*, JZ 2018, 910.

44 Hierzu *Nettesheim*, Europäische Werte und mitgliedstaatliche Verfassungsautonomie, i.E.

45 Mit US-amerikanischen Vorgängern, siehe *Möllers*, Die Europäische Union als demokratische Föderation, S. 17 f.

unter Umgehung des Gesetzgebers aufgezwungen. Zugleich setzt der Europäische Gesetzgeber höherrangiges Recht, das durch nationale Akteure des Rechts verarbeitet werden muss. Dogmatische Arbeit kennzeichnet vor dem Hintergrund der beschriebenen Entwicklungen mehr als früher in einer Abwandlung einer berühmten Formulierung von *Engisch* ein *Hoch und Runter Wandern des Blicks*.⁴⁶

V. Fazit

Rechtswissenschaftliche Arbeit ist zu einem guten Teil Arbeit an den 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. Rechtsdogmatik ist das Ergebnis dieser juristischen Arbeitsteilung. In der Folge haben Juristen 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 werden als Gefahr nicht nur für die faktische Machtstellung, sondern gleich die Wissenschaftlichkeit des Rechts und damit seiner Interpreten wahrgenommen.

Den Rahmen der Wissenschafts- wie der Methodendiskussion bildet die Rechtsquellenlehre: Die Umstellung der Rechtsquellenlehre und die großen Kodifikationen um 1900 erhöhen die Bedeutung des Gesetzgebers, die Bedeutung der Wissenschaft bei der Formulierung des Inhalts macht aber bleibenden Einfluss deutlich. Vor allem das Verfassungsrecht bildet in Weimar experimentell, in der Bundesrepublik institutionell durch das Bundesverfassungsgericht abgesichert, den Boden für eine neue, freilich immer relative Autonomie. Denn das Verfassungsrecht erinnert in manchem an das alte römische Recht: Während der Bundestag sich erneuert, schwindet der Parlamentarische Rat, Protokolle hin oder her, im Schatten. Die offenen Formulierungen des Verfassungsrechts geben vor diesem Hintergrund Anlass für weitreichende Interpretationen. Diese Interpretationen wirken aufgrund der (inzwischen freilich europäisch herausgeforderten) Spitzenstellung des Verfassungsrechts in der Normenhierarchie in allen Rechtsgebieten.

46 Das auf das Verhältnis von allgemeiner Norm und konkretem Fall bezogene Original („Hin und Her wandern des Blicks“) findet sich bei *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

Damit verändert sich durch die Verfassungsdogmatik auch die allgemeine Methode der deutschen Rechtswissenschaft. Während früher vor allem Ähnlichkeiten zwischen Normen einer Ebene Anlass für Konstruktion als juristische Begriffsbildung gaben, lassen sich nun Veränderungen im Verständnis und in der Anwendung des Gesetzesrechts mithilfe der Verfassung, vor allem der Grundrechte, erreichen. Weil sich alles ändert, bleibt alles wie es ist: das Verhältnis von Politikern und Juristen relativ stabil und die Rechtswissenschaft dank des Verfassungsrechts relativ autonom.

Literaturverzeichnis

- Bumke, Christian*: Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, *Archiv des öffentlichen Rechts* 144 (2019), S. 1–80.
- Caldwell, Peter C.*: *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham und London 1997.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin 1999.
- Collins, Justin*: *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, Oxford 2015.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar*, Band I, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert als: *Dreier*, in *Dreier*, GG I).
- Engisch, Karl*: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Auflage, Heidelberg 1960.
- Falk, Ulrich*: *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1999.
- Fikentscher, Wolfgang*: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band 3, Tübingen 1976.
- Flohr, Martin*: *Rechtsdogmatik in England*, Tübingen 2017.
- Goldberg, John C. P./Zipursky, Benjamin C.*: *Recognizing Wrongs*, Cambridge (MA) 2020.
- Grimm, Dieter*: *Methode als Machtfaktor*, in: *Horn, Norbert* (Hrsg.): *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing*, Band 1, München 1982, S. 469–492.
- Häberle, Peter*: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, *JuristenZeitung* 1975, S. 297–305.
- Haferkamp, Hans-Peter*: *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Frankfurt am Main 2004.
- Heck, Philipp*: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914), S. 1–313.
- Heck, Philipp*: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932.

- Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph*: Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*: Grundrechte, 37. Auflage, Heidelberg 2021.
- Kraetzig, Viktoria*: Das Urheberrecht als Zensurrecht, Tübingen 2022.
- Kroppenberg, Inge*: Die Plastik des Rechts. Sammlung und System bei Rudolf v. Jhering, Berlin 2015.
- Lennartz, Jannis*: Dogmatik als Methode, Tübingen 2017.
- Lennartz, Jannis*: Eine Grammatik der Freiheit?, in: Heinig, Hans Michael/Schorkopf, Frank (Hrsg.): 70 Jahre Grundgesetz, Göttingen 2019, S. 67–81 (zitiert als: 70 Jahre Grundgesetz).
- Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft, 8. Auflage, Berlin 2020.
- Michl, Fabian*: Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JuristenZeitung 2018, S. 910–918.
- Nettesheim, Martin*: Europäische Werte und mitgliedsstaatliche Verfassungsautonomie – über einen Machtkampf in der EU, in: Michl, Fabian/Holterhus, Till Patrik (Hrsg.): Gerichte als schwache Gewalt?, Tübingen 2022.
- Ohly, Ansgar*: Geheimnisschutz durch Urheberrecht?, in: Ius Vivum. Kunst – Internationales – Persönlichkeit. Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag, hrsgg. v. Kubis, Sebastian/Peifer, Karl-Nikolaus/Raue, Benjamin/Stieper, Malte, Tübingen 2022 (zitiert als: FS Schack).
- Moes, Christoph*: Ein neuer Typ – Rechtswissenschaft als politischer Beruf, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 10.2.2022, S. 6.
- Möllers, Christoph/Birkenkötter, Hannah*: Towards a new conceptualism in comparative constitutional law, or reviving the German tradition of the Lehrbuch, ICON 12 (2014), S. 603–625.
- Möllers, Christoph*: Die Europäische Union als demokratische Föderation, Köln 2019.
- Moyn, Samuel*: The Last Utopia. Human Rights in History, Cambridge (MA) 2010.
- Schlink, Bernhard*: Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), S. 161–172.
- Schorkopf, Frank*: Menschenrechte und Mehrheiten, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 82 (2022), S. 19–46.
- Schröder, Jan*: Recht als Wissenschaft, 3. Auflage, München 2021.
- Searle, John*: Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit, Frankfurt am Main 2011.
- Urbina, Francisco J.*: A Critique of Proportionality and Balancing, Cambridge 2017.
- Vogenaier, Stefan*: An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law, Empire of Light Cambridge Law Journal, Band 64 (2005), S. 481–500.
- Vogenaier, Stefan*: An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today, Oxford Journal of Legal Studies, Band 26 (2006), S. 627–663.
- von Jhering, Rudolf*: Unsere Aufgabe, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 1, S. 1–52.
- von Jhering, Rudolf*: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 13. Auflage, Leipzig 1924.

Jannis Lennartz

von Jhering, Rudolf: Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16.10.1868, Göttingen 1998/2009.

von Kirchmann, Julius: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848.

Waldhoff, Christian: Das andere Grundgesetz. Gedanken über Verfassungskultur, München 2019.

Fehlleistungen im Recht?! – Von (Entscheidungs-)Gespenstern und prozessualen Geisterschiffen

Zugleich eine Erwiderung auf Kotsoglou, JZ 2017, 123 sowie eine (teilweise) Reaktivierung der Merkl'schen Lehre vom Fehlerkalkül

Nina Schrott¹

I. Einleitung

Vom „Gespenst des Fehlerurteils“ ist bei *Kotsoglou* die Rede und der Frage nach seinem „rechtsdogmatischen Status“.² Justizirrtümer und „verfehlende“ Entscheidungen erhitzen seit jeher die juristischen Gemüter und verführen zum Gebrauch mal mehr, mal weniger passender Sprachbilder.³ Treffend ist die Gespenstermetapher *Kotsoglous* insofern, als dass das Spektrum rechtlicher Fehlleistung zwar weit, in seinen Rändern aber schwer abgrenzbar, manchmal diffus, bisweilen gar „konturlos“ erscheint. Ein Gespenst lässt sich eben nicht so leicht „dingfest“ machen und wenn doch, bedarf es dazu spezieller (Erkenntnis-)Mittel.

Zu geisterhaften Sprachbildern ermuntert aber offensichtlich nicht nur das „Fehlerurteil“ als solches, sondern auch die Frage, wie man mit einer derartigen rechtlichen „Fehlleistung“ umzugehen hat. *Meyer-Gößner* bleibt

1 Für wertvolle Hinweise und eine anregende Diskussion danke ich herzlich Herrn *Jonas Marx*.

2 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123.

3 So erscheint etwa der auch von *Merkl* verwendete Begriff des „Justizmords“ aus heutiger Sicht doch einigermaßen unpassend, vgl. *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, (z.B.) 370. Zu den vielfältigen Ursachen von „Fehlentscheidungen“ *Gilliéron*, in: Barton et al., 59 ff.; *Oswald/Wyler*, in: Barton et al., 103 ff.; *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 105 ff. mit zahlreichen w.N.; die „psychologischen Faktoren, die Fehlerurteile begünstigen“, beleuchtet *Velten*, GA 2015, 387, 397 ff. Zur Anzahl von „Fehlerurteilen“ und den entsprechenden Schätzversuchen ebenfalls *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 70 ff. sowie *Velten*, GA 2015, 387, 391. Eine Zusammenstellung der erschienenen Literatur „über den Justizirrtum oder das Fehlerurteil“, die „Legion“ sei, liefert *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 901 Fn. 3669. Zu den aktuellen Bemühungen, eine dem amerikanischen „Innocence Project“ vergleichbare Initiative zur „Überprüfung und Beseitigung rechtskräftiger Fehlerurteile“ auch in Deutschland zu etablieren, siehe *König*, Zeit 2022/48, S. 22.

daher „im Bild“, wenn er die Auffassung, ein fehlerhaftes Strafurteil könne nichtig – im Sinne von schlechthin unbeachtlich – sein, als „eine Art ‚prozessuales Geisterschiff‘“ bezeichnet, „das im Meer der strafprozessualen Erwägungen geheimnisvoll auftaucht, ohne aber in der Regel in die Wirklichkeit einzudringen“⁴.

Damit bestimmen Geister und Gespenster den Fortgang dieser Untersuchung, die sich insbesondere den beiden folgenden Themenkomplexen widmen möchte:

- (1.) Was genau versteht man unter einem „Fehlurteil“ und wie lässt sich ein solches zuverlässig feststellen?
- (2.) Wo lassen sich Fehlentscheidungen zwischen Rechts-, Unrechts- und Nichtrechtsakten zutreffend zu verorten?

Verhandelt wird damit die Frage, was geschieht, wenn Grundprinzipien juristischer Methodik missachtet,⁵ tragende dogmatische Prämissen negiert,⁶ materielle Wahrheiten nicht gefunden werden – kurz: das Fundament der juristischen Entscheidungsfindung Risse aufweist oder gänzlich weggebrochen ist.

II. Die Fehlentscheidung aus begrifflicher und epistemologischer Sicht

1. Begriffsklärung

Rechtliche Fehlleistungen bilden ein (zu) weites Feld. Um überhaupt sinnvoll über dieses Phänomen sprechen zu können, ist daher zunächst eine knappe Begriffsdefinition erforderlich. Was ist – auch und insbesondere im Rahmen dieser Untersuchung – gemeint, wenn von Fehlleistungen, Fehlurteilen, Fehlentscheidungen oder gar Justizirrtümern die Rede ist?⁷ Eine Legaldefinition hierfür sucht man vergebens – der Begriff des „Fehlurteils“ bzw. der „Fehlentscheidung“ ist dem Gesetz ebenso fremd wie der des „Justizirrtums“ oder der „Fehlleistung“ als solcher.⁸

4 Meyer-Gofßner, ZIS 2009, 519, 522.

5 Z.B. keine saubere Subsumtion; keine rechtlogischen Schlussfolgerungen.

6 Z.B. keine rationale Begründung von Werturteilen.

7 Vgl. insofern – wieder „geisterhaft“ – Geipel in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 59: „Bereits bei der Frage, was ein ‚Fehlurteil‘ ist, scheiden sich die Geister.“

8 Vgl. Böhme, Das strafgerichtliche Fehlurteil, S. 25; Barton, FS Eisenberg, 15, 17.

Die Aufzählung erzwingt damit bereits eine erste begriffliche Unterscheidung: Während der Terminus des Urteils und der Entscheidung die *Art* der *gerichtlichen* (Fehl-)Leistung betrifft, ist der Ausdruck „Fehlleistung“ bereits terminologisch nicht auf den judikativen Bereich beschränkt. Nähern wir uns dem Begriff der Fehlleistung anhand des genuin zivilrechtlichen Leistungsbegriffs, so wäre hierunter wohl eine Art „Schlechtleistung“, also die mangelhafte Erfüllung einer noch näher zu definierenden Leistungspflicht, zu verstehen.⁹ Zieht man weiterhin die zivilrechtliche Dogmatik zu Rate, so müsste man diese Pflichtverletzung (als Fehlleistung) jedenfalls für den Fall einer erfolgreichen Schadensersatzklage grundsätzlich auch zu vertreten haben, wobei ein solches Vertretenmüssen vermutet wird, vgl. § 280 I S. 2 BGB.

