

Karl-Ludwig Kunz  
Martino Mona

# Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie

Eine Einführung in die  
theoretischen Grundlagen  
der Rechtswissenschaft

2. Auflage



Karl-Ludwig Kunz,

Martino Mona

# **Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie**

Eine Einführung in die theoretischen  
Grundlagen der Rechtswissenschaft

2., neu bearbeitete und ergänzte Auflage

Haupt Verlag

Bern · Stuttgart · Wien

*Karl-Ludwig Kunz* ist emeritierter Professor für rechtswissenschaftliche Grundlagenfächer, Strafrecht und Kriminologie an der Universität Bern.

*Martino Mona* ist Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie an der Universität Bern.

2. Auflage 2015

1. Auflage 2006

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

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

2015 © Haupt, Bern

Das Werk ist einschließlich aller seiner Textteile urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Umschlagsgestaltung: Atelier Reichert, D-Stuttgart

Satz: Verlag die Werkstatt, D-Göttingen

Printed in Germany

UTB-Band-Nr.: 2788

ISBN: 978-3-8252-4190-7

## Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch ist eine Frucht gemeinsamer Erfahrung in der Lehre der theoretischen Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft an der Universität Bern. Obwohl die Rohfassungen der einzelnen Kapitel aus der Feder je eines Autors stammen, ist die Arbeit ein echtes Gemeinschaftswerk, das als Konzept und in allen seinen Teilen durch wechselseitige Anregung und Kritik zustande gekommen ist.

Bei den meisten Abschnitten sind Lektüreempfehlungen sowie Hinweise auf wichtige Klassiker und weitere Literatur vorangestellt. Hierzu sei vorbemerkt: Unser Buch ist ein Lehrbuch, das eine einführende Gesamtdarstellung in drei verschiedene Fächer geben will, die sich erst nach einer vertieften Lektüre weiterer Literatur, insbesondere der Klassiker, umfassend erschliessen lassen. Die relativ häufigen, oft in der Originalsprache wiedergegebenen Zitate aus bedeutenden Werken sollen diesbezüglich auch das Gefühl für die besondere Fachsprache schulen. Querbezüge im Text werden durch Verweise auf Vorangehendes (< Kapitel [Kp]... Randnummer [Rn]...) und Nachfolgendes (> Kp ... Rn ...) hergestellt und sollen so die Lesefreundlichkeit verbessern und Zusammenhänge transparent machen. Grafische Zusammenfassungen und „Textfenster“ gewährleisten den Überblick und regen zum aktiven Nachdenken an.

Bern, im Januar 2006

Karl-Ludwig Kunz und Martino Mona

## Vorwort zur 2. Auflage

Die freundliche Aufnahme des Buches von Studierenden erlaubt die Erstellung einer zweiten Auflage. Die Struktur wurde beibehalten. Änderungen beziehen sich hauptsächlich auf den Feinschliff des Inhalts und die lesefreundliche Darstellung. Der Text wurde überarbeitet und die Literaturhinweise aktualisiert. Einzelne Kapitel wurden ergänzt oder neu gestaltet. Ein grosser Dank geht an unsere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die mit viel Einsatz und Können bei dieser Neuauflage mitgewirkt haben: NORA SCHEIDEGGER, SIBYLLE VON FISCHER, FABIAN ODERMATT, NICOLAS LEU und THOMAS HAENY haben das Manuskript kritisch gelesen und viele nützliche Verbesserungsvorschläge gemacht. Ganz besonders bedanken wir uns bei ELIAS MOSER, der zusätzlich die Korrekturarbeiten koordiniert hat und die Verzeichnisse erstellt hat. Es versteht sich, dass weiterhin allein die beiden Autoren für Unzulänglichkeiten „mittäterschaftlich“ zur Rechenschaft gezogen werden dürfen.

Bern, im Oktober 2014

Karl-Ludwig Kunz und Martino Mona

# Inhaltsverzeichnis

<i>Aus dem Vorwort zur 1. Auflage</i> .....	V
<i>Vorwort zur 2. Auflage</i> .....	VI
<i>Verzeichnis der Fenster</i> .....	XI
<b>Kapitel 1 Einleitung</b> .....	1
<b>Kapitel 2 Das Recht und seine theoretische Betrachtung</b> .....	3
2.1 Die drei Dimensionen des Rechts .....	3
2.2 Recht als Teil der lebenspraktischen Interaktion .....	6
2.3 Distanzierung vom lebenspraktischen Zusammenhang .....	9
2.4 Grundlagenfächer und praktische Jurisprudenz .....	12
2.5 Das Service-Modell der Grundlagenfächer .....	14
2.6 Das Reflexions-Modell der Grundlagenfächer .....	18
2.6.1 Positivität des Rechts .....	22
2.6.2 Rationalität des Rechts .....	24
2.6.3 Systematische Verletzung von Regeln der Prinzipientreue .....	26
<b>Kapitel 3 Die Themenzugänge der theoretischen Grundlagenfächer</b> ..	27
3.1 Positivistische und nichtpositivistische Erkenntnishaltung in den theoretischen Grundlagenfächern .....	28
3.2 Rechtsphilosophie: Gerechtigkeit naturrechtlich oder rechtspositivistisch .....	31
3.3 Rechtstheorie: Formale Stimmigkeit oder ganzheitliche Vernunft .....	35
3.4 Rechtssoziologie: Tatsächlichkeit oder verstehend zu rekonstruierende Lebenswelt .....	37
3.5 Konsequenzen für die Gesamtheit der Grundlagenfächer .....	38
<b>Kapitel 4 Von der historischen Entwicklung zu einem systematischen         Verständnis der theoretischen Grundlagenfächer</b> .....	43
4.1 Rechtsphilosophie – Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus .....	44
4.1.1 Naturrecht .....	46
4.1.1.1 <i>Das Naturrecht der Antike</i> .....	48

4.1.1.2	<i>Die Naturrechtslehre des frühen Christentums: Augustinus</i> . . . . .	58
4.1.1.3	<i>Das scholastische Naturrecht des Mittelalters: Thomas von Aquin.</i> . . . . .	59
4.1.1.4	<i>Das Vernunftrecht der Neuzeit</i> . . . . .	62
4.1.2	Das Ende des klassischen Naturrechts. . . . .	68
4.1.2.1	<i>Drei klassische Einwände gegen das Naturrecht</i> . . . . .	69
4.1.2.2	<i>Aufklärerisch begründetes Vernunftrecht: Kant</i> . . . . .	73
4.1.2.3	<i>Dialektik und historische Vernünftigkeit: Hegel</i> . . . . .	78
4.1.2.4	<i>Ausblick auf das heutige Naturrecht</i> . . . . .	82
4.1.3	Rechtspositivismus. . . . .	84
4.1.3.1	<i>Die Befehlstheorie: Bentham und Austin.</i> . . . . .	85
4.1.3.2	<i>Die Reine Rechtslehre: Kelsen</i> . . . . .	87
4.1.3.3	<i>Das Recht und seine soziale Wirksamkeit</i> . . . . .	91
4.2	<b>Rechtstheorie – Zwischen Analyse und Reflexion</b> . . . . .	94
4.2.1	Analytische Rechtstheorie. . . . .	94
4.2.2	Neuere Entwicklungen. . . . .	97
4.2.3	Reflexive Rechtstheorie . . . . .	99
4.3	<b>Rechtssoziologie – Zwischen Tatsachen und Sinnhaftigkeit</b> . . . . .	101
4.3.1	Die Grundlegung der Rechtssoziologie. . . . .	102
4.3.1.1	<i>Quellen der Rechtssoziologie</i> . . . . .	102
4.3.1.2	<i>Die Kelsen-Ehrlich Debatte</i> . . . . .	104
4.3.1.3	<i>Der Begriff des Rechts in der Rechtssoziologie</i> . . . . .	108
4.3.2	Die Rechtssoziologie von Max Weber . . . . .	109
4.3.4	Soziologische Jurisprudenz . . . . .	114
4.3.5	Rechtsrealismus . . . . .	122
4.3.6	Verstehende Rechtssoziologie. . . . .	126

**Kapitel 5 Neuere Orientierungen in den theoretischen Grundlagenfächern der Rechtswissenschaft. . . . . 129**

5.1	<b>Gerechtigkeitsbezogenheit des Rechts als notwendiges Element?</b> . . . . .	129
5.2	<b>Die Radbruchsche Formel: Eine Renaissance des Naturrechts?</b> . . . . .	132
5.3	<b>Preisgabe objektivistischer Annahmen im Naturrecht und Rechtspositivismus der Gegenwart</b> . . . . .	140
5.4	<b>Die Aporie der naturrechtlichen Rechtserkenntniskompetenz.</b> . . . . .	145
5.5	<b>Die reflexive Wende</b> . . . . .	146