Dies wirft – zumindest „strafrechtlich vermittelt“ – eine zweite Abgrenzungsfrage auf: die nach der Unterscheidung von bloßen, ggf. unvorsätzlichen, (Rechts-)Irrtümern und einer mit Wissen und Wollen begangenen Rechtsbeugung nach § 339 StGB.

Um die „Fehlleistung“ als solche umfassend erfassen zu können, gleichzeitig aber eine uferlose Ausweitung des Diskussionsgegenstands zu vermeiden, soll hier ein einerseits enges, andererseits weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden: Vom Untersuchungsgegenstand erfasst sind danach sowohl vorsätzliche als auch unvorsätzliche Fehlleistungen und damit im Ergebnis auch Fälle des § 339 StGB – jedoch unabhängig von der judikativen Form, in der sie ergangen sind.¹⁰ Gleichzeitig bleiben Fehlleistungen auf Ebene der Gesetzgebung¹¹ und im Bereich tatsächlichen (Verwaltungs-)Handelns¹² zumindest grundsätzlich außer Betracht.¹³ Damit geht es im Kern um gerichtliche Fehlentscheidungen als sogenannte „Fehlurteile“.

Zweifelloos kann es in allen Rechtsgebieten zu solchen judikativen „Schlechtleistungen“ kommen. Angesichts einer gewissen „intuitiven“ Nähe

9 Zum Begriff der Schlechtleistung siehe nur *Lorenz* in BeckOK-BGB, 66. Ed. I.5.2023, § 280 Rn. 22.

10 Ähnlich *Merkl* in: Mayer-Maly et al., 369, 370; vgl. im Zusammenhang mit § 339 StGB auch *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 122.

11 Beispiel: Redaktionsversehen.

12 Stichwort: nichtiger VA / „Nichtakt“.

13 Zum „Verwaltungsirrtum“ und dem Irrtum „auf dem Gebiete der dritten, höchsten Staatsfunktion, der Gesetzgebung“ als mögliche weitere Irrtümer siehe *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369 f.

zum Strafrecht,¹⁴ man denke insofern nur an *Merks* „Justizmord“¹⁵, soll es hier jedoch primär um *strafrechtliche* Fehlentscheidungen gehen. Dennoch werden sich an vielen Stellen zum Teil „existentielle“ Wechselwirkungen und Anknüpfungspunkte zum Zivil- und zum öffentlichen Recht ergeben.

2. Zur Feststellbarkeit und Systematisierung von Fehlentscheidungen – oder: Glauben wir an Gespenster?

a) Fehlentscheidungen auf Sachverhaltsebene

Nach *Kotsoglou* ist ein Fehlerurteil „nach h.M. ein Urteil, welches auf einer *Fehlvorstellung* des Entscheidenden über die Wirklichkeit beruht“¹⁶. Mit dieser Definition ist jedenfalls *eine* Spielart der fehlerhaften rechtlichen Entscheidung benannt: das Fehlerurteil auf Sachverhaltsebene (oder auch „faktisches Fehlerurteil“¹⁷). Plakativ – und etwas vereinfacht: Die Verurteilung der tatsächlich unschuldigen, der Freispruch der realiter schuldigen Person.¹⁸ Rechtliches Entscheiden entgegen der „objektiven Wirklichkeit“.

aa) Igitt Metaphysik!¹⁹

An dieser Stelle setzt nun *Kotsoglou* mit seiner durchaus nachdrücklich formulierten Kritik an, wenn er ausführt, dass das Fehlerurteils*risiko* sowie Fehlerurteile (Plural!) im Rahmen des Strafverfahrens „notgedrungen einkalkuliert“ seien, hingegen von einer Fehlverurteilung im Singular „kaum die Rede“ sein könne, „da wir nicht wissen könn[t]en, ob das jeweilige Strafurteil der ‚objektiven Wirklichkeit‘ [entspreche]“²⁰. Denn – so *Kotsoglou* weiter – „der ‚wirkliche‘ Wahrheitswert des propositionalen Gehalts der Anklage transzendiert die epistemische Grenze, die nicht nur vom jeweiligen Beweismaterial, sondern vielmehr vom menschlichen Wissen gezogen

14 Ähnlich *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil, S. 25.

15 *Merkel*, in: Mayer-Maly et al., 369, (z.B.) 370.

16 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 126, Hervorhebung im Original.

17 Zur Begrifflichkeit *Barton*, FS Eisenberg, 15, 17 ff. m.w.N.

18 Vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 126.

19 Zur Verwendung des Begriffs der Metaphysik als „Unwort“ siehe *Aichele et al.*, RphZ 3/2018, III; *Horn*, RphZ 3/2018, 207, 211.

20 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 129.

wird²¹. Letztgültige Erkenntnis bleibt uns also verwehrt; wir können nie ganz sicher sein, ob das, was wir für wahr halten, auch gewiss wahr ist, also mit der historischen Wirklichkeit tatsächlich übereinstimmt. Bei der Frage, ob ein Angeklagter wirklich unschuldig, ein Strafurteil tatsächlich ein Fehlurteil sei, handle es sich folglich um eine „nicht-epistemische und in diesem Sinne metaphysische Frage, die sich im Kreis beweg[e]“²².

Man muss an dieser Stelle nicht unbedingt auf *Wittgenstein* verweisen, um die – so *Kotsoglou* selbst – „alltägliche Trivialität“²³ wissenschaftsautoritativ abzusichern, dass „unsere Entscheidungen bisweilen die ‚ontologische Wirklichkeit da draußen‘ verfehlen“^{24,25} Und auch die Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens darf zumindest prinzipiell und dem Grunde nach vorausgesetzt werden.²⁶

21 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 129.

22 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 131. Der bloße Verweis auf Metaphysik bzw. auf metaphysische Aspekte ist für sich genommen aber noch kein hinreichend valides Argument dafür, den Begriff des Fehlurteils von der juristischen (Begriffs-)Landkarte zu tilgen. Denn die damit verbundenen Fragestellungen (Wie gehen wir mit der Verurteilung desjenigen um, der zumindest *unserem Erkenntnisstand nach* nicht der Täter war? Ist dessen Verurteilung „gerecht“? Erwächst sie in Rechtskraft? etc.) existieren unzweifelhaft. Es ist daher „legitim und nach der Bedeutung dieser Fragen sogar geboten, sich mit ihnen wissenschaftlich zu befassen. [...] Der Einwand, ein letzter, vollständiger Beweis sei mit den genannten geisteswissenschaftlichen Verfahren nicht zu erbringen, wiegt nicht schwer. Denn menschliche Urteile und Entscheidungen erfolgen unter den Bedingungen der Ungewissheit und es kommt darauf an, die besten Entscheidungsinhalte und die besten argumentativen Begründungen zu erreichen.“ *Horn*, RphZ 3/2018, 207, 225. Indem *Kotsoglou* den Fehlurteilsbegriff abschaffen möchte, verweigert er sich einer sprachlich rationalen, d. h. vor allem diskursfähigen Formulierung der Fragestellung – und damit letztlich der gesamten (rechts-)wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Er macht sich und uns sprachlos (hierzu II.2.c)).

23 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132.

24 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132.

25 *Kotsoglou* verweist jedenfalls insofern auf *Wittgenstein*, als dass er ihn als Gewährsmann für die „metaphysischen Kreisbewegungen“ der aufgeworfenen Frage heranzieht, vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 131 Fn. 103 unter Hinweis auf *Wittgenstein*, Über Gewißheit, § 191.

26 Ähnlich *Barton*, FS Eisenberg, 15, 23. Zur Legitimation der Rechtskraft auch und gerade vor dem Hintergrund der Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens *Neumann*, ZStW 101 (1989), 53 (64); vgl. auch *Gilles*, FS Schiedermaier, 183, 197 ff.; *Erb*, FS Riess, 79 ff.

bb) Wahrheit als (alleiniges) Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung?

Man kann und sollte sich aber doch fragen, was aus dieser „das Grundprinzip der Denkökonomie umsetzende[n] Erkenntnis“²⁷ folgt und ob es hierauf im Bereich des (Strafprozess-)Rechts überhaupt ankommt. Ist das (alleinige) „Kriterium der Richtigkeit eines Urteils“ tatsächlich, wie *Kotsoglou* behauptet, „nach h.M. die Wirklichkeit selbst“²⁸?

Ob Wirklichkeit mit Wahrheit gleichzusetzen ist²⁹ und in welchem *spezifischen* Verhältnis die Wahrheit zur Richtigkeit steht,³⁰ darüber lässt sich freilich – an anderer Stelle – trefflich streiten. Dass es jedenfalls mit der Wirklichkeit im Hinblick auf die Richtigkeit einer Entscheidung *allein* sein Bewenden nicht haben kann, machen bereits die zahlreichen Beschuldigtenrechte und insbesondere Beweisverwertungsverbote deutlich, die gerade dazu führen können, dass „richtige“ Entscheidungen entgegen der materiellen Wahrheit, oder zumindest dem, was wir dafür halten dürfen, ergehen müssen.³¹

27 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132.

28 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 127. Zwar stellt *Kotsoglou* an anderer Stelle durchaus klar, dass „[n]ach ganz h.M. Wahrheit und Gerechtigkeit ‚die obersten Ziele eines jeden Strafprozesses‘“ seien, und erwähnt auch die Zieltrias aus (1) Schutz des Unschuldigen, (2) Verurteilung des Schuldigen und (3) Justizförmigkeit des Verfahrens, vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 125. Allerdings spielen weder Gerechtigkeitsaspekte noch die Justizförmigkeit des Verfahrens in seinen weiteren Ausführungen mehr eine Rolle. Stattdessen macht *Kotsoglou* im Folgenden die Richtigkeit eines Urteils allein davon abhängig, ob es in Übereinstimmung mit der ontologischen Wirklichkeit ergangen ist; bezeichnend insofern die von ihm entwickelte 4er-Matrix auf S.128, die als einziges Richtigkeitskriterium die Wirklichkeit nennt, vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 128 Tabelle 1. Auch die Rechtsprechung des BVerfG (vgl. z.B. BVerfGE 57, 250, 275; 133, 168, 199) kann bisweilen den Eindruck erwecken, dass es für die Richtigkeit einer Entscheidung allein auf die materielle Wahrheit (i.S.e. Übereinstimmung mit der historischen Wirklichkeit) ankommt, vgl. hierzu *Barton*, FS Eisenberg, 15, 18 f. Ebenfalls in diese Richtung weisend *Fischer* in: KK-StPO, Einleitung Rn. 3.

29 Insofern ggf. missverständlich *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 122.

30 Vgl. hierzu *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit, S. 4 ff.; *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 9 f.; *Poscher*, ARSP 89 (2003), 200, 214. *Kotsoglou* selbst verwendet Wahrheit und Richtigkeit weitgehend synonym, vgl. z.B. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 131 („Wahrheit“ bzw. „Richtigkeit“); *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 120; ähnlich z.B. *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 29 ff., 45. Zur synonymen Verwendung siehe auch *Deckert*, ARSP 82 (1996), 43, 44 mit Fn. 8 mit zahlreichen w.N.

31 Zu diesem Aspekt ausdrücklich auch *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 66; *Kudlich*, FS Pecanitez, 201, 202 Fn. 3; *Barton*, FS Eisenberg, 15, 18.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn man unter der Richtigkeit einer Entscheidung ihr Ergehen in Übereinstimmung mit den gegebenenfalls gegeneinander abzuwägenden Zielen des Strafverfahrens versteht, also eine (rechts-)regelgeleitete, mithin eine „rechtskonforme“ Entscheidung.³² Entsprechend nennt auch die herrschende Meinung in diesem Zusammenhang klassischerweise eben nicht nur die materielle Wahrheit als Verfahrensziel (und damit als Abwägungsfaktor), sondern in unterschiedlicher Gewichtung auch die Justizförmigkeit des Verfahrens sowie Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.³³

Allein die „ontologische Wirklichkeit“ wird also kaum je als *alleiniges* Kriterium für die *Richtigkeit* einer Entscheidung herangezogen.³⁴

cc) Wahrheit als (alleiniges) Kriterium der Klassifizierung einer Entscheidung als Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene?

Anders stellt sich die Sachlage dagegen im Hinblick auf die Kategorie der „Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene“ dar: Denn soll sich das faktische Fehlurteil nicht in einem bloßen Gegenbegriff zur „richtigen“, im Sinne von „rechtskonformen“ Entscheidung erschöpfen, d.h. lediglich „falsch“ sein, sondern einen eigenen, klar umrissenen Anwendungsbereich erhalten,³⁵ so erscheint in diesem Zusammenhang eine Beschränkung auf die „Wirklichkeit selbst“ (als materielle Wahrheit, also als das, „was wirklich war“) durchaus zielführend.³⁶

32 Zu den begrifflichen Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang siehe bereits Fn. 30. Zur Richtigkeit als „Rechtmäßigkeit“ vgl. *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 287.

33 Vgl. statt vieler *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 3 Rn. 1, die auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Rechtsfrieden abstellen; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 7 ff., nennen als Ziele die Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, die Gewährung eines rechtsstaatlichen Verfahrens und die Rechtsfriedensfunktion.

34 So aber *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 128 Tabelle 1, vgl. Fn. 28.

35 Nämlich: Den ansonsten nicht erfassten Bereich der rechtlich „richtigen“, aber „sachverhaltlich-tatsächlich“ unzutreffenden Entscheidung, also z.B. den Freispruch des „wahren“ Täters aufgrund eines nicht zu führenden Tatnachweises z.B. aufgrund eines Beweisverwertungsverbots.

36 Ähnlich – wenngleich ohne ausdrückliche Unterscheidung zwischen faktischen und rechtlichen Fehlentscheidungen – wohl auch *Geipel*, in: *Miebach/Hohmann*, Einleitung A Rn. 64.

Die nach wie vor herrschende Meinung im Bereich des Straf(prozess)rechts beruft sich hinsichtlich des materiellen Wahrheitsbegriffs auf die Korrespondenztheorie als klassische substantielle Wahrheitstheorie.³⁷ Wahrheit ist danach – grob gesagt – die Eigenschaft eines Wahrheitswertträgers (in der Regel einer Aussage) mit einem Aspekt der objektiven Welt übereinzustimmen;³⁸ sie ist also als relationale Eigenschaft zu verstehen³⁹ und angesichts des Bezugsobjekts „Welt“ wenigstens wirklichkeitsbezogen.

Freilich finden sich daneben noch eine Vielzahl weiterer „Wahrheitstheorien“, die hier nur schlagwortartig und ohne Anspruch auf Vollständigkeit benannt werden können:⁴⁰ Die Konsenstheorie von *Habermas*, *Apel* und *Lorenzen*, kohärenzbezogene Theorien, wonach sich die Wahrheit einer Aussage primär aus ihrer Übereinstimmung mit anderen wahren Aussagen ergibt, deflationistische Wahrheitstheorien, die dem Wahrheitsbegriff generell eine eigenständige und erkenntnistheoretisch bedeutsame Rolle absprechen,⁴¹ und schließlich die pragmatischen Wahrheitstheorien, die Wahrheit – letztlich auch materielle Wahrheit⁴² – primär als „Resultat eines Validierungs- bzw. Verifikationsprozesses“, als „Ergebnis der gelungenen Untersuchung einer objektiv unklaren Situation“⁴³ begreifen.

Damit aber enthalten auch primär materiell ausgerichtete Wahrheitstheorien jedenfalls zum Teil Momente prozessual-konstruktivistischer

37 Statt vieler *Trüg/Habetha* in: MüKoStPO § 244 Rn. 47. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Gössel*, Ermittlung oder Herstellung, S. 13 f., wonach „der längst bekannten Korrespondenztheorie“ zu folgen sei, auch wenn dieser „ein Teil des neueren strafprozessualen Schrifttums“ vehement widerspreche. Zu dieser Kritik und ihrer Entkräftung siehe *Engländer*, in: Alexy, 85, 86 ff.

38 Ähnlich *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 8: Wahrheit als „Eigenschaft von Aussagen“.

39 *Hübner*, Einführung in die theoretische Philosophie, S. 168.

40 Vgl. ausführlich zum Folgenden *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 153 ff.; einen guten Überblick über die verschiedenen Wahrheitstheorien gibt auch *Deckert*, ARSP 82 (1996), 43, 44 ff. Eine umfassende, spezifisch strafprozessual ausgerichtete Theorie zur „Wahrheit im Strafprozess“, wie sie *Neumann* anregt, die sich an den bereits bestehenden Theorien wie an „mehr oder weniger ertragreichen Steinbrüchen“ bedient, fehlt hingegen nach wie vor, vgl. hierzu *Neumann*, JZ 2022, 30, 32.

41 *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 321, sieht dies als den „kleinste[n] gemeinsame[n] Nenner“ der zum Teil sehr unterschiedlich ausgestalteten deflationistischen Wahrheitstheorien an. Ausführlich zum Ganzen *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 321 ff.

42 Vgl. *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 408.

43 *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 408. Wahrheit ist danach immer relativ und vorläufig, da sie mittel- und methodenabhängig ist und spätere Untersuchungen, die z.B. andere Mittel und Methoden wählen, stets zu abweichenden Ergebnissen führen können, vgl. *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 408; ausführlich zu den pragmatischen Wahrheitstheorien S. 352 ff.

Wahrheitsfindung – nämlich immer dann, wenn sie Tatsachenfeststellungen zumindest auch als Produkt eines Deutungsaktes, und damit als auch durch interaktive (Prozess-)Elemente „mitkonstituierbare“ Größe, begreifen.⁴⁴

dd) Ghostbusters?!

Ohne sich hier auf die Seite der „reproduzierenden Realisten“, der „konstruierenden Konstruktivisten“⁴⁵ oder sonstiger (wahrheits-)spottender Dritter schlagen zu wollen, machen die verschiedenen Bemühungen um den (straf-)rechtlichen Wahrheitsbegriff doch deutlich, dass sich die Rechtswissenschaft der epistemischen Schwierigkeiten an dieser Stelle durchaus bewusst ist. Von einem dahingehenden „Missverständnis“, das zu einem „weitreichenden Versagen der Rechtswissenschaft“⁴⁶ geführt hat, wie *Kotsoglou* behauptet, kann also kaum die Rede sein. Stattdessen darf die Existenz der verschiedenen Wahrheitskonzeptionen zumindest auch als Reaktion auf die beschriebenen erkenntnistheoretischen Unsicherheiten gewertet werden.⁴⁷

Gleichwohl ist damit *Kotsoglous* Kritik hinsichtlich der (wohl) herrschenden „klassischen“ Korrespondenztheorie noch nicht entkräftet. Etwas vereinfacht lautet sein dahingehender Vorwurf, man würde die Einordnung einer Entscheidung als „Fehlurteil“ anhand eines Kriteriums (Übereinstimmung mit der Wirklichkeit als materieller Wahrheit) vornehmen wollen, obwohl es angesichts des begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögens letztlich unmöglich sei, erkenntnistheoretisch abgesichert festzustellen, ob beziehungsweise dass die Voraussetzungen dieses Unterscheidungsmerkmals tatsächlich vorlägen. *Kotsoglou* zieht hieraus den Schluss, dass die dahinterstehende Kategorie des „Fehlurteils“, auf die das Kriterium verweist,

44 Vgl. *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 9.

45 Die Begrifflichkeiten gehen in ihrem Kern auf *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 9, zurück.

46 *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 126.

47 Wird Wahrheit beispielsweise als bloß prozessuale Wahrheit (also als Wahrheit durch Verfahren) begriffen oder aber im Sinne deflationistischer Wahrheitstheorien verstanden, so ist die epistemische Gefahr gebannt, indem Wahrheit nach diesen Konzeptionen trotz des beschränkten menschlichen Erkenntnisvermögens für die Beteiligten entweder durch den / im Prozess erkenn- und erfahrbar wird oder es auf diese – und ihre Erkennbarkeit – dann überhaupt nicht (mehr) ankommt.

nicht existiere bzw. jedenfalls nicht sicher „feststellbar“ und deswegen mindestens sinnlos sei.⁴⁸

Abgesehen davon, dass eben auch innerhalb „der h.M.“ verschiedene Wahrheitskonzeptionen vertreten werden, die diese epistemologischen „Klitten“ wenigstens zum Teil „umschiffen“,⁴⁹ hat *Kotsoglou* hier durchaus „einen Punkt“: Was nützt uns eine Kategorie, bei der wir die zugehörigen Elemente nicht hinreichend sicher bestimmen können? Eine Kategorie, die eine Zuordnung ausschließlich an eine nicht feststellbare Eigenschaft ihrer möglichen Zuordnungsobjekte knüpft, kann nicht – jedenfalls nicht sinnvoll – kategorisieren und entbehrt damit ihrer konstituierenden Ordnungs- und Abgrenzungsfunktion.⁵⁰ Müssen wir die Kategorie des „Fehlurteils“ daher – *Kotsoglous* Gedanken konsequent zu Ende denkend – tatsächlich aufgeben beziehungsweise hat sie sich ohnehin bereits selbst abgeschafft? Ich meine dennoch: nein. Vielmehr sollten wir den zugrunde zu legenden Maßstab, die anzuwendenden Kriterien konkretisieren.

Auf dem Boden der herrschenden Meinung könnte dies etwa wie folgt aussehen:

Eine Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene liegt 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. „Grundsätzlich erkennbar“ meint hierbei nicht, dass es dem Tatgericht zum Entscheidungszeitpunkt wirklich möglich (und / oder zumutbar) gewesen sein muss, die entsprechenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen – die Möglichkeit zur Erkenntnis muss jedoch jedenfalls abstrakt geben sein –,⁵¹ sondern es geht allein um das, was für uns angesichts begrenzter menschlicher

48 Vgl. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 132: „Der Begriff ‚Fehlurteil‘ hat keinen sinnvollen Gebrauch aus Sicht der (Strafprozess-)Rechtswissenschaft.“

49 Siehe hierzu bereits Fn. 47.

50 Es geht in diesem Zusammenhang also weniger um die Unterscheidung zwischen „scharfen“ Begriffen im Sinne *Frege*s und Familienähnlichkeiten nach *Wittgenstein*, sondern vielmehr darum, dass eine Kategorisierung trotz (halbwegs) definierter Begriffsgrenzen nicht möglich ist, weil das Vorliegen der Definitionsmerkmale im Hinblick auf die Zuordnungsobjekte nicht (nie!?) sicher festgestellt werden kann. Dergestalt definiert, bliebe der Fehlurteilsbegriff dann tatsächlich – mag er auch als solcher hinreichend „scharf begrenzt“ sein – mangels Möglichkeit zur inhaltlichen „Ausfüllung“ kategorisierungsuntauglich und damit letztlich sinnleert.

51 Es darf sich also nicht um einen für uns sinnes- bzw. verstandesmäßig „unbegreifbaren“ Sachverhalt handeln.

Erkenntnisfähigkeit grundsätzlich, also bei hypothetischer Ausschöpfung aller dieser – abstrakt vorhandener – Erkenntnisquellen, erkenn-, versteh- und einsehbar gewesen wäre.⁵² Mit anderen Worten: Es geht um das, was wir übereinstimmend aus „guten“, weil letztlich in irgendeiner Form sinnlich erfahrbaren beziehungsweise verstandesmäßig (er-)fassbaren, Gründen für die materielle Wahrheit halten dürfen.⁵³ Das tatsächliche „Treffer“ der materiellen Wahrheit bleibt dagegen ein – hinsichtlich des sicheren Wissens um einen solchen „Treffer“ gegebenenfalls unerreichbares, wenngleich stets „mitzudenkendes“ – (Rechts-)Ideal,⁵⁴ das allenfalls als hinreichender, nicht aber als notwendiger Faktor bei der Einordnung einer Entscheidung als faktische „Fehlentscheidung“ Bedeutung erlangen kann.⁵⁵

Indem wir also die inhaltlichen Anforderungen an eine Klassifizierung auf ein erfüllbares Maß absenken, gewinnt die Kategorie der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene an Form und wird rechtlich handhabbar.