<b>Kapitel 6 Aktuelle Umsetzung: Gerechtigkeitstheorien nach dem Ende des substanzontologischen Naturrechts</b> . . . . .	149
6.1 Die Unzulänglichkeit von Gerechtigkeitsformeln . . . . .	149
6.2 Prozedurale Theorie der Gerechtigkeit: Rawls . . . . .	152
6.3 Die juristische Hermeneutik . . . . .	160
6.4 Die Theorie des juristischen Diskurses: Gerechtigkeit nach Massgabe des Dialogprinzips . . . . .	167
6.5 Antipoden der politischen Philosophie . . . . .	173
6.5.1 Liberalismus . . . . .	175
6.5.2 Kommunitarismus . . . . .	185
<b>Kapitel 7 Neue theoretische Konzepte ohne traditionellen Gerechtigkeitsbezug</b> . . . . .	193
7.1 Systemtheorie und autopoietisches Recht . . . . .	195
7.2 Das Recht der Risikogesellschaft . . . . .	206
7.3 Ökonomische Analyse des Rechts . . . . .	215
<b>Kapitel 8 Aktuelle Herausforderungen</b> . . . . .	225
8.1 Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam . . . . .	226
8.2 Muss Strafe sein? . . . . .	236
<i>Literaturverzeichnis</i> . . . . .	251
<i>Personenverzeichnis</i> . . . . .	269
<i>Sachverzeichnis</i> . . . . .	275



# Verzeichnis der Fenster

Fenster 1:	Dreidimensionalität des Rechts . . . . .	6
Fenster 2:	Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft . . . . .	11
Fenster 3:	Grundlagenfächer und praktische Rechtswissenschaft. . . . .	12
Fenster 4:	Informationskreislauf beim Service-Modell . . . . .	15
Fenster 5:	Reflexions-Modell. . . . .	20
Fenster 6:	Rechtspositivismus:Trennung von Recht und Moral . . . . .	34
Fenster 7:	Naturrechtslehre: Überschneidung von Recht und Moral . . .	34
Fenster 8:	Traditionelle methodische Konstellationen der Grundlagenfächer. . . . .	40
Fenster 9:	Platon: Die Philosophenkönige . . . . .	52
Fenster 10:	Hierarchie des Rechts bei Cicero: Lex vera. . . . .	57
Fenster 11:	Lehren vom Gesellschaftsvertrag bei Hobbes und Locke . . . .	67
Fenster 12:	Kants kategorischer Imperativ . . . . .	76
Fenster 13:	Normenpyramide nach Kelsen . . . . .	90
Fenster 14:	H.L.A. Hart: Bedingungen für die Existenz eines Rechtssystems . . . . .	93
Fenster 15:	Erklären und Verstehen . . . . .	127
Fenster 16:	Die Radbruchsche Formel. . . . .	133
Fenster 17:	Definition des Rechts nach Radbruch . . . . .	136
Fenster 18:	Objektivistische Annahmen von klassischem Naturrecht und Rechtspositivismus . . . . .	140
Fenster 19:	Deduktives Ebenenmodell . . . . .	143
Fenster 20:	Das salomonische Urteil . . . . .	145
Fenster 21:	Rawls' Grundsätze der Gerechtigkeit. . . . .	156
Fenster 22:	Analogische Rechtsfindung. . . . .	162
Fenster 23:	Verstehen des Gesetzes . . . . .	164
Fenster 24:	Diskursethik . . . . .	168
Fenster 25:	Zur sozialen Verantwortung der Wissenschaft. . . . .	170
Fenster 26:	Grundsätze des Liberalismus . . . . .	175

Fenster 27:	John Stuart Mill: Schädigungsprinzip . . . . .	178
Fenster 28:	Folter zur Rettung Unschuldiger . . . . .	180
Fenster 29:	Robert Nozick: Eigentumsargument . . . . .	184
Fenster 30:	Liberalismus versus Kommunitarismus . . . . .	186
Fenster 31:	Übereinstimmung Liberalismus und Kommunitarismus. . .	190
Fenster 32:	System und Umwelt . . . . .	195
Fenster 33:	Recht als soziales Teilsystem . . . . .	197
Fenster 34:	Paradoxe Zirkularität nach Epimenides . . . . .	201
Fenster 35:	Risiko . . . . .	210
Fenster 36:	Risikorecht. . . . .	213
Fenster 37:	Gewissen als Massstab der Gerechtigkeit . . . . .	231

# Kapitel 1

## Einleitung

Die Beschäftigung mit theoretischen Grundlagenfragen des Rechts wirft selten 1  
konkreten Ertrag ab. Sie ist zunächst und vor allem eine Denkschule, in der nach  
der Verständigung der Rechtswissenschaftlerin und des Rechtswissenschaftlers  
mit sich selbst, ihrem Rollenverständnis, ihrer gesellschaftlichen Aufgabe und  
mit der Materie, mit der sie sich praktisch befassen, gesucht wird.

Gewiss lässt sich darüber streiten, ob Studierende, die sich nie den Luxus dieses 2  
Nachdenkens leisten, brauchbare Juristinnen oder Juristen abgeben. Die Beant-  
wortung dieser Frage hängt wesentlich davon ab, was man unter juristischer  
Brauchbarkeit versteht. Auch Scheuklappen sind nützlich und wenn alle sie  
tragen, fällt dies niemandem mehr auf. Es ist zu befürchten, dass wir uns auf  
eine juristische Scheuklappen-Welt zubewegen. Die Triebkräfte dorthin treten  
als angebliche Sachzwänge auf.

Ausbildung ist teuer, für den Einzelnen wie für die Allgemeinheit. Die demo- 3  
kratische Öffnung der Universitäten führt deshalb fast zwangsläufig zur For-  
derung nach einer Verkürzung des Studiums. Als Patentrezept dafür wird eine  
Beschränkung auf die Vermittlung vermeintlich praxisrelevanten und deshalb  
nützlichen Wissens vorgeschlagen. Die Praxistauglichkeit als Ausbildungsziel  
wird mit dem Eintrichtern möglichst viel Sachwissens und seiner technischen  
Aufbereitung gleichgesetzt. Damit ist bestenfalls eine Ausbildung zu Ingenieuren  
des Rechts erzielbar, die eine Art spezialisierte Sozialtechnologie betreiben. Der  
Bedarf für juristische Sozialtechnologie scheint in der Wirtschaft, bei Gerichten  
und in der Verwaltung vorhanden zu sein. Konstant hohe Absolventenzahlen bei  
annähernder Sättigung des Arbeitsmarktes führen zu einer wachsenden Konkur-  
renz unter Berufsanfängern. Diese reagieren darauf, indem sie sich in ihrer Aus-  
bildung noch mehr auf die Aneignung examensmässig abfragbaren und ange-  
blich praxisbezogenen Wissens konzentrieren. Die Dozentinnen und Dozenten  
passen ihre Lehrveranstaltungen den antizipierten Wünschen der Studierenden  
und den unterstellten Bedürfnissen der Praxis an. So dreht sich die Spirale weiter.

Die Universität ist auf dem Weg zur Fachhochschule. Dies wäre erträglich, wenn 4  
sie damit wirklich die Bedürfnisse des Fachs befriedigte. Doch das ist augen-  
scheinlich nicht der Fall. Für das Examen gepacktes Wissen ist wenige Wochen  
danach verflogen. Die Studierenden ähneln Personen, die mit Büchern schwim-  
men gelernt haben und sich nun ins hochgehende Meer stürzen sollen. Die ver-  
breitete Klage über die mangelnde Praxistauglichkeit der juristischen Ausbil-

dung führt zur Verabreichung einer höheren Dosis derselben Medizin, welche das Malaise überhaupt erst ausgelöst hat.