-
- 52 Selbstverständlich ist auch dies letztlich nur ein weiterer Differenzierung bedürftiges Hilfskriterium und damit seinerseits angreifbar. Möchte man aber mit der h.M. an der materiellen Wahrheit als (Rechts-)Ideal festhalten, so erscheint mir der Rückgriff auf eine solche Hilfskonstruktion als in jedem Falle vorzugswürdig gegenüber einer sich sonst selbst auferlegten (rechts-)wissenschaftlichen Sprachlosigkeit (vgl. hierzu bereits Fn. 22).
- 53 Beispiele dem Grunde nach: die Aussage einer Augenzeugin, ein verschriftlichtes oder versprochenes Geständnis, eine aufgenommene bzw. beobachtete „Tatortszene“. Es sei an dieser Stelle nochmals angemerkt, dass mit der vorgeschlagenen Begrenzung auf das für uns Erkenn-/Erfahrbare keine Aussage darüber getroffen wird, was unter materieller Wahrheit im (Straf-)Prozess überhaupt zu verstehen ist bzw. welcher Stellenwert diesem „Argumentationstopos“ (so jedenfalls *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, S. 400) insgesamt einzuräumen ist. Stattdessen ist es ausschließliches Ziel der vorstehenden Überlegungen, eine rechtlich handhabbare Begriffsdefinition des faktischen Fehlerurteils zu entwickeln.
- 54 Zur materiellen Wahrheit als (nur) (Rechts-)Ideal, an der es trotz der benannten Erkenntnischwierigkeiten festzuhalten gilt, siehe z.B. *Kargl*, ARSP 105 (2019), 171, 204; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, S. 1 mit Fn. 2 mit zahlreichen w.N.: „Die materielle Wahrheit kann so gesehen niemals Endziel des Strafverfahrens sein, sondern nur eine *Zielvorgabe*, der es sich soweit wie möglich und zulässig *anzunähern* gilt.“ Hervorhebungen im Original; daneben *Fischer*, in: Barton et al., 253, 264 f.
- 55 Danach dürfen wir also eine Entscheidung schon dann als Fehlentscheidung bezeichnen, wenn sie lediglich die für uns *erkennbare* historische Wirklichkeit verfehlt. Besäßen wir dagegen – aus welchen Gründen auch immer – doch entsprechende Erkenntnismöglichkeiten bzgl. der „tatsächlichen materiellen Wahrheit“, ginge bei Divergenz diese „objektive Wahrheit“ der (nur) „erkennbaren materiellen Wahrheit“ freilich vor mit der Folge, dass die Klassifizierung als faktisches Fehlerurteil dann ggf. entsprechend revidiert werden müsste.

ee) Weitere Konturierung des Begriffs der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene

Zur weiteren Konturierung des Begriffs der faktischen Fehlentscheidung einige Überlegungen:

(1) Streben nach materieller Wahrheit

Kein Kriterium einer Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene kann das vorhandene (oder nicht vorhandene) Streben nach materieller Wahrheit beziehungsweise ein „Ausgerichtetsein“ auf diese sein. Denn „Fehlleistungen“ in diesem Bereich werden erst auf Rechtsebene relevant (unter b)). An einem Beispiel: Tatrichterin R gibt sich wissentlich mit einem bloßen Formalgeständnis zufrieden, ist sich aber eigentlich sicher, dass die Beschuldigte B die Tat nicht begangen hat. R verurteilt B. Soweit für uns grundsätzlich erkennbar, hat B die Tat jedoch tatsächlich begangen. In diesem Fall liegt kein Fehlerurteil auf Sachverhaltsebene, wohl aber eines auf Rechtsebene vor, da die materielle Wahrheit im Sinne dessen, was wir dafür halten dürfen, „getroffen“ wurde, das Urteil jedoch gegen §§ 244 II, 261 StPO verstößt. Umgekehrt: Tatrichter A schöpft zum Entscheidungszeitpunkt alle zugänglichen Erkenntnisquellen vollumfänglich-„zutreffend“ aus. Er ist sich daraufhin sicher, dass der Beschuldigte X die Tat tatsächlich begangen hat und verurteilt diesen. Wird nun in einer für uns erkennbaren Art und Weise deutlich (etwa durch eine spätere dahingehende glaubhafte Aussage einer Augenzeugin), dass nicht X, sondern Z die Tat begangen hat, haben wir es zwar mit einem Fehlerurteil auf Sachverhaltsebene, nicht jedoch auf Rechtsebene zu tun. Auf die „Vorwerfbarkeit“ des „Fehlers“ kommt es für die Einordnung einer Entscheidung als „Fehlerurteil“ gerade nicht an.

(2) Rechtliche „Richtigkeit“ der Entscheidung

Ebenfalls nicht entscheidend ist nach hier vertretener Ansicht die Frage, ob die Entscheidung „richtig“, im Sinne von „rechtsordnungsgemäß“ bzw. „rechtskonform“ ergangen ist. Wird etwa eine Person lediglich aufgrund fehlender Nachweisbarkeit der Tat zum Beispiel wegen eines einschlägigen Beweisverwertungsverbots „zu Recht“ freigesprochen, so wäre hierin nach

hiesigem Verständnis dennoch ein faktisches Fehlerurteil zu sehen.⁵⁶ Dieses zunächst kontraintuitiv erscheinende Ergebnis ist dabei schlichtweg Ausfluss einer strikten Trennung zwischen Fehlerentscheidungen auf Sachverhaltsebene als die (erkennbare) materielle Wahrheit *verfehlende* Entscheidungen auf der einen und „falschen“, also rechtlich „unrichtigen“, weil zum Beispiel nicht in Übereinstimmung mit den gegebenenfalls gegeneinander abzuwägenden Prozesszielen ergangenen Urteilen auf der anderen Seite: den Fehlerentscheidungen auf Rechtsebene.

Der Vorteil eines solchen Vorgehens liegt zunächst darin, dass hierdurch dem Begriff der „Fehlerentscheidung auf Sachverhaltsebene“ ein eigenständiger, weitgehend abwägungs- und damit wertfreier, letztlich ein „objektiver“ Anwendungsbereich eröffnet wird. Das Gespenst erhält deutliche Konturen. Daneben ermöglicht ein solcher Begriffsgebrauch eine inter- wie intradisziplinär vereinheitlichte Sprache. Wir können also besser miteinander sprechen – hierzu sogleich (unter c)).

Und schließlich beugt eine derart klare Bereichs- und Bedeutungstrennung von vornherein Missverständnissen dahingehend vor, die Tatrichter-schaft sei einander widersprechenden Handlungsanweisungen ausgesetzt:⁵⁷ Die Kategorie des Fehlerurteils auf Sachverhaltsebene will und kann gerade keine eindeutigen richterlichen Entscheidungsleitlinien hervorbringen, sondern beschreibt schlichtweg einen Umstand, eine Eigenschaft der getroffenen Entscheidung. Entsprechend lässt sich hieraus auch nicht ohne Weiteres die richterliche Handlungsanweisung „Produziere kein faktisches Fehlerurteil!“ rechtslogisch ableiten.⁵⁸ Wer hier zwingende Zusammenhänge vorzufinden glaubt, der sähe dann tatsächlich Gespenster.

56 Ähnlich *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 64, der in diesem Fall von einem „gesetzlich akzeptierten“ Fehlerurteil spricht; vgl. auch *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 202 Fn. 3; a.A. aber die wohl h.M., siehe hierzu die Übersicht bei *Barton*, FS Eisenberg, 15, 19.

57 So aber der Vorwurf *Kotsoglous*, JZ 2017, 123, 126, die h.M. bedenke die Tatrichter-schaft mit einer zirkulären und damit letztlich sinnlosen, nur unter Inkaufnahme logischer Fehler erfüllbaren, Handlungsanweisung, weil sie (die Handlungsanweisung) „ihren propositionalen Gehalt [...] als bekannt voraussetz[e], um das zweiwertige Prädikat ‚richtiges Urteil‘ oder ‚Fehlerurteil‘ zuschreiben zu können“.

58 Allenfalls könnte eine solche Anweisung lauten: Produziere kein (rechtlich bzw. tatsächlich) *vermeidbares* faktisches Fehlerurteil! Darin – nämlich sich sowohl „redlich“ um die materielle Wahrheit „bemüht“ als auch der materiellen Wahrheit ggf. zuwiderlaufende Rechtsnormen (wie z.B. Beweisverwertungsverbote) beachtet zu haben – erschöpft sich dann auch der propositionale Gehalt einer gerichtlichen Entscheidung (vgl. § 261 StPO: [nur] freie richterliche *Überzeugung* von der Wahrheit der Sachver-

(3) Zeitliche Komponente

Aus diesem Blickwinkel der Differenz gilt es auch die zeitliche Komponente zu betrachten: Danach kann der „jeweilige[...] Zeitpunkt t_n , in dem eine Entscheidung getroffen wird“⁵⁹, für die Einordnung eines Judikats als faktische Fehlentscheidung grundsätzlich nicht relevant sein.⁶⁰ Denn beschrieben wird damit letztlich „nur“ das Verfehlen der materiellen Wahrheit beziehungsweise dessen, was wir dafür halten dürfen. Dies ist aber eine zeitunabhängige, weitgehend objektive Eigenschaftsbeschreibung, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum Zeitpunkt der Entscheidung steht.

Dieser Befund ergibt sich zwanglos, wenn man die vorgeschlagene Trennung zwischen Handlungspflichten einerseits und Fehlentscheidung-Klassifikation andererseits konsequent durchhält, da dann mit der Klassifizierung eines Judikats als „faktisches Fehlurteil“ nicht, jedenfalls nicht zwingend, die Verletzung eben dieser (Handlungs-)Pflichten einhergeht – und damit auch kein „Vorwurf“ im (straf-)rechtlichen Sinn.⁶¹

Insofern besteht allerdings eine Einschränkung: Zumindest sinnvoll (im Sinne von wirklichkeitsbezogen) *sprechen* werden wir über ein solches Abweichen nur dann können, wenn es zu einem Zeitpunkt vor, während oder nach der Entscheidung tatsächlich zu einer abweichenden menschlich-sinnlichen Erfahrung gekommen ist, da uns andernfalls schlichtweg dessen fixierter Bezugspunkt fehlt. Man befände sich dann im Bereich des Hypothetischen.

haltsannahmen). Ausführlich zum Begriff der freien Überzeugung in § 261 StPO im Lichte der Erkenntnistheorie *Engländer*, in: Alexy, 85, 86 ff.

59 *Kotsoglou* JZ 2017, 123, 131.

60 Anders aber *Kotsoglou* JZ 2017, 123, 130 f. unter Verweis auf das „principle of total evidence“; vor „ahistorischer Beschränktheit“ warnt auch *Fischer*, in: Barton et al., 253, 254 f., wenngleich wohl primär im Zusammenhang mit *rechtlichen* Fehlentscheidungen.

61 Ähnlich *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Einleitung A Rn. 66, wenngleich ohne Unterscheidung zwischen faktischen und rechtlichen Fehlentscheidungen: „Man muss sich davor hüten, einen gerichtlichen Fehler oder ein Fehlurteil im materiellen Sinne mit einem Verschuldensvorwurf an das Gericht zu kombinieren.“

ff) Zwischenergebnis und ein Blick über den strafrechtlichen Tellerrand

Damit liegt eine feststellbare „Fehlentscheidung“ auf Sachverhaltsebene schon dann vor, wenn die Entscheidung den tatsächlichen Geschehensablauf, soweit er für uns grundsätzlich erkennbar ist, verfehlt – unabhängig davon, ob dies rechtlich oder tatsächlich vorwerfbar und / oder wissent- bzw. willentlich erfolgte. Diese Feststellung gilt angesichts ihrer rechtsirrelativen, wahrheitsmonistischen Ausrichtung ebenso im Hinblick auf das öffentliche Recht, wo der Untersuchungsgrundsatz nach §§ 86 VwGO, 24 VwVfG ohnehin einen rechtlich vergleichbaren „Rahmen“ statuiert.⁶² Sie beansprucht aber auch im Bereich des Zivilrechts Geltung: Denn wenn gleich angesichts von Dispositionsmaxime (vgl. §§ 253, 269 ZPO) und Beibringungsgrundsatz (vgl. §§ 282, 288 I ZPO) prinzipiell ein eher „formeller Wahrheitsbegriff“⁶³ vorherrscht, so gilt dieser einerseits nicht ausnahms- und schrankenlos;⁶⁴ andererseits ändern diese „umgekehrten Vorzeichen“ nichts daran, dass die in der Klassifizierung als Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene liegende „Verfehlungs“-Feststellung eine weitgehend objektive und damit auch für das Zivilrecht sinnvolle Aussage enthält.⁶⁵

62 Ausführlich zum Untersuchungsgrundsatz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz, v.a. S. 173 ff. und S. 337 ff.

63 Was genau unter „formeller Wahrheit“ zu verstehen ist, ist umstritten. Weßlau, ZIS 2014, 558, 559, weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass „[d]er Begriff der ‚formellen Wahrheit‘ [...] dabei in der Regel als bekannt vorausgesetzt [wird]“.

64 Einerseits unterliegen die Parteien ohnehin der materiellen Wahrheitspflicht nach § 138 I ZPO, die die notwendige Ergänzung zur Verhandlungsmaxime bildet und rechtspolitisch den Zweck hat, sicherzustellen, „dass das Urteil möglichst der außerprozessualen [- und damit materiellen -] Rechtslage entspricht“, Hirtz, AnwBl 12/2006, 780 unter Hinweis auf Bernhardt, FG Rosenberg, 9, 24. Nach Bernhardt, JZ 1963, 245, 247, ist die Wahrheitspflicht damit eine „Pflicht zur Sicherung der objektiven Rechtslage, die sich aus dem alle Rechtsgebiete umfassenden Grundsatz von Treu und Glauben ergibt“. Nach von Selle sucht die Vorschrift „Parteiherrschaft und Wahrheitsfindung im Zivilverfahren zu vereinbaren“, von Selle, in: BeckOK-ZPO, § 138. Auch die Vorschriften zur Beweiserhebung von Amts wegen nach §§ 142 ff., 448 ZPO bilden insofern Ausnahmeregelungen zum Beibringungsgrundsatz. Damit – so Weßlau, ZIS 2014, 558, 559 Fn. 16, zutreffend – „trifft die krasse Gegenüberstellung von ‚wirklichem Geschehen‘ und ‚bloß formeller Wahrheit‘ bereits die Konzeption des deutschen Zivilprozesses nicht [...]. Keinesfalls kann also davon die Rede sein, die Parteien dürften willkürlich eine ‚Wahrheit‘ konstruieren. Wer durch wahrheitswidrigen Vortrag z.B. einen Prozess gewinnt, kann sich wegen Betruges strafbar machen.“ Es gilt daher auch im Zivilrecht kein „rein“ formeller Wahrheitsbegriff.