- 5 Der *circulus vitiosus*, also der unfruchtbare Zirkel, der in letzter Konsequenz zum Juristen als Subsumtionsautomaten führt, sollte durchbrochen werden. Juristinnen und Juristen sind keine Orientierungsläufer im Paragrafenwald. Die Praxis verlangt die Befähigung zu eigenständigem Arbeiten, zur Übernahme von Entscheidungsverantwortung, zum Einarbeiten in unbekannte Gebiete, zum Erfassen der sozialen Auswirkungen rechtlicher Entscheide, zum Denken in Alternativen, zur argumentativen Begründung der Änderungsbedürftigkeit geltender Normen. Daraus folgt pointiert die These: Nur eine wissenschaftliche Juristenausbildung ist praxistauglich. Diese Einsicht war es, die vor knapp 150 Jahren JULIUS HERRMANN VON KIRCHMANN (1802–1884), ausgerechnet einen Praktiker, dazu veranlasste, die Wertlosigkeit der bloss sozialtechnisch betriebenen Jurisprudenz zu beklagen.<sup>1</sup> Ziehen wir daraus endlich die Lehre!
- 6 Rechtswissenschaftliche Grundlagenfächer dienen der Disziplinen übergreifenden Bildung der juristischen Urteilskraft. Zu einem adäquaten Verständnis des Rechts und zur zureichenden Erfassung von juristischen Problemen gehören mehr als rechtsdogmatisches Wissen und die methodische Fähigkeit der formal korrekten Gesetzesanwendung. Die rechtswissenschaftlichen Grundlagenfächer thematisieren dieses „Mehr“, das in den dogmatischen Disziplinen zwangsläufig zu kurz kommt. Grundlagenfächer bilden damit ein notwendiges Gegengewicht zu den dogmatischen Fachgebieten des Rechts.
- 7 Die wesentliche Bedeutung der Grundlagenfächer besteht darin, den Gefahren eines einseitig auf Wissensanhäufung und technische Fertigkeiten bezogenen Studiums zu begegnen. In einer bloss um Vermittlung von Detailwissen in zahlreichen Spezialdisziplinen bemühten Ausbildung wird die Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz gar nicht mehr gestellt, geschweige denn beantwortet. Eine Antwort darauf wäre jedoch nur dann entbehrlich, wenn der Rechtsanwender nichts weiter als ein im Prinzip durch Spruchautomaten ersetzbarer Mund des Gesetzes wäre. Sobald man erkennt, dass Rechtsanwendung eine eigenschöpferische Leistung ist, müssen die aussergesetzlichen – und womöglich ausserjuristischen – Regeln, nach denen diese Leistung erbracht wird, ermittelt und in der Ausbildung vermittelt werden. Geschieht dies nicht, so verbleibt bei Praktikern, Studierenden und dem Publikum der Eindruck, dass Juristen und Juristinnen mit ihrem handwerklichen Können zu beliebigen Diensten verpflichtbar und für beliebige Herren verfügbar sind. Dem vorzubeugen – nicht weniger und nicht mehr – ist die zentrale Aufgabe der theoretischen Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft.

---

<sup>1</sup> VON KIRCHMANN 1988, 1.

# Kapitel 2

## Das Recht und seine theoretische Betrachtung

**Zur Lektüre empfohlen:** KUNZ KARL-LUDWIG (1993) Die traditionell vernachlässigten Fächer am Beispiel (nicht nur) der Rechtstheorie, in: ARZT / CARONI / KÄLIN (Hrsg.) Juristenausbildung als Denkmalpflege? Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des juristischen Studiums, Bern, 75–92

**Wichtige Klassiker:** VON KIRCHMANN JULIUS HERMANN, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (orig. 1848)

**Weitere Literatur:** DREIER RALF (1986) Der Begriff des Rechts, in: Neue Juristische Wochenschrift, 39, 890–896; HOERSTER NORBERT (1987) Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, in: Juristische Schulung, 181–188; HART H.L.A. (1973) Der Begriff des Rechts, Frankfurt a. M. (orig. The Concept of Law, 1961), 11–33

Recht ist überall: Was wir auch tun, wir können uns ihm nicht entziehen, weil jede existierende Gesellschaft ihr Recht hat. Der rechtsfreie Raum existiert in Wirklichkeit nicht. Die Intimität und Ungezwungenheit der Privatsphäre ist nur möglich, weil und insoweit das Recht diese schützend gewährleistet. Wenn wir aus unserem Rechtskreis auf Robinsons Insel fliehen, verlangen die Regeln des dortigen Rechts von uns Beachtung. Selbst der Staat ist als Rechtsstaat an das Recht gebunden. Die Beziehungen der Staaten untereinander sind zunehmend durch das internationale Recht und das Völkerrecht geregelt. Wenn also das Recht ein notwendiger und zentraler Bestandteil des menschlichen Daseins ist, sollte Klarheit darüber bestehen, was das eigentlich ist, das Recht. 1

### 2.1 Die drei Dimensionen des Rechts

Jeder hat zumindest ungefähre Vorstellungen davon, was es bedeutet, einen Kaufvertrag abzuschliessen, eine Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen zu besitzen oder sich an einer Universität zu immatrikulieren. Wenn wir aber danach fragen, was die verbindende Gemeinsamkeit sämtlicher Rechtsregeln, Rechtshandlungen und Rechtsbeziehungen ausmacht, was also **das** Recht (im Singular) ist, übersteigt dies unser gewöhnliches Vorstellungsvermögen. Der britische Rechtsphilosoph H.L.A. HART (1907–1992) hat in seinem berühmten Buch, welches den schlichten Titel „Der Begriff des Rechts“ trägt, das Recht mit einem Elefanten verglichen: „Wenn ich einen Elefanten sehe, kann ich ihn erken- 2

nen, aber ich kann ihn nicht definieren.“<sup>1</sup> Ähnliches meint die buddhistische Parabel, in welcher Blinde einen Elefanten betasten: Der eine Blinde sagt, ein Elefant sei eine Schlange, weil er den Rüssel berührt, der andere ist der Auffassung, das Tier sei wie ein Baum, weil er die Beine berührt, der Dritte meint, der Elefant sei wie ein Rochen, weil er die Ohren fühlt. In Anlehnung an eine berühmte Passage aus den „Confessiones“ des AUGUSTINUS (354–430) über die Frage „Was ist Zeit?“<sup>2</sup> sieht man sich auch bei der Beschreibung von Recht in der Regel gezwungen, ausweichend zu antworten: „Wenn mich niemand fragt, weiss ich, was Recht ist. Wenn ich aber jemandem erklären muss, was Recht ist, weiss ich es nicht.“

- 3 Die Schwierigkeit einer Bestimmung des Rechts rührt daher, dass sich in ihm drei unterschiedliche Elemente verbinden. Recht ist **tridimensional** strukturiert, wobei man der drei Dimensionen und ihrer Verschiedenheit erst in der theoretischen Betrachtung gewahr wird. Recht ist zunächst eine normative Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Daneben ist Recht ein System formallogisch widerspruchsfreier Rechtssätze. Und schliesslich ist Recht Teil der tatsächlichen, gelebten und erlebten gesellschaftlichen Wirklichkeit.
- 4 Recht bedeutet erstens **Normativität**. Es beschreibt nicht das gesellschaftliche Zusammenleben, sondern schreibt vor, wie dieses sein soll. Die Sprache des Rechts bezeichnet nicht etwa Vorhandenes, sondern etwas Gesolltes, sie ist präskriptiv, nicht deskriptiv, sie ist deontisch, nicht ontisch; damit werden Festlegungen, Verpflichtungen und Erlaubnisse erstellt. Die Vorschriften des Rechts regeln das Verhältnis zwischen verschiedenen individuellen und sozialen Interessen und stellen zwischen diesen eine Vorzugsordnung her. Diese Ordnung dient der Erhaltung des sozialen Friedens, so dass, wie IMMANUEL KANT (1724–1804) es ausdrückt,
- 5 „[...] die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“<sup>3</sup>
- 6 Die Sollensordnung des Rechts ist allgemeingültig, autoritativ und verbindlich. Sie bezieht sich gemeinhin auf die Rechtsordnung eines Staates, mitunter einer Staatengemeinschaft oder völkerrechtlicher Beziehungen. Die staatliche Rechtsordnung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Souverän, also eine hoheitliche, oberste und unabhängige Instanz, Rechtsregeln erlässt und mit der Androhung von Rechtszwang die Erwartung allgemeiner Verbindlichkeit verknüpft.
- 7 Wie das Recht bezieht sich auch die **Moral** auf eine durch Sprache ausgedrückte Sollensordnung. Freilich fehlt im säkularen Verständnis einer pluralistischen Gesellschaft der Moral die Allgemeinverbindlichkeit. Die Moral bezieht sich auf

1 HART 1973, 28.

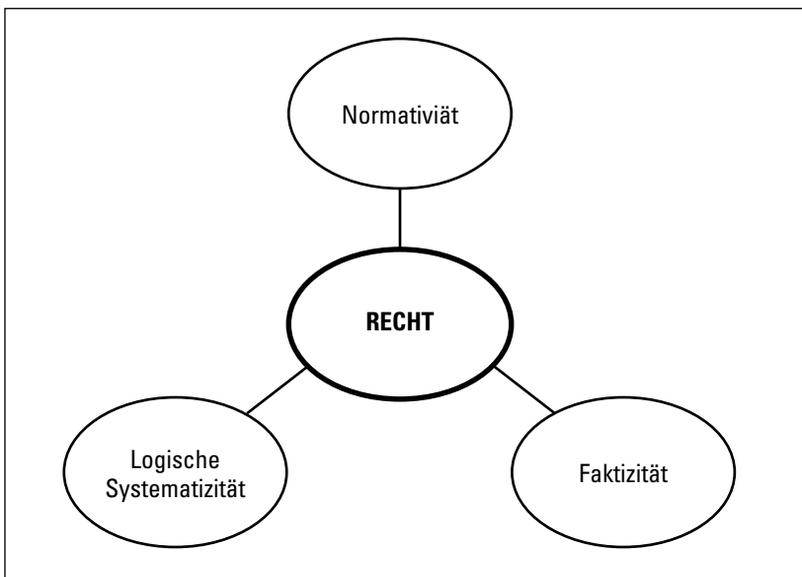
2 AUGUSTINUS 2004, XI (17), 551 f.

3 KANT 1998, 38 (AA VI, 230).

soziale, nicht auf staatliche Ordnungen. Ferner gilt die Moral allenfalls in einem minimalen Kernbestand für den Gesellschaftsverband allgemein, typischerweise hingegen nur für Gruppen, deren Zugehörigkeit auf Freiwilligkeit beruht. Unmoralisches Verhalten ist nicht als solches unerlaubt und zieht keine zwingenden Sanktionen nach sich.

Recht bedeutet zweitens **Vernunft** im Sinne **logischer Systematizität**. Die Gesamtheit der normativen Aussagen des Rechts beansprucht, ein in sich geschlossenes, logisch folgerichtig gegliedertes System von Rechtsbegriffen und Rechtssätzen zu sein. Die Begrifflichkeit muss möglichst eindeutig, präzise, mit derselben Bedeutung verwendet und in ihren Beziehungen folgerichtig strukturiert sein. Rechtssätze verbinden in der Regel einen generell umschriebenen Sachverhalt (Tatbestand) mit einer ebenfalls generell gefassten Rechtsfolge in einem Wenn-Dann-Schema. Wenn der Sachverhalt den Tatbestand erfüllt, tritt die Rechtsfolge logisch zwingend ein. Die Rechtsanwendung folgt damit formal der Logik der Subsumtion. Die Interpretation der verwendeten Begriffe ergibt sich aus spezifisch juristischen Schlussformen wie Analogieschluss (*argumentum per analogiam*), Umkehrschluss (*argumentum e contrario*), Schluss vom Grösseren auf das darin enthaltene Geringere (*argumentum a maiore ad minus*) oder umgekehrt vom Geringeren auf das Grössere (*argumentum a minore ad maius* oder *a fortiori*). Darüber hinaus folgen Rechtssätze und ihre Auslegung den Gesetzen der allgemeinen Logik, insbesondere dem Gebot der Widerspruchsfreiheit. 8

Drittens bedeutet Recht **Faktizität**. Es besteht aus einem Regelsystem, welches in der gesellschaftlichen Wirklichkeit tatsächlich Geltung besitzt, also im Wesentlichen allgemein respektiert wird, und dessen Anforderungen gegebenenfalls auch zwangsweise in einem rechtlich geregelten Verfahren durchgesetzt werden. Zwischen dem Recht und der gesellschaftlichen Wirklichkeit bestehen wechselseitige Verbindungen. Recht ist zugleich Resultat und Regulator gesellschaftlicher Prozesse. Einerseits ist das Recht ein Ergebnis der gesellschaftlichen Verhältnisse und Ausdruck sozialer Beziehungen, die sich in ihm spiegeln. Seine Inhalte sind durch zeitgebundene Vorstellungen in der Gesellschaft geprägt. Indem das Recht den jeweils herrschenden Vorstellungen der Ordnung des Sozialen Ausdruck gibt, repräsentiert es diese Vorstellungen in der Symbolik der Rechtsform und trägt damit zur Identitätsstiftung der Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft bei. Andererseits ist das Recht ein Steuerungsmittel der Gesellschaft, welches in die Gesellschaft hineinwirkt und sie zu regulieren trachtet. Die Steuerungsleistung hat die Funktion, Rechtstreue durch faktische Akzeptanz und Befolgung der Rechtsnormen herzustellen und notfalls zu erzwingen. 9

10 **Fenster 1: Dreidimensionalität des Rechts**

## 2.2 Recht als Teil der lebenspraktischen Interaktion

- 11 In der Lebenspraxis der Bürger und der beruflichen Praxis von Juristen und Juristinnen wird das Recht nicht in diese drei konstituierenden Elemente zerteilt. Recht erscheint in diesen praktischen Perspektiven als eine Einheit, weil es nicht aus einer Aussenperspektive distanziert wahrgenommen, sondern teilnehmend erlebt wird und daher Teil unserer eigenen unaufspaltbaren gesellschaftlichen Existenz ist.
- 12 Versuche, das Recht wie ein Objekt der Betrachtung vorzugeben, scheitern daran, dass wir zwangsläufig Akteure **im** Recht und deshalb auf eine Binnenwahrnehmung verpflichtet sind. Die Annahme, das Recht sei in Rechtstexten enthalten wie die Marmelade im Glas, führt in die Irre. Unsere Gesetzbücher enthalten nicht Recht, sondern in Schrift geronnene Darstellungen des Gesetzes. Recht wird auch mündlich gesprochen (Rechtsprechung) und zumindest dort, wo das Gesetz dafür Raum lässt, durch Auslegung fortgebildet. Diese Auslegung ist nicht auf die mit Entscheidungsautorität ausgestatteten Instanzen (Gerichte, Verwaltungsbehörden) beschränkt. Im Rahmen eines Rechtsstreits tragen die Prozessparteien mit dem Vorbringen ihres rechtlichen Standpunktes zur kont-

radiktorischen Verständigung über die Auslegung bei. Jenseits konkreter Entscheidungsverfahren bildet die Rechtslehre das Verständnis des Rechts weiter und erprobt ihre Interpretationen im schriftlichen und mündlichen Diskurs der Forschenden und nicht zuletzt im Dialog mit Studierenden.

Recht ist also wesentlich Interaktion, Verständigung über Rechtsinhalte im Medium der **Sprache**. Die rechtliche Interaktion ist Teil der gesellschaftlichen Verständigung über die Regeln eines geordneten Zusammenlebens. In der gesellschaftlichen Auseinandersetzung bilden sich mehr oder weniger homogene Vorstellungen einer „guten“ Ordnung, „gerechter“ Zustände und „menschenwürdiger“ Lebensgrundlagen heraus, die dem Recht als Fundament und Inspirationsquelle dienen. Solche Vorstellungen werden im Recht aufgegriffen, gefiltert und in eine sprachliche Form gegossen, die Rechte und Pflichten möglichst präzise und überprüfbar benennt. Nicht jede Vorstellung einer „guten“ Ordnung eignet sich als Rechtsinhalt, sondern nur eine solche, die verallgemeinerungsfähig ist, faktisch Durchsetzungschancen mittels Rechtszwang besitzt und sich in eine formalisierte Regelungstechnik übersetzen lässt, welche Rechte und Pflichten verständlich und auf Missbräuche kontrollierbar zum Ausdruck bringt. Recht ist demnach jener Teil der sozialen Interaktion, mit der die Gesellschaft in förmlicher und verbindlicher Weise ihre Identität als Rechtsgemeinschaft bestimmt und sich Normen gibt, die Rechte und Pflichten begründen. 13

Die rechtliche Interaktion führt zu allgemeinverbindlichen Regeln, die in den Normen des positiven Rechts Ausdruck finden. Jedoch wäre es falsch, diese positivierten **Rechtsnormen** mit dem Recht gleichzusetzen. Sie sind **nur Fixpunkte des Interaktionsgeschehens**, in dem Recht sich bildet. Die rechtliche Interaktion gerinnt zu positiven Rechtsnormen und richtet sich an diesen aus, ist aber nicht mit ihnen identisch. Nicht nur, dass Rechtsnormen in ihrer positivierten Gestalt veränderbar sind. Mehr noch können sie nur verstanden werden, indem der Verstehende sich auf den Prozess ihrer Bildung und Auslegung einlässt und selbst an diesem Prozess mitwirkt. 14

Jener Prozess verlangt ein wechselseitiges Zurichten von zunächst sehr generellen Vorstellungen über eine gute Ordnung der Gesellschaft und ganz konkreten regelungsbedürftigen Sachverhalten. Auf der einen Seite werden die charakteristischen Merkmale der zu regelnden Sachverhalte mit Hilfe des Vorverständnisses einer guten Ordnung schrittweise verallgemeinernd herausgearbeitet. Auf der anderen Seite wird das Vorverständnis einer guten Ordnung mit Blick auf die verallgemeinerten Merkmale regelungsbedürftiger Sachverhalte schrittweise konkretisiert. Diese zurichtende Bezugsetzung von normativen Ordnungsvorstellungen und Sachverhalten ist für die rechtliche Interaktion charakteristisch. Im Gesetzgebungsverfahren kommt die Legislative so zu generell-abstrakten Beurteilungen, die in Gesetze gegossen werden. Prinzipiell nicht anders verfährt 15

die Gesetzesanwendung, nur dass sie an die normativen Vorgaben des Gesetzes gebunden ist und diese mit Blick auf konkrete Lebenssachverhalte in eine einzelfallgerechte Entscheidung umzusetzen hat. Insofern die Einzelfallentscheidung auf einer Zurichtung des Gesetzes zum Sachverhalt nach vom Gesetz nicht vollständig determinierten Vorstellungen einer guten Ordnung beruht, bildet die Gesetzesanwendung, ähnlich wie die Gesetzgebung, das Recht fort, ist also aktiver Teil des dynamischen Interaktionsgeschehens, in dem Recht produziert wird.