65 Vgl. insofern die Ausführungen in Fn. 64.

b) Fehlentscheidungen auf rechtlicher Ebene

Bereits an etlichen Stellen in Bezug genommen, gibt es neben „sachverhaltlichen“ Fehlentscheidungen freilich auch solche auf rechtlicher Ebene. Da eine spezifische Einzelanalyse rechtlicher Fehlerquellen jeden – jedenfalls diesen – Rahmen sprengen würde, beschränke ich mich hier auf eine stichwortartige Auflistung: Danach liegen rechtliche Fehlentscheidungen dann vor, wenn einschlägige materielle und / oder formelle Rechtsnormen nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Art und Weise angewandt werden beziehungsweise nicht einschlägige Vorschriften Beachtung finden; sie liegen vor bei Subsumtions-, Abwägungs- und Begründungsfehlern sowie dann, wenn rechtslogische, rechtsdogmatische oder rechtsmethodische Vorgaben missachtet werden, also etwa beim Vertreten „unvertretbarer“ rechtlicher Aussagen,⁶⁶ bei einem Verstoß gegen naturwissenschaftliche Denkgesetze oder aber einer Verkennung von rechtlichen Vorrangverhältnissen. Kurz: bei jedem Abweichen von zwingenden Vorgaben des materiellen Rechts und / oder des Prozessrechts sowie in Bezug genommener beziehungsweise beizuziehender anderer Rechtsnormen inklusive ungeschriebener Grundsätze, Richter- und Gewohnheitsrecht, sofern darauf im jeweiligen Rechtsgebiet zurückgegriffen werden darf. Rechtliches Entscheiden entgegen „der (geltenden) Rechtsordnung“ und damit „nicht-rechtskonformes“ rechtliches Entscheiden.⁶⁷

Gleichsam als „Gegenstück“ zur Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene folgt die rechtliche Fehlentscheidung auch in ihrer spezifischen Konturierung „umgekehrten“ Maßstäben: Die Feststellung eines rechtlichen Fehlurteils hängt angesichts ihrer unmittelbar rechtsrelativen Ausgestaltung stets von der zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechtslage ab, darf also, will sie nicht ihren Bezugspunkt und damit ihre Sinnhaftigkeit verlieren, nicht ahistorisch erfolgen.⁶⁸ Die Richtigkeit der Entscheidung, ihre „Rechtskonformität“, ist im Gegensatz zur faktischen Fehlentscheidung

66 Ausführlich zur (Un-)Vertretbarkeit rechtlicher Aussagen *Schuhr*, JZ 2008, 603 ff.; siehe hierzu auch *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 12.

67 Ausgeklammert bleibt an dieser Stelle die Frage, ob bzw. inwieweit rechtliche Aussagen überhaupt wahrheitsfähig sind; ausführlich dazu *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 10 ff.

68 Ebenso *Fischer*, in: Barton et al., 253, 254 f.; siehe hierzu bereits Fn. 60; *Barton*, FS Eisenberg, 15, 21 f.; ausdrücklich auch *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 18: „Rechtsaussagen sind nicht nur mit einem Systemindex, sondern auch mit einem Zeitindex versehen (...)“; vgl. auch S. 30.

gerade konstituierendes Element. Und auch das Streben nach materieller Wahrheit bildet angesichts der gesetzlichen Anforderungen der §§ 244 II, 261 StPO eine zwingende Voraussetzung jedenfalls dafür, dass *kein* rechtliches Fehlurteil gegeben ist.⁶⁹

Anders als aus der Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene lassen sich aus der Klassifizierung als rechtliches Fehlurteil auch – unabhängig von der konkreten Vorwerfbarkeit – bestimmte judikative Handlungsanweisungen ableiten („Produziere kein *rechtliches* Fehlurteil!“). Denn im Unterschied zur faktischen Fehlentscheidung kann das Vermeiden eines rechtlich „falschen“ Urteils stets als sinnvolle, widerspruchsfreie Zielvorgabe formuliert werden.

c) Zweites Zwischenergebnis: Zum Sinn und Zweck der Kategorie der „Fehlentscheidung“

Fehlentscheidungen *verfehlen* damit nach hiesigem Verständnis entweder die („erkennbare“) objektive Wirklichkeit (sog. faktische Fehlentscheidungen) und / oder die Rechtsordnung als geltendes Rechtssystem (sog. rechtliche Fehlentscheidungen).⁷⁰ Eindeutige Handlungsanweisungen an die Richterschaft lassen sich nur hinsichtlich Letzterer aufstellen; bezüglich Ersterer bestehen dagegen keine unmittelbaren Wechselwirkungen. Legt man die laienhafte Verwendung des Begriffs der Fehlentscheidung zugrunde, so deckt sie sich wohl nur zum Teil mit der hier entwickelten Begriffs-

69 Im öffentlichen Recht nehmen §§ 86 VwGO, 24 VwVfG eine vergleichbare Stellung ein. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes führt entsprechend zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung (= rechtliche Fehlentscheidung), wenngleich eine Aufhebung i.d.R. nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 46 VwVfG erfolgen wird. Dagegen ist es im Zivilrecht angesichts von Dispositionsmaxime und Beibringungsgrundsatz grundsätzlich keine Voraussetzung für das Nicht-Vorliegen eines (rechtlichen) Fehlurteils, dass die materielle Wahrheit mit sämtlichen zur Verfügung stehenden Mitteln so weit wie möglich – jedenfalls dem Grunde nach – „ermittelt“ wird, sofern nur die Wahrheitspflicht nach § 138 I ZPO beachtet wird und jedenfalls kein bewusstes Entscheiden entgegen der (erkennbaren) materiellen Wahrheit erfolgt. Zum Ganzen bereits Fn. 64.

70 Bewusst ausgeklammert werden Entscheidungen, die als „bloß“ moralisch ungerecht empfunden werden, sich hierbei aber unter keine der beiden vorstehenden Fehlleistungskategorien subsumieren lassen. Andernfalls verlöre die Kategorie der Fehlentscheidung tatsächlich jede Kontur und verkäme zum wahrlich nicht mehr fassbaren (Rechts-)Gespenst.

konzeption.⁷¹ Ein Gleichlauf wird aber jedenfalls dann gegeben sein, wenn sowohl auf Ebene des Sachverhalts als auch in rechtlicher Hinsicht eine Fehlentscheidung vorliegt.

Gefragt nach dem Sinn und Zweck der vorliegenden Kategorisierung muss die Antwort differenziert ausfallen:⁷² Wie jede Sammelbezeichnung arbeitet die Begrifflichkeit mit gewissen Vereinfachungen und fasst insbesondere auf rechtlicher Ebene eine Vielzahl unterschiedlicher Phänomene zusammen, während sie auf Sachverhaltsebene zwar klare, rechtsgebietsübergreifende Konturen aufweist, zugunsten ihrer rechtlichen Handhabbarkeit aber auf ihr „rechtes Maß“ (Erkennbarkeit) zurechtzustutzen war. Dennoch ermöglicht sie als eigene, neue Kategorie mit zum Teil „überschießendem Gehalt“⁷³ ein so zuvor nicht mögliches inter- wie intradisziplinär vereinheitlichtes Sprechen über Unzulänglichkeiten gerichtlicher Entscheidungen aller Fachsäulen. Als „rechtliche Fehlentscheidung“ evoziert sie das anschauliche Bild nicht-rechtskonformen judikativen Verhaltens, ohne dass sofort eine spezifische, unter Umständen schwierige, langwierige und umstrittene Fehlerverortung erfolgen muss.

In seiner Gesamtheit betrachtet gibt uns das terminologische Konzept des „Fehlurteils“ damit das nötige Rüstzeug an die Hand, um (rechts-)wissenschaftlich-differenziert über das Phänomen judikativer Schlechtleistung sprechen zu können. Sein theoretisches Potential liegt in der Rationalisierung von Gründen für die unterschiedliche Behandlung verschiedener Arten von Fehlentscheidungen sowie in der Legitimierung und Kanalisierung empirischer (Fehlurteils-)Forschung.⁷⁴ Verzichtet man dagegen auf den Be-

71 Zur laienhaften Begriffsverwendung siehe *Barton*, FS Eisenberg, 15, 17 f.; *Fischer*, in: *Barton et al.*, 253. Dazu, dass „das Recht eine Begriffswelt für sich darstellt“, siehe auch *Merkel*, in: *Mayer-Maly et al.*, 369, 381.

72 A.A. *Kotsoglou*, JZ 2017, 123, 129, der der Meinung ist, der Begriff des „Fehlurteils“ habe aus Sicht der (Strafprozess-)Rechtswissenschaft „keinen sinnvollen Gebrauch“.

73 Damit ist gemeint, dass jedenfalls die Fehlentscheidung auf Sachverhaltsebene durchaus „rechtlich richtig“, mithin rechtskonform sein kann. Die Entscheidung ist dann eben nur im Hinblick auf die (erkennbare) historische Wirklichkeit „falsch“, unter Umständen aber dergestalt rechtlich zwingend.

74 Ausführlich zu diesem letzten Aspekt *Barton*, FS Eisenberg, 15, 27 mit zahlreichen w.N. aktueller und historischer empirischer (Sozial-)Forschung zu strafrechtlichen „Fehlurteilen“, darunter u.a. *Löffler*, Die Opfer mangelhafter Justiz; *Sello*, Die Irrtümer der Strafjustiz; *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme; *Hellwig*, Justizirrtümer; *Peters*, Zeugenlüge und Prozeßausgang; *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozeß; *Kiwit*, Fehlurteile im Strafrecht; aus jüngerer Zeit *Kinzig*, in: *Barton et al.*, 81 f.; *Böhme*, Das strafergerichtliche Fehlurteil; *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz. Zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerk-

griff des (faktischen und / oder rechtlichen) Fehltrurteils beziehungsweise ersetzt ihn, wie *Kotsoglou* an anderer Stelle andeutet, durch den der Rechtsbeugung nach § 339 StGB,⁷⁵ so beraubt man sich letztlich ohne Not der – vor allem, aber nicht nur⁷⁶ – sprachlichen Mittel, auch die von § 339 StGB nicht erfassten Teilbereiche (rechts-)wissenschaftlich adäquat zu (er-)fassen. Die Rechtswissenschaft macht sich dann selbst sprachlos gegenüber der auch in anderen wissenschaftlichen Disziplinen auftretenden *Wahrnehmung* judikativer Fehlleistung.⁷⁷ Als Rechtssystem würde sie ersatzlos auf eine Perspektive verzichten, die das System des Rechts selbst spezifischer abbilden kann.

III. Fehlentscheidungen zwischen Recht, Unrecht und Nichtrecht – Als Gespenst unterwegs auf einem Geisterschiff?

1. Kategoriales „Zu(m)-Recht-Finden“

Sind (rechtliche wie tatsächliche) Fehltrurteile nun „schlechte“ Rechtsakte? Sind sie überhaupt *Rechtsakte*? Oder muss man ihnen stattdessen den Status der Nichtigkeit, vielleicht sogar des „Nichtrechts(akts)“ attestieren?

Für einen ersten Zugriff hilft es hier, sich zumindest grob die verschiedenen, grundsätzlich in Betracht kommenden Geltungskategorien von

male siehe *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung. Zum Risiko materiell fehlerhafter Entscheidungen *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile. *Barton*, FS Eisenberg, 15, 27, betont den fortbestehenden Forschungsbedarf „gerade auch in Deutschland“.

75 Vgl. *Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, S. 122.

76 Auch wenn die aktuelle Hirnforschung mittlerweile davon ausgeht, dass es auch „vorsprachliches Denken“ gibt, so können wir wohl doch jedenfalls das *besser* denken (und damit auch besser darüber „nach-denken“), was wir auch in Worte fassen, mithin benennen können. Zum Zusammenfallen von Denkbarem und Sagbarem grundlegend *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, 5.61. Die sprachphilosophischen Implikationen können an dieser Stelle nicht einmal angerissen werden. Für einen ersten Überblick zum Zusammenhang von Sprache und Denken aus sprachphilosophischer Sicht siehe beispielsweise *Schmidt*, Sprache und Denken.