- 16 Wer an Gesetzgebung und Gesetzesanwendung beteiligt ist, denkt in dem skizzierten Erkenntnischema und produziert dabei Beurteilungen, deren Richtigkeit von anderen angefochten werden kann und die darum **argumentativ** begründet werden muss. Zur rechtlichen Interaktion gehören das Verständlichmachen getroffener Entscheidungen und ihre Überprüfbarkeit durch andere. Im Recht agieren neben den Mitgliedern des Rechtsstabes alle Bürgerinnen und Bürger. Sie sind nicht nur dem Recht unterworfen, sondern gestalten es aktiv mit, indem sie ihre Vertragsfreiheit nutzen, von ihren bürgerlichen Rechten Gebrauch machen und so innerhalb ihrer subjektiven Befugnisse Rechtslagen gestalten.
- 17 Im Recht zu agieren bedeutet, sich am Diskurs um eine sachrichtige Rechtsentscheidung zu beteiligen, seine Vorschläge angefochten zu sehen und neue einzubringen, die wiederum zur kritischen Prüfung stehen. Insofern es im Recht weder den einen Master-Standpunkt noch objektiv eindeutige Maßstäbe von Richtigkeit gibt, sondern nur Richtigkeitseinschätzungen, die von den Interpreten des Rechts zu einem Zeitpunkt mehr oder weniger geteilt werden, ist das Recht ein **im Fluss** befindliches Gebilde, das sich stetig entwickelt, in seinen Randzonen unscharf bleibt und nie zu einer festen Form gerinnt. Recht ist, mit einem französischen Begriff ausgedrückt, *flo*.<sup>4</sup>
- 18 Andererseits – und im Kontrast dazu – hat das Recht eine Tendenz zur **Beständigkeit**. Damit das Recht seiner Funktion, gesellschaftliche Verhältnisse verbindlich zu regeln und soziales Verhalten wirksam zu steuern, nachkommen kann, müssen seine Imperative klar und allgemeinverständlich sein. Das Recht muss Erwartungssicherheit schaffen, so dass alle Rechtsunterworfenen wissen, was rechtens und was rechtswidrig ist. Die sprachliche Form des Rechts ist deshalb **bipolar** codiert: Sie benennt Rechte und Pflichten, trennt zwischen Recht und Unrecht und legt so für eine möglichst eindeutige Beurteilung ein in Schwarz-Weiss gehaltenes Raster über die buntscheckige Lebenswelt. Angesichts der mangelnden Bestimmbarkeit des einen richtigen Rechtsstandpunktes muss das Recht Institutionen schaffen, die mit definitiver Entscheidungsautorität ausgestattet sind. Ein um den Schutz individueller Freiheiten bemühtes Recht verlangt zudem nach unverbrüchlichen, abwägungsfesten Freiheitsgarantien.

---

4 DELMAS-MARTY 1986.

Diese dem Recht eigene **Ambivalenz zwischen Fluidität und Formfestigkeit** 19 macht das Recht zu einem zwieschlächtigen Gebilde, das jeweils ganz anders aussieht, wenn man es von der einen oder der anderen Seite aus betrachtet. Für die einen ist es diskursiv, auf einen nicht endenden Prozess der Verständigung und Konsensfindung angelegt, der möglichst alle Bürger und zumindest deren wohlverstandene Interessen einbeziehen soll. Für die anderen ist es ein in Rechtsform gegossenes System von Regeln, deren Anwendung nach formalen Kriterien Spezialistinnen und Spezialisten und deren definitive Beurteilung rechtlichen Entscheidungsautoritäten vorbehalten ist.

## 2.3 Distanzierung vom lebenspraktischen Zusammenhang

Die Befassung mit dem Recht als solchem, also den konstituierenden Merkmalen seines Begriffs oder Wesens, verlangt, sich von der lebenspraktischen Interaktion im Recht zu distanzieren und eine **theoretisch-kontemplative Erkenntnishaltung** einzunehmen. Dies gelingt allenfalls in der Studierstube oder im Seminar. Auch dort können wir unsere Rolle als Akteure im Recht nicht völlig abstreifen, sondern bestenfalls zeitweise an der Garderobe ablegen. Dieses Ablegen der lebenspraktischen Eingebundenheit ins Recht ist für dessen grundlegende Betrachtung zentral. 20

Die grundlagenwissenschaftliche Betrachtung des Rechts wählt entweder einen rechtshistorischen oder aber einen theoretisch-systematischen Zugang. Dementsprechend unterscheidet man zwischen den **geschichtlichen** und den **theoretischen Grundlagenfächern** der Rechtswissenschaft. Zu den theoretischen Grundlagenfächern (Rechtstheorie im weiteren Sinne),<sup>5</sup> die hier präsentiert werden, zählen die **Rechtsphilosophie**, die **Rechtstheorie** (im engeren Sinne als spezifische Disziplin innerhalb der theoretischen Grundlagenfächer) und die **Rechtssoziologie**, welche gemeinhin als Sammelbegriff für die sich mit dem Recht befassenden Sozialwissenschaften insgesamt (unter Einschluss der Sozialpsychologie, der Politologie und der Kriminologie) verstanden wird. Diese theoretischen Grundlagenfächer haben selbst ein historisches Fundament, das später (> Kp 4) beispielhaft nachgezeichnet werden soll. 21

Die Dreiteilung der theoretischen Grundlagenfächer entspricht den drei konstitutiven Elementen des Rechts. Die Rechtsphilosophie betrachtet das Recht in 22

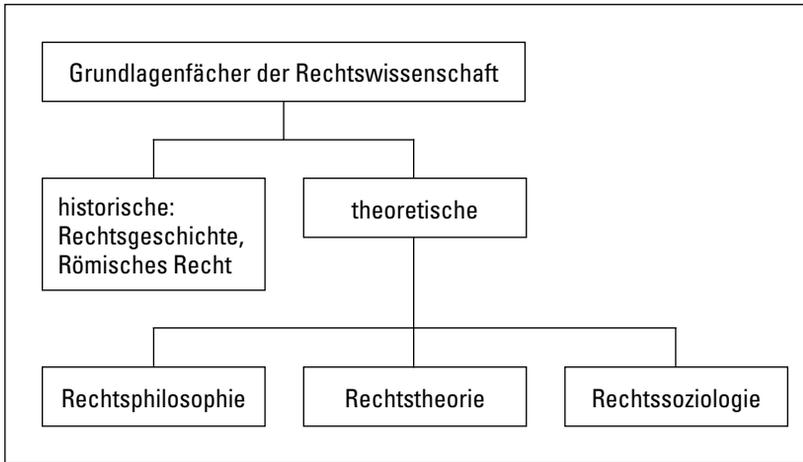
5 Geläufig ist auch die Bezeichnung Rechts- und Staatstheorie als Klammerbegriff für die theoretischen Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft.

seiner Normativität, die Rechtssoziologie in seiner Faktizität und die Rechtstheorie in seiner logischen Systematizität.

- 23 Die **Rechtsphilosophie** befasst sich mit den normativen Inhalten konkreter Rechtsordnungen, mit verbreiteten moralischen Vorstellungen und mit den heute und in der Vergangenheit entwickelten Gerechtigkeitsvorstellungen (> Kp 4.1). Ziel ist es, Kriterien zur Bestimmung von Maximen der Gerechtigkeit zu entwickeln und wenn möglich zu allgemeingültigen, gesetzlich nicht kodifizierten Richtigkeitsmassstäben zu gelangen. Diese Maximen und Massstäbe ermöglichen eine kritische Untersuchung der im geltenden Recht zum Ausdruck kommenden normativen Vorstellungen. Die Rechtsphilosophie prüft die vom positiven Recht gewählte Vorzugsordnung der Interessen auf ihre Wertungskonsistenz und ihre Akzeptierbarkeit nach Gerechtigkeitsgesichtspunkten. Damit erbringt die Rechtsphilosophie eine Gerechtigkeitskontrolle des positiven Rechts.
- 24 Die **Rechtstheorie** i.e.S. befasst sich mit der wissenschaftlichen Vernünftigkeit des Rechts (> Kp 4.2). Als sprachanalytische Rechtstheorie (> Kp 4.2.1) engt sie ihr Thema auf die formale Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit des Systems von Rechtssätzen ein. Sie bedient sich dazu bevorzugt der allgemeinen formalen Logik. Mitunter übersetzt die Rechtslogik die Sprache des Rechts in eine künstliche formale Sprache, welche Begriffe durch Symbole ersetzt und diese mittels Operationsregeln zu einem Kalkül verbindet, das eine mathematische Struktur aufweist. Die Rechtstheorie kann so die formale Rationalität der Rechtssprache aufzeigen, auf logische Fehler hinweisen und Juristinnen und Juristen als Denkschule für Präzision und Folgerichtigkeit dienen. Damit erbringt die Rechtstheorie eine formale Stimmigkeitskontrolle des Rechts.
- 25 Die **Rechtssoziologie** befasst sich mit der tatsächlichen Geltung des Rechts, seines effektiven Daseins als Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit und als gestaltender Faktor der Lebenspraxis der Menschen (> Kp 4.3). Das Interesse der Rechtssoziologie richtet sich einerseits auf die Genese des Rechts, also die konkreten Umstände der Produktion von Rechtsregeln, ihres Zustandekommens in bestimmten gesellschaftlichen Konstellationen, in spezifischen Machtfeldern und mit je besonderem Interessenshintergrund. Andererseits, und heute zunehmend, befasst sich die Rechtssoziologie mit der Frage, inwieweit das Recht seinen Anspruch, die Gesellschaft zu steuern, tatsächlich einlöst. Dabei interessieren besonders Defizite der Steuerungsleistung. Die gelebte Rechtswirklichkeit lässt sich mit erfahrungswissenschaftlichen Methoden systematisch erfassen. Dabei verwendet die Rechtssoziologie überwiegend quantitative, mitunter auch qualitative Verfahren der empirischen Sozialwissenschaft. Damit erbringt die Rechtssoziologie eine Geltungskontrolle des Rechts.

## Fenster 2: Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft

26



In bewusster Distanz zu den unmittelbar entscheidungsanleitenden dogmatischen Disziplinen findet in den theoretischen Grundlagenfächern der Rechtswissenschaft das Nachdenken über das Recht und die Rechtswissenschaft seinen Platz. Die kontemplative Nachdenklichkeit bedeutet keinen Rückzug aus der Lebenswelt oder gar ein Ausweichen vor Entscheidungsverantwortung. Vielmehr ist ein Abrücken von praktischen Handlungszusammenhängen nötig, um **Reflexion**, also Selbstbeobachtung, des im Recht agierenden Rechtssubjekts und Rechtsanwenders zu ermöglichen. Erst dies erlaubt einen Zugang zu den Erkenntnisbedingungen des Rechts, eine Entzauberung der sich mitunter als Gerechtigkeitsmaschinerie verklärenden Rechtswelt, ein Bewusstmachen der persönlichen Entscheidungsverantwortung des Rechtsanwenders und eine Besinnung auf die Grundprinzipien des Rechts. 27

Die Befassung mit den theoretischen Grundlagenfächern Rechtsphilosophie, 28  
Rechtstheorie und Rechtssoziologie soll

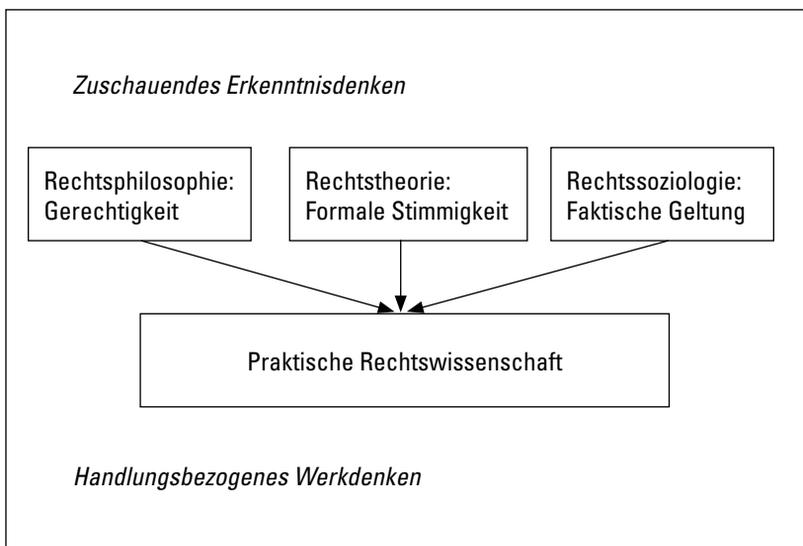
- die Fähigkeit vermitteln, sich auf eine kritische, kohärente und disziplinierte Weise mit den Funktionen und Strukturen des Rechts auseinanderzusetzen,
- die Reflexion über das Verhältnis von Recht, Moral und Gerechtigkeit fördern,
- die Verknüpfungen zwischen dem Recht und anderen Aspekten der gesellschaftlichen Interaktion verdeutlichen und zur Reflexion über die Rechtspraxis und deren empirischen Kontext anleiten,

- zur Klärung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz beitragen, indem sie die Methoden und Begründungszusammenhänge juristischen Argumentierens bewusst macht.

## 2.4 Grundlagenfächer und praktische Jurisprudenz

29 Für die **praktische** Rechtswissenschaft sind die Bindung an **dogmatische** Vorgaben und der **Fallbezug** charakteristisch. Die Rechtsdogmatik – erwähnt seien nur die Kerngebiete Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht – geht von Rechtsprinzipien und Rechtsregeln als Dogmen aus, welche als solche zu übernehmen und systemimmanent zu interpretieren sind. Die dogmatischen Fachgebiete der Jurisprudenz leiten zur Falllösung an und unterliegen damit ihrerseits einem Handlungs- bzw. Entscheidungszusammenhang. In diesem Zusammenhang sind nur solche Fragen relevant, die zumindest virtuell Bedeutung für praktische Entscheidungen in Gesetzgebung oder Rechtsanwendung haben. Die Grundlagenfächer lösen sich aus jenem Zusammenhang zur Ermöglichung von Kontemplation und Reflexion aus theoretischer Distanz. Ihnen ist danach ein **zuschauendes Erkenntnisdenken** über das Recht angemessen, den dogmatischen Fächern hingegen ein handlungsbezogenes Werkdenken im rechtlichen Geschehensablauf.

### 30 Fenster 3: Grundlagenfächer und praktische Rechtswissenschaft



Aus dieser Entgegensetzung von theoretisch-kontemplativer Erkenntnis und praktischer juristischer Vernunft folgt nun aber nicht, dass die Theorie für die Praxis bedeutungslos wäre. Im Gegenteil eröffnet die theoretische Distanz eine besondere Funktionalität der Grundlagendisziplinen für die Praxis. Um dies zu erläutern, sei kurz darauf eingegangen, was juristische Praxis methodisch bedeutet. 31

In der juristischen Praxis sind „**Regel**“ und „**Fall**“ Schlüsselbegriffe. Wenn Juristen und Juristinnen mit Rücksicht auf bestimmte Fälle Auskunft geben, was rechtens ist, nehmen sie auf dogmatische Regeln Bezug, welche die Entscheidung stützen. Und wenn Juristinnen bei der Beratung des Gesetzgebers, bei der Entwicklung neuer dogmatischer Prinzipien oder schlicht bei der Abfassung einer Urkunde Regeln entwerfen, tun sie dies mit Blick auf bestimmte Fälle oder Fallgruppen. Immer muss eine Beziehung zwischen Regel und Fall hergestellt werden; dies sogar, wenn das geltende Recht für den Fall keine passende Regel enthält. Dann obliegt dem Juristen und der Juristin die Bildung einer neuen Regel im Wege der Rechtsfortbildung. 32

Es liegt auf der Hand, dass es für die Verknüpfung von Regel und Fall möglichst sicherer und nachprüfbarer Methoden bedarf. Dies ist nicht nur ein Gebot des juristischen Denkens, sondern auch eine Konsequenz des Grundanliegens des Rechts, sozialen Frieden möglichst verlässlich zu sichern. Rechtsnormen gehen zwar aus interessengebundenen politischen und ökonomischen Auseinandersetzungen hervor. Einmal erlassen, sollen sie aber möglichst interessenfrei und rein sachbezogen angewendet werden können. Auch wenn eine völlig unpolitische Rechtsanwendung nicht möglich und nicht einmal erstrebenswert ist, gilt, dass die Rechtsnorm bei ihrer Auslegung tunlichst nicht erneut ihre Geburtswehen erleben und zum Gegenstand interessengebundener Neubestimmung gemacht werden, sondern als verbindlich akzeptiert werden sollte. Deshalb muss sich die juristische Urteilskraft eines Verfahrens bedienen, das möglichst auf generalisierbaren Wertmassstäben, verstandesbezogenen Kriterien und auf über Fakten informiertem Wissen beruht.<sup>6</sup> 33

Was damit gemeint ist, wird sogleich deutlicher, wenn wir uns fragen, was das juristische Urteil von der Laienbeurteilung unterscheidet. Juristinnen und Juristen sind nicht weiser oder weltklüger als Laien. Ihre Beurteilung gewinnt allein dadurch eine sachverständige Qualität, dass sie sich auf eine argumentative Begründung stützt, die Rationalität im Sinne von intersubjektiver Überprüfbarkeit beansprucht. Was aber macht die Rationalität der juristischen Beurteilung aus? 34

Rationalität im juristischen Kontext ist nicht eindimensional, sondern dreidimensional zu bestimmen, da juristische Beurteilungen prinzipiell in drei Dimensionen überprüfbar sind: Im Hinblick auf die Verallgemeinerbarkeit der verwende- 35

6 Vgl. COING 1972, 7 ff.

ten Wertmassstäbe ist eine **Gerechtigkeitskontrolle** möglich. Im Hinblick auf die faktische Wirkung des Rechts in der Gesellschaft ist eine **empirische Geltungskontrolle** zu leisten. Schliesslich ist im Hinblick auf die widerspruchsfreie hierarchische Strukturierung von Rechtssätzen und die formal korrekte Ableitung von Entscheiden aus Rechtssätzen eine **formale Stimmigkeitskontrolle** möglich.

- 36 In der theoretischen Distanz lassen sich die drei Dimensionen der Sachgerechtigkeit, der formalen Stimmigkeit und der empirischen Geltung des Rechts unterscheiden und den drei unterschiedlichen Disziplinen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie zuordnen. Im praktischen Handlungszusammenhang juristischer Entscheidungsfindung ist dies nicht möglich. Dort geht es um die Erarbeitung von Regeln richtigen Entscheidens und deren korrekte Anwendung im Einzelfall. Damit eine Falllösung als richtig gelten kann, muss sie den Prüfkriterien sämtlicher drei Grundlagenwissenschaften genügen. Die Falllösung muss sachgerecht sein, sich widerspruchsfrei mit den Regeln des geltenden Rechts und seiner dogmatischen Anwendung vereinbaren lassen und faktisch als Teil der praktizierten Rechtsordnung gelten. Deshalb verbinden sich die drei grundlagenwissenschaftlichen Erkenntnisdimensionen im praktischen Entscheidungszusammenhang der Rechtsanwendung im Interesse des nunmehr gemeinsam zu verfolgenden und nur gemeinsam erreichbaren Ziels der richtigen Entscheidungsfindung.

## 2.5 Das Service-Modell der Grundlagenfächer

- 37 Nach einem verbreiteten Verständnis besteht die Aufgabe der theoretischen Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft darin, die Massstäbe der Vernünftigkeit praktischer Beurteilungen in den Dimensionen der Sachgerechtigkeit, der formalen Stimmigkeit und der empirischen Geltung vorzugeben und so zu einer vernünftigen Entscheidungspraxis der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung anzuleiten. Dieses Verständnis nennen wir das **Service-Modell** der Grundlagenfächer. Wir werden bald erkennen, dass dieses Verständnis, welches die Aufgabe der Grundlagenfächer in einer Dienstleistungsfunktion für die Rechtspraxis bestimmt, nur ein mögliches und durchaus problematisches ist.
- 38 Im Service-Modell werden die Grundlagenfächer auf maximalen Praxisnutzen ausgerichtet. Die **Rechtsphilosophie** erlangt unmittelbar praktische Relevanz etwa bei der gerichtlichen Bewältigung nationalsozialistischen und staatssozialistischen Unrechts, bei der Frage des Überzeugungstäters im Zusammenhang mit Terroristenprozessen und bei verfassungsgerichtlichen Beurteilungen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips.
- 39 Noch evidenter ist die Funktionalität der **Rechtstheorie** für die juristische Praxis. Die Schulung in rechtstheoretischer Logik ist der Klärung formaler Zusam-

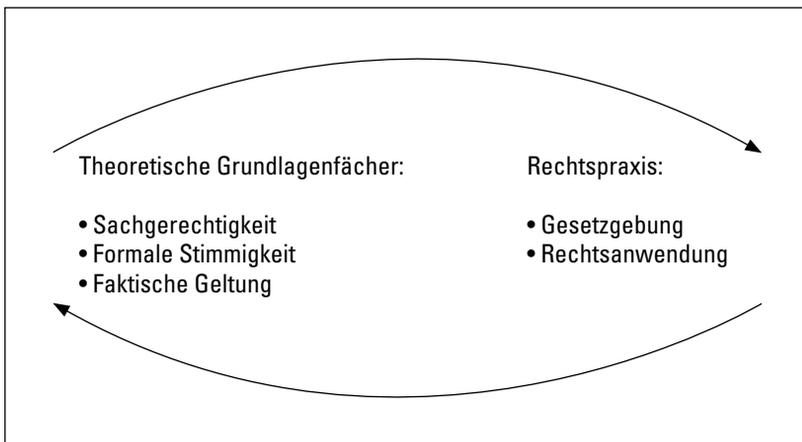
menhänge in komplexen Normensystemen dienlich. Dieser rechtstheoretische Anwendungsbezug wird durch die Rechtsinformatik deutlich, die als eine angewandte Rechtstheorie die unübersehbar werdende Fülle von Gesetzen, Verordnungen und höchstrichterlichen Entscheidungen dokumentiert und zunehmend systematisch aufbereitet.

Der Praxisnutzen der **Rechtssoziologie** besteht in der Beschaffung von Informationen über tatsächliche Aspekte der Befolgung und Durchsetzung von Rechtsnormen oder Gewohnheitsrecht sowie über die Auswirkungen dessen auf die Einstellung und das Verhalten der Menschen. Solche rechtstatsächlichen Informationen geben darüber Aufschluss, ob das Recht als gesellschaftliches Steuerungsmittel funktioniert, wo Steuerungsdefizite vorhanden sind und welche tatsächlichen Chancen bestehen, die Defizite abzubauen. Insofern Entscheidungen des Gesetzgebers und der Rechtsanwendung sozial günstige Wirkungen erzielen und gesellschaftlich schädliche Folgen vermeiden sollen, besteht ein immenser Bedarf nach erfahrungswissenschaftlicher Beratung zur Bestätigung getroffener Entscheide und zur Korrektur von Fehlentscheidungen. 40

Im Service-Modell ist die Trennungslinie zwischen Grundlagenfach und juristischer Praxis nur theoretisch klar gezeichnet. Sobald das Service-Modell in Aktion tritt, werden die Grundlagenfächer von Stätten kontemplativer Erkenntnis zu Zulieferbetrieben für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung. Die Grundlagenfächer sind im Service-Modell eingebunden in einen Kreislauf der Nachfrage nach relevantem theoretischem Wissen und der Verwertung dieses Wissens bei konkreten Entscheidungen, die ihrerseits, einmal vollzogen, Bedarf nach neuerlicher theoretischer Prüfung und Absicherung wecken. 41

#### Fenster 4: Informationskreislauf beim Service-Modell

42



- 43 Dieser Praxisnutzen der theoretischen Grundlagenfächer ist ein beschränkter Nutzen, der für sich genommen nicht hinreicht, um die Bedeutung der Grundlagenfächer in der juristischen Ausbildung zu bestimmen. Mit der Betonung des Praxisnutzens wird die Frage der Bedeutsamkeit der Grundlagendisziplinen auf deren **Instrumentalität** verengt und damit falsch gestellt. Einen Kontrapunkt in der weithin auf die Vermittlung handwerklichen Könnens bezogenen Juristenausbildung können die Grundlagendisziplinen nur setzen, wenn sie nicht-instrumentell konzipiert sind, genauer: wenn sie die Frage des instrumentellen Umgangs mit dem Recht selbst zum Gegenstand ihrer Betrachtung machen.
- 44 Die Einschätzung der Grundlagenfächer als Hilfswissenschaften für die Rechtspraxis ist unter Juristinnen und Juristen verbreitet. Diese Einschätzung beurteilt die Nützlichkeit der Grundlagenwissenschaften allein danach, was sie als **Zulieferbetriebe** für die Rechtspraxis an dort verwertbaren Erträgen produzieren. Demzufolge interessiert bei der Rechtssoziologie nur vermeintlich gesichertes Wissen im Sinne von „harten Fakten“ ohne „theoretisches Brimborium“. Die rechtstheoretische Stimmigkeitsprüfung soll möglichst einfach aufbereitet sein und bei juristischen Entscheidungsfindungen gleichsam als Hintergrundprogramm automatisch Prüfungen und Korrekturen vornehmen. Von der Rechtsphilosophie wird für die Praxis ein gewisser Bildungs- und Erbauungswert erwartet. Solche informierenden und stimulierenden Effekte sollen das harte Geschäft der Rechtspraxis erleichtern. Das Abdrängen der Grundlagenfächer in solche Residualbereiche macht sie zu harmlosen Weggefährten der praktischen Kunst der Gesetzgebung und Rechtsanwendung.
- 45 Wenn wir im Folgenden demgegenüber eine Ergänzung der hilfswissenschaftlichen Perspektive durch ein **reflexives** Verständnis der Grundlagenwissenschaften postulieren, so heisst dies zunächst, dass der hilfswissenschaftliche Beitrag der Grundlagenwissenschaften selbst einer Problematisierung bedarf. Dazu gehört vorab der Hinweis, dass der unmittelbare Praxisnutzen der Grundlagenfächer zumeist begrenzt ist.
- 46 Mit Blick auf die **Rechtsphilosophie** lässt sich fragen, ob etwa bei der Bewältigung des Unrechts von Verantwortlichen des DDR-Regimes wirklich rechtsphilosophisch argumentiert wurde oder darin nicht unausgesprochene politische Massstäbe einfließen.
- 47 Mit Blick auf die **Rechtssoziologie** lässt sich fragen, ob das von ihr gelieferte Tatsachenmaterial tatsächlich als Grundlage juristischer Entscheidungen verwendet wird. Der Gesetzgeber und, mehr noch, die Gerichte orientieren ihre Entscheidungen selten wirklich an empirischen Fakten.<sup>7</sup> Sie stehen unter Entscheidungszwang, der keine Rücksicht darauf nimmt, ob hinlänglich empirisches Wissen vorhan-

---

7 KUNZ 1993, 187 ff.

den oder auch nur erreichbar ist. Auch wo Informationen über die Faktizität der Rechtswirklichkeit vorhanden sind, werden diese oft als letztlich nicht ausschlaggebend eingestuft und dienen, soweit sie überhaupt zur Kenntnis genommen werden, allenfalls der unverbindlichen Vorinformation. Überhaupt ist die Annahme, dass es einen gesicherten objektiven empirischen Wissensbestand der Rechtswirklichkeit gäbe, zweifelhaft. Wenn etwa im Parlament über die Reform der strafrechtlichen Abtreibungstatbestände diskutiert wird, präsentieren die politischen Parteien ihre Experten, deren Berichte über die Rechtswirklichkeit der Abtreibung und ihrer Bekämpfung nicht einheitlich ausfallen, sondern eher den Standpunkt der sie beauftragenden Partei ausdrücken.

Die geringe tatsächliche Entscheidungsrelevanz empirischer Informationen verwundert nicht, sind Rechtsbegriffe doch nicht rein beschreibend (deskriptiv), sondern stets vorschreibend (normativ) und damit wertausfüllungs- und interpretationsbedürftig. Wenn das Gesetz formuliert: „Das Kind **ist** ehelich“,<sup>8</sup> meint es damit keine Tatsache, sondern formuliert ein Postulat des Inhalts, das Kind **gelte als** solches der Ehegatten, was entsprechende Rechte und Pflichten begründet. Auch wo die normative Begrifflichkeit des Rechts beschreibende Komponenten enthält, sind diese erst im normativen Zusammenhang verstehbar. Der normative Zusammenhang verlangt oft eine vage Begrifflichkeit, der keine bestimmte Tatsächlichkeit entspricht („Sozialschaden“, „Rechtsgut“, „Geringfügigkeit“), und verleiht an sich beschreibenden Begriffen eine spezifische, nicht mehr streng erfahrungswissenschaftlich auslotbare Bedeutung („juristischer“ Schadensbegriff beim Betrug, für die Anklage „hinreichender“ Tatverdacht). Wo das Gesetz Rechtsfolgen von erfahrungswissenschaftlich zu belegenden Erwartungen abhängig macht – so etwa bei den bedingten oder teilbedingten Strafen<sup>9</sup> –, lässt es zu, dass die Praxis diese mit empirisch unbelegten alltagspsychologischen Vermutungen begründet.

Die Annahme, dass die Rechtsanwendung sich von empirischen Fakten wirklich leiten liesse, wird durch das prozessuale **Prinzip freier Beweiswürdigung** vollends zweifelhaft. Gemäss diesem Prinzip entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach freier, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfter Überzeugung.<sup>10</sup> Damit wird deutlich, dass Regeln richterlicher Überzeugungsbildung in einem strengen Sinne nicht existieren.<sup>11</sup> Das prozessuale

8 §§ 1591 ff. dt. BGB, sinngemäss: Art. 255 schweiz. ZGB und § 144 österr. ABGB.

9 Art. 42 und Art. 43 schweiz. StGB.

10 So der Wortlaut des § 261 dt. StPO.

11 Wenngleich der Richter oder die Richterin sich bei seiner freien Beweiswürdigung über eine wissenschaftlich feststehende Tatsache nicht hinwegsetzen darf (so der deutsche BGH St 10, 211, vgl. auch das Schweizerische Bundesgericht in BGE 101 IV 30 ff.), genügt doch die Beweiswürdigung selbst nicht eben diesen wissenschaftlichen Kriterien.

Prinzip der freien Beweiswürdigung entkleidet die erfahrungswissenschaftlich formulierten Entscheidungsraaster des materiellen Rechts bei der richterlichen Rechtsanwendung ihrer Verbindlichkeit: Zur Annahme oder Ablehnung erfahrungswissenschaftlicher Kriterien genügt eine *conviction intime*, wie der französische Begriff für die freie Beweiswürdigung bezeichnend lautet. Diese kann wegen ihrer wissensmässigen Intimität den Anforderungen empirischer Überprüfbarkeit nicht genügen. Daraus erklärt sich, dass die nachträgliche Begründung der Entscheidung, die für die obergerichtliche Kontrolle allein massgeblich ist, die eigentlichen Entscheidungsmotive nicht getreu widerspiegelt.<sup>12</sup> Der Justiz ist dieses Phänomen längst geläufig – ohne dass sie daraus Konsequenzen zöge. Auf den Treppen der Justizpaläste erzählt man sich – nur halb ironisch – den Witz, dass es drei Arten von Urteilsbegründungen gäbe, die (juristisch allein massgeblichen) schriftlichen, die (für das Publikum der Verhandlung bestimmten) mündlichen – und die wirklich gemeinten.

- 50 Diese Beispiele zeigen, dass es zu den zentralen Aufgaben der Grundlagenwissenschaften gehört, auf **Defizite** bei der Übernahme grundlagenwissenschaftlicher Erkenntnisse in die Rechtspraxis aufmerksam zu machen. Man mag sich fragen, ob solche Defizite erträglich oder sogar erwünscht sind. Jedenfalls besteht ein notwendiges und im Prinzip fruchtbares **Spannungsverhältnis** zwischen den theoretischen Grundlagenwissenschaften und der Rechtspraxis.
- 51 Die Auslotung dieses Spannungsverhältnisses hat nichts mehr mit dem beschriebenen Service-Modell zu tun. Wenn wir uns mit jenem Spannungsverhältnis befassen, bemühen wir uns um eine externe Beobachtung des Rechtssystems einschliesslich der in ihm operierenden Grundlagendisziplinen, gleichsam um einen **Blick von aussen**, der sich nur einem in die Rituale der Rechtspraxis eingeweihten, aber momentan davon befreiten Beobachter eröffnet. Damit deutet sich als Alternative zum Service-Modell ein Reflexions-Modell der Grundlagenfächer an.

## 2.6 Das Reflexions-Modell der Grundlagenfächer

- 52 Dieses Modell erbringt aus verschiedenen theoretischen Perspektiven eine externe Beobachtung von rechtlichen Phänomenen, die aus juristischer Binnensicht vertraut sind. Es gewinnt diesen Phänomenen aus der theoretischen Distanz eine neue, oft unvermutete Bedeutung ab. Die Umkehrung der vertrauten Wahrnehmungsperspektiven zeigt die Begrenztheit des juristischen Problem-

---

<sup>12</sup> Zum Auseinanderfallen von Herstellung und Darstellung richterlicher Entscheidungen vgl. HASSEMER 1983, 26 ff.