77 Damit ist gemeint, dass wir ausgehend von den zwar defizitären, aber uns eben ausschließlich zur Verfügung stehenden Erkenntnissen, die unsere Sinne und unser Verstand liefern, im – auch wissenschaftlichen – Alltag relativ problemlos jedenfalls „eindeutige“ Fälle von Fehlentscheidungen ausmachen, mithin benennen können. Zur Feststellbarkeit von Fehltrurteilen in der Lebens- bzw. Alltagswelt siehe auch *Barton*, FS Eisenberg, 15, 24 f.

Recht zu vergegenwärtigen: (1.) das uneingeschränkt geltende, „fehlerfreie“, in *Merkl*s Worten das „idealgestaltige“⁷⁸ Recht; (2.) das geltende, aber aufgrund seiner Fehlerhaftigkeit angreifbare Recht, nach *Merkl* ein vernicht- bzw. anfechtbares „rechtliches Etwas“⁷⁹; (3.) das (für jedermann und von vornherein unbeachtliche) nichtige Recht; und schließlich (4.) das Nichtrecht, das bereits keinen Rechtscharakter, keinerlei Rechtsqualität aufweist.⁸⁰

Mutatis mutandis lässt sich diese Kategorisierung auch auf gerichtliche (Fehl-)Entscheidungen rückbeziehen, wenngleich diese als einzelfallbezogene „Rechtsaussprüche“ freilich nicht dem klassischen Begriff des *Rechts* als Summe der geltenden Rechtsnormen unterfallen.⁸¹

Da *per definitionem* (siehe oben) in einem förmlichen judikativen Entscheidungsverfahren ergangen, liegt nach hiesigem Verständnis bei einer Fehlentscheidung jedenfalls kein keinem staatlichen Zurechnungsakteur

78 *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, 379, spricht von der „gesetzlich vorgezeichneten Idealgestalt des Rechtsaktes“, der von „höherem Rechtswert“ sei.

79 *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, 376; noch plakativer S. 383: das „Recht“ (in Anführungszeichen). Derartige Rechtsakte seien „von allerdings geringerer rechtlicher Vollkommenheit“ (S. 377) als der „idealgestaltige“ Rechtsausspruch und daher von entsprechend „geringerem Rechtswert“ (S. 379).

80 *Merkl*s Begriffsverwendung ist an dieser Stelle etwas verwirrend: So spricht *Merkl* in „Justizirrtum und Rechtswahrheit“ in diesem Zusammenhang ganz überwiegend vom „Unrecht“ (vgl. *Merkl*, in: Mayer-Maly et al., 369, 379, 380, 383), wobei nicht ganz klar wird, ob er hier überhaupt zwischen nichtigem Recht und Nichtrecht unterscheidet. Jedenfalls begreift *Merkl* das „Unrecht“ als Gegenbegriff zum Recht bzw. „Recht“, also zu den Kategorien 1 und 2. In seiner zwei Jahre zuvor erschienenen Monographie „Die Lehre von der Rechtskraft“ differenziert er dagegen maßgeblich zwischen Recht und Nichtrecht, wobei „das Nichtrecht als kontradiktorischer Gegensatz von Recht dessen konträren Gegensatz, das Unrecht, das durch die Unrechtsfolgen charakterisiert ist, mit umfaßt“ (S. 291 Fn. 1). Das Unrecht scheint also nur ein Unterfall des Nichtrechts zu sein, dem wiederum auch „unrichtiges Scheinrecht zugehört“ (S. 279). Gleichzeitig bezieht sich *Merkl* auf das Unrecht als „Unrecht (oder Rechtswidrigkeit)“ (S. 291 Fn. 1), was wiederum den Schluss nahelegen könnte, Unrecht und Rechtswidrigkeit seien synonym zu verstehen – wobei *Merkl* „Rechtswidriges Recht“ eigentlich nur als „vorläufiger Hilfsbegriff“ (S. 279) dient. Daneben taucht der Begriff der „Nichtigkeit“ auf (siehe z.B. S. 292 f., 299), der jedoch nicht näher charakterisiert wird, wohl aber jedenfalls als *aliud* gegenüber dem (nur) anfechtbaren Recht zu verstehen ist (vgl. S. 293).

81 Siehe hierzu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 53 ff., 622 m.w.N.; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 202 ff.: Falsche Urteile, Nicht-Urteile, Nichtige Urteile.

zurechenbares Nichturteil als Nichtrecht(sakt) vor.⁸² Dass auch Kategorie 1, das „idealgestaltige“ Recht (beziehungsweise der „idealgestaltige“ Rechtsakt), ausscheiden muss, versteht sich hinsichtlich des Fehlurteils auf rechtlicher Ebene wohl von selbst. Gleichwohl gilt dieser Befund auch für die faktische – gegebenenfalls allein dergestalt rechtskonforme – Fehlentscheidung, da einerseits das Erreichen der materiellen Wahrheit stets als Rechtsideal zumindest mitzudenken ist⁸³ und andererseits jedenfalls die dauernde abstrakte Möglichkeit der Wiederaufnahme zugunsten der materiellen Wahrheit, insbesondere über § 362 Nr. 4 StPO sowie die umstrittene Nr. 5, besteht.⁸⁴ Ein Urteil ist eben nur dann wirklich „ideal(gestaltig)“, wenn es tatsächlich frei von rechtlichen *und* sachverhaltlichen Fehlern ist.

Zugespitzt ist daher zu fragen: Sind Fehlentscheidungen nur angreifbare (eben „fehlerbehaftete“; vgl. Kat. 2) oder schon nichtige Rechtsakte (vgl. Kat. 3)?

2. Nichtigkeit und Strafrecht

a) Nichtige strafrechtliche Entscheidungen?

Während es im Zivil- und im öffentlichen Recht mit der Nichtigkeitsklage nach §§ 578, 579 ZPO, auf die auch § 153 I VwGO verweist, zumindest einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für eine Urteilsnichtigkeit gibt, enthält die StPO keine entsprechende Regelung.⁸⁵ Es verwundert daher nicht, dass es insbesondere im Strafrecht seit jeher umstritten ist, ob gerichtliche Entscheidungen ausnahmsweise als nichtig im Sinne von für je-

82 Zur Definition strafrechtlicher Nichturteile als „solche, nur äußerlich in der Form eines ‚Urteils‘ erscheinende ‚Aussprüche‘ [...], die nicht mit dem Willen einer von der Rechtsordnung vorgesehenen, mit Rechtsprechungsaufgaben betrauten Stelle in die Öffentlichkeit gelangen“, Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 108 m.w.N. und Beispielen; vgl. auch Roeder, ZStW 79 (1967), 250, 263 ff. und Kudlich, FS Pékantez, 201, 203 f. mit geringfügig anderer Konnotation. Zur entsprechenden verwaltungsrechtlichen Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichen Nichtakten, bei denen überhaupt kein staatliches Zurechnungssubjekt vorhanden ist, und nichtigen Verwaltungsakten, die zwar rechtlich inexistent sind, bei denen eine solche „Zurechnung“ aber grundsätzlich gelingt, Münkler, Der Nichtakt, S. 177 f. Zur entsprechenden zivilrechtlichen Unterscheidung Reimer, Rechtstheorie 45 (2014), 383, 408 f.

83 Zu diesem Aspekt siehe bereits Fn. 52.

84 *Zugunsten* des Verurteilten wäre hier v.a. an § 359 Nr. 5 StPO zu denken.

85 Ähnlich Kudlich, NJW 2013, 3216, 3217: „Die StPO kennt die Nichtigkeit von Urteilen jedenfalls nicht explizit.“

dermann unbeachtlich angesehen werden können.⁸⁶ So hat die herrschende Meinung im Schrifttum die Nichtigkeit von Strafurteilen Anfang des 20. Jahrhunderts zunächst mehr oder minder einhellig verneint,⁸⁷ Mitte des 20. Jahrhunderts dann mehr oder minder einhellig bejaht⁸⁸ und in jüngerer Zeit scheint sich erneut eine deutlich nichtigkeitskritischere Haltung durchgesetzt zu haben.⁸⁹ Die Rechtsprechung wiederum geht zwar von der abstrakten Möglichkeit nichtiger strafrechtlicher Entscheidungen aus, nimmt aber im Einzelfall kaum einmal tatsächlich eine Urteilsnichtigkeit an.⁹⁰

Ohnehin lässt sich eine ganze „Armada“⁹¹ an rechtstheoretischen wie rechtsdogmatischen Argumenten gegen die Existenz nichtiger (Straf-)Urteile ins Feld führen, allen voran das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit, das Fehlen praktikabler Abgrenzungskriterien⁹² sowie das Nichtvorhandensein eines Verfahrens zur Feststellung der Nichtigkeit.⁹³ Auch stellen sich rechtslogische – Anfechtbarkeit eines rechtlichen Nullums? – und mit Blick auf ein mehr oder minder uneingeschränktes Notwehrrecht

86 Zu diesem Aspekt auch *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 105 m.w.N.

87 Vgl. hierzu *Luther*, ZStW 70 (1958), 87, 90 mit zahlreichen w.N. in Fn. 20. Einen „historischen Rückblick“ liefert *Roeder*, ZStW 79 (1967), 250 ff.

88 Vgl. nur *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250; ablehnend aber u.a. bereits *Sarstedt*, JR 1955, 351, 352.

89 So z.B. bei *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 108; *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, S. 197 Fn. 128; *Kudlich*, NJW 2013, 3216, 3217: „Im Ergebnis spricht daher viel gegen die Anerkennung der Kategorie der ‚Urteilsnichtigkeit‘“. Ebenfalls die Nichtigkeit ablehnend *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 29 ff.; *Leitmeier*, NStZ 2014, 690, 692.

90 Vgl. z.B. RGSt 40, 271, 273; BGH, NStZ 1984, 279; BVerfG, NJW 1985, 125; BGHSt 33, 126, 127; 42, 314, 320; 45, 37; 45, 58; OLG Düsseldorf MDR 1993, 376; BGH NStZ 2009, 579. Die Nichtigkeit bejaht haben dagegen u.a. das OLG Köln, NStZ-RR 2002, 341 sowie das OLG München, NJW 2013, 2371 m. abl. Anm. *Meyer-Gofßner*, StV 2013, 613 ff.; ebenfalls abl. *Leitmeier*, NStZ 2014, 690 ff.

91 *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 31.

92 Wann genau ist ein Fehler derart schwer, wann genau derart offensichtlich, dass eine nichtige Entscheidung denkbar erscheint?

93 BGHSt 45, 58, 61 f. stellt die Argumente überblicksartig m.w.N. zusammen. Weiter sind zu nennen: die Funktion des Wiederaufnahmeverfahrens zur Beseitigung von (denkbaren) Fehlentscheidungen; die mögliche Beeinträchtigung der Schutzfunktion des Grundsatzes *ne bis in idem*; der Schutz der Verfassungsbeschwerde; das Verschlechterungsverbot nach § 331 StPO und die Menschenwürde (zu den beiden letzten Punkten siehe *Leitmeier*, NStZ 2014, 690, 694 f.). Ausführlich zum Ganzen auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 255 ff.; vgl. auch *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, S. 197 Fn. 128; *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 32 m.w.N. und *Kudlich*, NJW 2013, 3216, 3217.

des Verurteilten gegen nichtige Strafurteile auch rechtspraktische, letztlich vollzugsrechtliche Fragen.⁹⁴

b) (Teilweise) Reaktivierung der *Merkl'schen* Lehre vom Fehlerkalkül

Die von *Merkl* Anfang des 20. Jahrhunderts entwickelte Lehre vom Fehlerkalkül als positiv-rechtlicher Anordnung zur rechtlichen „Sanierung“ eines fehlerhaften Rechtsaktes ergänzt nun diese Argumentationskaskade um den Aspekt der Systemkohärenz.⁹⁵

Nach *Merkl* hebt die bloße positiv-rechtliche Bereitstellung eines Mittels zur Fehlerbehebung (hier also vor allem die formalisierten Rechtsbehelfe der StPO und das Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 359 ff. StPO⁹⁶) ein fehlerbehaftetes – und damit nach *Merkl a priori* nichtiges – Urteil gleichsam „über die Schwelle des Rechts“, macht es also jedenfalls zum „Recht“ (in Anführungszeichen!).⁹⁷ Denn, so *Merkl*, ein „[fehlerbehafteter] Akt, gegen den die Rechtsordnung ein Rechtsmittel bereitstellt, wird *dadurch* mit rechtlicher Relevanz ausgestattet, mit, wenn auch bedingter, Geltung in die Rechtsordnung eingestellt“⁹⁸. Das bewusste gesetzliche In-Rechnung-Stellen von Fehlleistungen macht somit aus einem „rechtlichen Nichts“ ein – wenngleich vernicht- bzw. anfechtbares – „rechtliches Etwas“.⁹⁹

Das ist durchaus einleuchtend: Wo es ein gesetzliches „Fehlerbehebungssystem“ gibt, da besteht nicht nur kein Bedürfnis nach Nichtigkeit,¹⁰⁰ sondern die Nichtigkeit wäre dann gleichsam ein „Systembruch“¹⁰¹, eine

94 Vgl. *Kudlich*, FS Pekcanitez, 201, 212; zum ersten Aspekt siehe auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 253 f.; *Meyer-Goßner*, ZIS 2009, 519, 522.

95 Echt systemtheoretisch könnte man dies sogar als Autoimmunisierungsstrategie des Rechtssystems gegen äußere Einflussnahmen – insbesondere durch das Politik- sowie das teilweise nach dem Moralkriterium unterscheidende Gesellschaftssystem – bezeichnen. Zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten hinsichtlich der „Geburtshilfestrategie“ *Kelsens*, der Alternativbestimmung, siehe *Cadore*, in: *Jestaedt/Poscher/Kammerhofer*, 177 ff.; *Hilbert*, ZöR 2017, 549 ff.

96 Daneben aber u.a. auch: die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG, die Wiederaufnahme nach § 79 BVerfGG, die Entscheidung nach § 458 I StPO sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 44 StPO.

97 Vgl. *Merkl*, in: *Mayer-Maly et al.*, 369, 376, 379.

98 *Merkl*, in: *Mayer-Maly et al.*, 369, 376, Hervorhebung durch die Verf.

99 Vgl. *Merkl*, in: *Mayer-Maly et al.*, 369, 376.

100 So aber wohl das zentrale Argument *Kudlich's*, FS Pekcanitez, 201, 216, gegen die Annahme der Nichtigkeit.

101 Ähnlich *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 33.

Anomalie im auf Heilung ausgerichteten positiv-rechtlichen Sanierungskonzept.¹⁰² Denn rechtlich *saniert* werden kann nur etwas rechtlich *Bestehendes*. Ein rechtliches Nullum ist dagegen kein taugliches „Sanierungsobjekt“.¹⁰³

c) Unabwendbares Nichtigkeitsbedürfnis bei systeminternen und -externen Sachverhalten?

Ist damit nun alles gesagt? Und: Gelten diese Überlegungen nur systemintern oder lassen sich hieraus auch Rückschlüsse auf systemexterne, das heißt materiell¹⁰⁴ vom „Fehlerbehebungssystem“ nicht erfasste Sachverhalte ziehen?

Aus rechtssystematischer Warte ergibt sich – ausgehend von *Merkl*s Fehlerkalkül – folgendes Bild: Ist die Nichtigkeit nicht beziehungsweise nur für bestimmte (vorliegend nicht einschlägige) Fälle gesetzlich normiert und besteht (im Übrigen) ein einigermaßen differenziertes positiv-rechtliches Fehlerbehebungs-, also „Rechtssanierungssystem“, so spricht diese gesetzliche Rahmgestaltung hinsichtlich systeminterner Sachverhalte angesichts der Lehre vom Fehlerkalkül ausdrücklich (siehe oben), hinsichtlich systemexterner Konstellationen jedenfalls *prima facie* dafür, Nichtigkeit nur in den (gegebenenfalls) normierten Fällen, ansonsten aber *nicht* anzunehmen.¹⁰⁵ Denn schließlich hätte in *beiden* Konstellationen „einfach“ eine entsprechende positiv-rechtliche Nichtigkeitsregelung erlassen werden können. Nichtigkeit ließe sich in diesen Fällen daher wohl allenfalls im Wege einer Art planwidrigen Regelungslücke, als ungewolltes „gesetzgeberisches Vergessen“, konstruieren¹⁰⁶ – entweder, weil die spezifische (Nichtigkeits-)Feh-

102 Die Begrifflichkeit ist angelehnt an *Merkel*, in: Mayer-Maly et al., 369, 376, der von einer „rechtlichen Sanierung“ des „fehlerhaften“ Rechtsaktes spricht. Die argumentatorische Grundstruktur des Fehlerkalküls kann dabei unabhängig von (s)einer Einbettung in *Kelsens* „Reine Rechtslehre“ und den Stufenbau der Rechtsordnung bestehen. Entsprechend finden sich in der Literatur ähnliche Ansätze bereits vor deren bzw. dessen Entwicklung, so z.B. bei *Friedländer*, GS 58 (1901), 339, 344, zitiert nach *Roeder*, ZStW 79 (1967), 254.

103 Plakativ: Nur ein bestehendes (existierendes) Haus kann saniert werden.

104 Gemeint ist damit die inhaltlich-sachverhaltliche Erfassung unabhängig von einem etwaigen Fristen(ab)lauf.

105 Ähnlich *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 256; *Roeder*, ZStW 79 (1967), 250, 254; *Kudlich*, NJW 2013, 3216, 3217.

106 In diese Richtung wohl auch *Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. Kap. 13, S. 158 f., zitiert nach *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250, 255.

lerfolge nicht mitbedacht wurde (*systemintern*) oder man den Fehler als solchen (inklusive seiner Nichtigkeitsfolge) übersehen hat (*systemextern*). Es bräuchte also (1.) eine Lücke, (2.) deren Planwidrigkeit und (3.) eine vergleichbare Interessenlage, die wiederum nur dann bestünde, wenn die Fallgestaltung (jedenfalls) den Schweregrad (gegebenenfalls) normierter Nichtigkeitsgründe erreicht.

Begreift man die Nichtigkeit dagegen eher als Ausfluss einer Art naturrechtlichen Notwendigkeit, als zwingendes Erfordernis materieller Gerechtigkeit jenseits rechtssystematischer Verortungs- und Fehlerkalkül-Erwägungen,¹⁰⁷ dann müsste die Anerkennung der Gültigkeit eines fehlerhaften Urteils für die Rechtsgemeinschaft jedenfalls – so auch der BGH in unübersehbarer Anlehnung an die *Radbruchsche* Formel – „geradezu unerträglich“ sein, weil „die Entscheidung dem Geist der Strafprozessordnung und wesentlichen Prinzipien unserer rechtsstaatlichen Ordnung widerspricht“¹⁰⁸.

Perspektivunabhängig lässt sich die Nichtigkeit von Urteilen damit allenfalls (!) dann rechtfertigen, wenn hierfür ein echtes, unabwendbares Bedürfnis besteht, entweder weil andernfalls eine ungewollte und so nicht hinnehmbare Inkonsequenz der Rechtsordnung droht (Stichwort: planwidrige Regelungslücke),¹⁰⁹ oder aber eine schier unerträgliche (Rechts-)Situation entstünde. Besteht ein solches Bedürfnis hingegen nicht, dann *brauchen* wir eine solche „Sonderkategorie“¹¹⁰ nicht nur *nicht*,¹¹¹ sondern sie ließe sich auch rechtssystematisch nicht überzeugend begründen. Allein der Umstand, dass ein Urteil mit besonders krassen und gegebenenfalls of-

107 Vgl. hierzu Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl. K Rn. 114; Roeder, ZStW 79 (1967), 250, 257 f.

108 BGH NSTZ 1984, 279; vgl. hierzu auch Grünwald, ZStW 76 (1964), 250, 250 f. mit zahlreichen w.N. sowie Neumann, Wahrheit im Recht, S. 46. Zur strukturellen Parallelität der Frage der Nichtigkeit von Fehlentscheidungen und der nach den Grenzen der Verbindlichkeit extrem ungerechter Gesetze i.S.d. *Radbruchschen* Formel siehe Saliger, Radbruchsche Formel, S. 54 ff. *Radbruch* selbst bezeichnet den Streit um die „absolute Nichtigkeit“ formell rechtskräftiger Urteile wegen besonders schwerer Verstöße als ein „positivrechtliches Analogon zu dem rechtsphilosophischen Problem der Gültigkeit unrichtigen positiven Rechts“, *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 175; vgl. hierzu auch ders., Rechtsphilosophie, S. 278 f.

109 Vgl. hierzu Schwacke, Methodik, S. 131.

110 Begrifflichkeit nach Kudlich, FS Pekcanitez, 201, 216.

111 Vgl. aber Kudlich, FS Pekcanitez, 201, 216.

fensichtlichen Mängeln behaftet ist, kann diese Argumentationslast jedenfalls nicht schultern.¹¹²

Zumindest für systeminterne Sachverhalte wird sich ein solches unabwendbares Bedürfnis jedoch kaum je begründen lassen: So ist es einerseits im Rahmen einer Rechtsordnung, die – wie die StPO – keine normierten Nichtigkeitsgründe kennt, keine Inkonsequenz dieser Rechtsordnung, sondern gerade deren konsequente Umsetzung, wenn adressierte Fehler „nur“ innerhalb des zur Verfügung gestellten gesetzlichen Rahmens und damit ohne Nichtigkeitsfolge behoben werden.¹¹³ Andererseits führt die Anerkennung fehlerhafter Entscheidungen in diesen Fällen auch nicht zu einer den wesentlichen Prinzipien unserer rechtsstaatlichen Ordnung widersprechenden, „geradezu unerträglichen“ (Rechts-)Situation, die wiederum nur durch die Annahme von Nichtigkeit „aufgelöst“ werden kann. Denn wenn eben diese Rechtsordnung selbst (systemintern) die einschlägigen Mittel zur Fehlerbehebung bereithält, dann ist diese Art der systeminternen Fehlerbehebung – qua Rechtsbehelf, ohne Nichtigkeitsfolge – letztlich gerade Prinzip dieser Rechtsordnung. Und da es (definitionsgemäß adressierte und jedenfalls grundsätzlich taugliche) Mittel zur Fehlerbehebung gibt, entsteht auch keine so, das heißt ohne Nichtigkeitsannahme, nicht mehr „ertragbare“ Rechtssituation, sondern die rechtliche Ausgangslage selbst ermöglicht ein „Wieder-Erträglich-Werden“ durch ihre eigenen Mittel.¹¹⁴

112 Oftmals wird jedoch allein auf diesen Aspekt abgestellt, so z.B. bei *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 46.; vgl. auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 250: „Es ist heute herrschende Meinung in der strafprozessualen Literatur, daß Urteile, die mit besonders krassen Mängeln behaftet sind, die Wirkungen, die sie herbeizuführen bestimmt sind, nicht auszulösen vermögen.“

113 Dass der Gesetzgeber die Nichtigkeit als „Kategorie“ im Strafrecht in Gänze übersehen hat, erscheint angesichts ihrer zumindest teilweisen Normierung in anderen Rechtsgebieten kaum vorstellbar.

114 Als Anknüpfungspunkt für eine „unerträgliche Rechtssituation“ verbliebe damit letztlich nur der Umstand, dass ein *tatsächliches* „Wieder-Erträglich-Werden“ unter dem Vorbehalt fristgerechter Rechtsbehelfseinlegung steht. Dieses Erfordernis erscheint jedoch angesichts der Regelungen u.a. der §§ 44, 140, 141 StPO sowie mit Blick auf die umfassend statuierten Belehrungspflichten als noch zumutbar, jedenfalls seinerseits „erträglich“.

d) Konsequenzen im Bereich des Strafrechts

Was folgt hieraus nun *in concreto*? Im Strafrecht „aktuell geltender Fassung“¹¹⁵ wird man davon ausgehen dürfen, dass die ganz überwiegende Anzahl von Fehlerurteilen ohnehin bereits durch das fein abgestufte Netz an „Fehlerbehebungsmitteln“ adressiert wird – zu denen ja neben Berufung, Revision und Wiederaufnahme auch „exotischere“ Möglichkeiten wie etwa die gerichtliche Entscheidung nach § 458 I StPO sowie die Möglichkeiten der Verfassungsbeschwerde zu zählen sind.¹¹⁶ Strafrechtliche Fehlentscheidungen erfolgen daher in aller Regel materiell systemintern und sind damit grundsätzlich im Bereich des – wenngleich „angreifbaren“ – „Rechts“ als geltende, aber fehlerbehaftete Rechtsakte anzusiedeln.¹¹⁷

Ließe sich doch einmal ein systemexterner (Phantasie-)Fall¹¹⁸ bilden, müsste jedenfalls dezidiert nachgewiesen und begründet werden, warum trotz der Vielzahl der erwähnten Gegenargumente ausnahmsweise doch ein zwingendes Bedürfnis nach Nichtigkeit besteht.

Bisher, so scheint mir jedenfalls, ist dies, insbesondere im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang klassischerweise aufgerufenen Fallgruppen: die Verurteilung des falschen („personenverwechselten“) Angeklagten, die Verurteilung zu einer dem StGB „unbekannten“ Strafe, die Entscheidung von (Revolutions-)Tribunalen, noch nicht hinreichend gelungen.¹¹⁹

115 Allein hierauf beziehe ich mich im Rahmen dieser Untersuchung.

116 Weitere Beispiele nennt Fn. 96. Eine Übersicht über die verschiedenen „gesetzlich vorgesehenen Korrekturmöglichkeiten“ liefert *Brinkmann*, Anwendungsbereich, S. 39 ff.

117 Ausführlich hierzu unter III.2.c). Auf rechtskonforme faktische Fehlerurteile, die daher nur bedingt Adressaten von *Rechtsfehlerbehebungsmitteln* sein können, zielt jedenfalls auch das Wiederaufnahmeverfahren (siehe III.1.).

118 Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen u.a. vor dem Hintergrund des *Merklschen* Fehlerkalküls ausführlich *Samonig*, Fehlerkalkül. Jedenfalls wären hinsichtlich (nationaler) letztinstanzlicher Entscheidungen auch statthaft Rechtsbehelfe auf unionsrechtlicher und internationaler Ebene zu berücksichtigen.

119 Zu diesen „klassischen“ Fallgruppen, die sich wiederum allesamt mit den „klassischen“ Fehlerbehebungsmitteln der StPO bzw. des GG (i.V.m. BVerfGG) „lösen“ lassen (hier: Revision z.B. gestützt auf eine Verletzung von § 230 StPO bzw. Art. 103 I GG, von § 1 StGB, Art. 103 II GG bzw. Wiederaufnahme wegen Rechtsbeugung, §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO; Verfassungsbeschwerde z.B. wegen der Verletzung des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 II S. 2 GG, des Willkürverbots nach Art. 3 I GG bzw. des Analogieverbots nach Art. 103 II GG; hinsichtlich der Entscheidung eines Revolutionstribunals läge mangels eines staatlich legitimierten Zurechnungsakteurs bereits kein Recht, sondern bloßes Nichtrecht vor, welches von vornherein keinerlei Rechtswirkungen zeitigt, vgl. III.1.), siehe *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Einl.

Literaturverzeichnis:

- Aichele, Alexander/Borowski, Martin/Holzleithner, Elisabeth/Renzikowski, Joachim (Hrsg.), *Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* 3/2018, III–IV.
- Alsborg, Max: *Justizirrtum und Wiederaufnahme*, 1. Auflage, Berlin 1913.
- Barton, Stephan: „Das Fehlurteil gibt es nicht“ – gibt es doch!, in: Goeckenjan, Ingke/Puschke, Jens/Singelnstein, Tobias (Hrsg.): *Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive*. Festschrift für Ulrich Heisenberg zum 80. Geburtstag, Berlin 2019, S. 15–31 (zitiert als: FS Eisenberg).
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsgg. v. Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 66. Ed. 1.5.2023, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter:in* in BeckOK-BGB).
- Beck'scher Online-Kommentar ZPO, hrsgg. v. Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 48. Ed. 1.3.2023, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter:in* in BeckOK-ZPO).
- Bernhardt, Wolfgang: *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß*, in: *Beiträge zum Zivilprozessrecht*. Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München 1949, S. 9–50 (zitiert als: FG Rosenberg).
- Bernhardt, Wolfgang: *Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß*, *Juristenzeitung* 1963, S. 245–247.
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine: *Strafprozessrecht*, 16. Auflage, Heidelberg 2022.
- Böhme, Toni: *Das strafgerichtliche Fehlurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?*, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Brinkmann, Sara: *Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO*, 1. Auflage, Berlin 2017.
- Cadore, Rodrigo Garcia: *Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül*, in: Jestaedt, Matthias/Poscher, Ralf/Kammerhofer, Jörg (Hrsg.): *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*, 1. Auflage, Stuttgart 2020, S. 177–203.
- Deckert, Martina R.: *Recht und Wahrheit: Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996), S. 43–54.
- Dunkel, Barbara: *Fehlentscheidungen in der Justiz*, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Engisch, Karl: *Wahrheit und Richtigkeit*, 1. Auflage, München 1963.
- Engländer, Armin: *Der Begriff der freien Überzeugung in § 261 StPO im Lichte der Erkenntnistheorie*, in: Alexy, Robert (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung*, ARSP Beiheft Nr. 104, Stuttgart 2005, S. 85–98.
- Erb, Volker: *Zur „Legitimation“ von Fehlverurteilungsrisiken*, in: Hanack, Ernst-Walter/Mehle, Volkmar/Hilger, Hans/Widmaier, Gunter (Hrsg.): *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, Berlin 2002, S. 77–93 (zitiert als: FS Riess).
- Fischer, Thomas: *Warum lässt das Revisionsrecht Fehlurteile zu?*, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Köbel, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): *„Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlurteile im Strafprozess*, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 253–274.

K Rn. 118 ff. Zu den wenigen Fällen, in denen die Rspr. tatsächlich die Nichtigkeit bejaht hat, siehe die dazu ergangenen kritischen Stimmen im Schrifttum, vgl. hierzu bereits Fn. 90.

- Freund, Georg*: Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“: eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale, 1. Auflage, Heidelberg 1987.
- Gilles, Peter*: Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozess, in: Lüke, Gerhard/Jauering, Otto (Hrsg.): Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183–201 (zitiert als: FS Schiedermaier).
- Gilliéron, Gwladys*: Fallstricke für die Wahrheitsfindung in summarischen Verfahren, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Köbel, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlerurteile im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 59–78.
- Gössel, Karl-Heinz*: Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess, 1. Auflage, Berlin 2000.
- Gräns, Minna*: Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, 1. Auflage, Berlin 2002.
- Greco, Luis*: Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 1. Auflage, Berlin 2015.
- Grünwald, Gerald*: Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76 (1964), S. 250–263.
- Hellwig, Albert Ernst Karl Marx*: Justizirrtümer, 1. Auflage, Minden 1914.
- Hilbert, Patrick*: Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, Zeitschrift für Öffentliches Recht 2017, 549–577.
- Hirschberg, Max*: Das Fehlerurteil im Strafprozess: zur Pathologie der Rechtsprechung, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1962.
- Hirtz, Bernd*: Der Umgang mit der Wahrheit im Zivilprozess, Anwaltsblatt 12/2006, S. 780–783.
- Horn, Norbert*: Die Rechtsphilosophie und das Rätsel Metaphysik, Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 3/2018, S. 207–240.
- Hübner, Johannes*: Einführung in die theoretische Philosophie, 1. Auflage, Stuttgart 2015.
- Kargl, Walter*: Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 105 (2019), 171–204.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, hrsgg. v. Barthe, Christoph/Gericke, Jan, 9. Auflage, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter:in* in KK-StPO).
- Kaufmann, Marcel*: Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1. Auflage, Tübingen 2002.
- Kinzig, Jörg*: Freispruch nach Untersuchungshaft – Folgerungen für die Fehlerurteilsforschung, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Köbel, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehlerurteile im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 79–102.
- Kiwit, Walter*: Fehlerurteile im Strafrecht: Entstehung, Gesetzmäßigkeiten und Möglichkeiten zur Vermeidung untersucht an Wiederaufnahmeverfahren im OLG-Bezirk Hamm aus der Zeit von 1950–1958, 1. Auflage, Münster 1964.

- König, Stefan: Das Unternehmen Unschuld, in: *Zeit* 2022, Nr. 48, S. 22 (online verfügbar auf: <https://www.zeit.de/2022/48/projekt-fehlerurteil-und-wiederaufnahme-innocence-project-unschuld>, zuletzt aufgerufen am 15.02.2023).
- Kotsoglou, Kyriakos N.: Das Fehlerurteil gibt es nicht, *Juristenzeitung* 2017, S. 123–132.
- Kotsoglou, Kyriakos N.: *Forensische Erkenntnistheorie*, 1. Auflage, Berlin 2015.
- Kudlich, Hans: Nichtigkeitsurteile im Zivil- und Strafprozessrecht, in: Pekcanitez, Hakan/Uzunalli, Sevilay (Hrsg.): *Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez*, Izmir 2015, S. 201–216 (zitiert als: FS Pekcanitez).
- Kudlich, Hans: Nichtigkeit eines Strafurteils nach informeller Verständigung und fehlender Sachaufklärung, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, S. 3216–3218.
- Leitmeier, Lorenz: Sind rechtswidrig „gedeilte“ Urteile nichtig?, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2014, S. 690–695.
- Löffler, Karl: *Die Opfer mangelhafter Justiz: Galerie der interessanten Justizmorde aller Völker und Zeiten*, 2. Auflage, Jena 1873.
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner: *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar.*, 27. Auflage, Berlin, Boston 2016 (zitiert als: *Bearbeiter:in* in Löwe/Rosenberg StPO).
- Luther, Gerhard: Zur Nichtigkeit von Strafurteilen, insbesondere im Jugendrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 70 (1958), S. 87–104.
- Merkel, Adolf Julius: *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1. Auflage, Leipzig 1923.
- Merkel, Adolf Julius: Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Mayer-Maly, Dorothea/Schambeck, Herbert/Grussmann, Wolf-Dietrich (Hrsg.): *Gesammelte Schriften*, Bd. 1: *Grundlagen des Rechts*, 1. Auflage, Berlin 1993.
- Meyer-Goßner, Lutz: Der „falsche“ Angeklagte, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, S. 519–525.
- Meyer-Goßner, Lutz: Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nach informeller Verständigung und Nichtigkeit des Urteils, *Strafverteidiger* 2013, 613–615.
- Miebach, Klaus/Hohmann, Olaf (Hrsg.): *Wiederaufnahme in Strafsachen*, 1. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter:in* in Miebach/Hohmann).
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, hrsgg. v. Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut, Band 2, 1. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter:in* in MüKo-StPO).
- Münkler, Laura: *Der Nichtakt – Eine dogmatische Rekonstruktion*, 1. Auflage, Berlin 2015.
- Neumann, Ulfrid: Besprechung von Seel, Wahrheit im Strafprozess, *JuristenZeitung* 2022, S. 30–32.
- Neumann, Ulfrid: Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), S. 52–74.
- Neumann, Ulfrid: *Wahrheit im Recht: Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, 1. Auflage, Baden-Baden 2004.

- Oswald, Margit E./Wylter, Helen*: Fallstricke auf dem Weg zur „richtigen“ Entscheidung im Strafrecht: Eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Barton, Stephan/Dubelaar, Marieke/Köbel, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.): „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“ – Fehltritte im Strafprozess, 1. Auflage, Baden-Baden 2018, S. 103–132.
- Peters, Karl*: Zeugenlüge und Prozeßausgang, 1. Auflage, Bonn 1939.
- Poscher, Ralf*: Wahrheit und Recht – Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 89 (2003), S. 200–215.
- Radbruch, Gustav*: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.
- Radbruch, Gustav*: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsgg. v. Wolf, Erik/Schneider, Hans-Peter, Stuttgart 1973.
- Reimer, Philipp*: Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit, Rechtstheorie 45 (2014), S. 383–414.
- Roeder, Hermann*: Die Begriffsmerkmale des Urteils im Strafverfahren, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 79 (1967), S. 250–303.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12., überarbeitete Auflage, München 2022.
- Saliger, Frank*: Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1. Auflage, Heidelberg 1995.
- Samonig, Luka*: Fehlerkalkül – Alternativermächtigung – Revolution, 1. Auflage, Wien 2022.
- Sarsted, Werner*: Anmerkung zu Urteil des KG 2. StS v. 23.5.55, Juristische Rundschau 1955, 351–352.
- Schmidt, Siegfried J.*: Sprache und Denken als Sprachphilosophisches Problem von Locke bis Wittgenstein, 1. Auflage, Den Haag 1968.
- Schuhr, Jan C.*: Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage, Juristenzeitung 2008, S. 603–611.
- Schwacke, Peter*: Juristische Methodik, 5. Auflage, Stuttgart 2011.
- Seel, Sebastian*: Wahrheit im Strafprozess, 1. Auflage, Berlin 2021.
- Sello, Erich*: Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen: Geschichte der Justizmorde von 1797–1910, 1. Auflage, Berlin 1911/Schifferstadt 2001.
- Velten, Petra*: Fehlentscheidungen im Strafverfahren, Goldammer's Archiv 2015, S. 387–409.
- Volk, Klaus/Engländer, Armin*: Grundkurs StPO, 10. Auflage, München 2021.
- Volk, Klaus*: Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht: zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1. Auflage, Ebelsbach 1978.
- Weßlau, Edda*: Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2014, S. 558–564.
- Wittgenstein, Ludwig*: Tractatus logico-philosophicus – Logisch Philosophische Abhandlung, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2019.
- Wittgenstein, Ludwig*: Über Gewißheit, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1990.

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 Inkonzsequenz 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.

Verzeichnis der Autor:innen

Dr. Markus Abraham, M.A.: Habilitand am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. Jochen Bung) an der Universität Hamburg und Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

PD Dr. Jannis Lennartz: Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin

Dr. Kristina Peters, M.A.: Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie (Prof. Dr. Armin Engländer) an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Dr. Bettina Rentsch, LL.M. (Univ. of Michigan): Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin

Dr. Nina Schrott: Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie (Prof. Dr. Armin Engländer) an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Dr. Rike Sinder, M.A.: Habilitandin am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie (Abt. 3: Rechtstheorie) (Prof. Dr. Matthias Jestaedt) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Amadou Korbinian Sow: Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin

