

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 238

Regeln der Jurisprudenz

**Die Grundsätze und Methoden
der Rechtswissenschaft
als professionelle Standards**

Von

Christof Bernhart



Duncker & Humblot · Berlin

Christof Bernhart · Regeln der Jurisprudenz

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 238

Regeln der Jurisprudenz

Die Grundsätze und Methoden
der Rechtswissenschaft
als professionelle Standards

Von

Christof Bernhart



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2008 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-12805-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Ich widme dieses Buch dem Andenken an Martin Bernhardt, der im Jahre 1705 unter seinem Lehrer Christian Thomasius in der Dissertation „*De tortura ex foris Christianorum proscribenda*“ (Über die notwendige Verbannung der Folter aus den Gerichten der Christen) die Forderung nach der vollständigen Abschaffung der Folter erhob und in einer wissenschaftlich gültigen Weise begründete (vgl. Lieberwirth, S. 116).

Recht ist etwas, was man behalten kann, ohne es zu haben.
(*E. G. Tangl*)

Make everything as simple as possible, but not simpler.
(*Albert Einstein*)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit geht von einem simplen Befund aus, der gleichwohl nicht gebührend beachtet wird: Die Rechtswissenschaft beschränkt sich zunehmend auf eine Gesetzestechnik. Für den Juristen soll die Kenntnis der Gesetze und der Gerichtspraxis ausreichen. Es handelt sich um einen allmählichen Abbau, der aber bereits konkrete Auswirkungen zeitigt. Sie reichen bis auf das Selbstverständnis der Rechtsanwälte, denen die Vorstellung, einen wissenschaftlichen Beruf auszuüben, zunehmend abhanden kommt. Das wirkt wieder zurück auf die Universitäten, die im Zeitalter der Ranglisten und aufgrund der Bologna-Reform ein Optimum des Erfolges im Vergleich zu den aufzuwendenden Mitteln zeigen müssen. Die Betonung der Praxis wird durch den starken Einfluss des angelsächsischen Rechts im Zuge der internationalen Vereinheitlichung des Rechts noch verstärkt. Die ganze Rechtssprache wird heute von der Gesetzessprache beherrscht. Das Verhältnis zum Normtext wird zum reinen Anwendungsproblem und Hermeneutik zur Störfallbeseitigung.¹ Der Juristerei wohnt zudem eine gewisse Tendenz inne, nur eine Legitimation für etabliertes Tun zu suchen und zu geben.² Mutige Postulate gehen selten von Juristen aus, was sich an den Bestrebungen zur Abschaffung der Folter oder der Todesstrafe zeigen lässt. Eine ganze Juristengeneration nahm in Deutschland das Unrecht des NS-Regimes widerstandslos hin, stellte sich geflissentlich in dessen Dienst und arbeitete danach in der Bundesrepublik unter anderen Paradigmen ungehört weiter. Gegen einen Zerfall der Rechtskultur ist niemand gefeit. Es wird hier keinesfalls die Meinung vertreten, dass früher alles besser gewesen sei und der Untergang des Abendlandes unmittelbar bevorstehe. Allerdings muss der Kampf für das Recht jeden Tag neu geführt werden. Das Berufsethos verlangt einen aktiven Einsatz.

Die verbreitete methodische Ratlosigkeit und berufsethische Beliebigkeit machen die Klärung des Selbstverständnisses des Juristen sowie seiner Grundsätze und Methoden notwendig. Dieses Buch will dazu in einer knappen Darstellung eine in sich schlüssige Konzeption präsentieren. Dafür ist es erforderlich, Aspekte zu behandeln, die in der Literatur keine gebührende Berücksichtigung finden. Hier sollen nicht abermals die gängigen Positionen der Rechtsphilosophie und der Methodenlehre aufgezeigt werden. Auf die entsprechenden An-

¹ Vgl. Schott, S. 155.

² Vgl. Nussbaumer, S. 8.

sichten wird nur insoweit Bezug genommen werden, als es für die eigene Positionsdarlegung erforderlich ist. Die Arbeit erhebt somit den Anspruch eines Manifestes, das über die Behandlungsweise des positiven Rechts hinaus führt, mit dem Ziel, im Recht mehr als eine blosse Spielregel der Gesellschaft zu sehen. Lehre und Rechtsprechung sollen ferner veranlasst werden, sich den aktuellen Erkenntnissen anderer Wissenschaften, insbesondere jener der Linguistik, zu öffnen. Dafür ist die traditionelle Rechtskultur keineswegs aufzugeben, sondern muss eher neu belebt werden. Nur unter Rückgriff auf die ganze Methodengeschichte und Rechtsquellenlehre besteht die Möglichkeit, der gegenwärtigen Versteinerung der Methodik entgegenzuwirken.

Ich danke allen, welche die Publikation ermöglicht haben. Kritik ist zu richten an praxisbernhart@bluewin.ch.

Christof Bernhart

Inhaltsverzeichnis

Die Fragestellung	13
--------------------------------	----

1. Teil

Das Objekt der Rechtswissenschaft 14

I. Das Recht als Überzeugung (Ethos)	14
II. Das Recht als Institution (Usanz und Kodex)	20
III. Der moderne Rechts- und Gesetzesbegriff	23

2. Teil

Die Begründung der Rechtswissenschaft 25

I. Die allgemeinen Kriterien der Wissenschaftlichkeit	25
II. Die besonderen Kriterien der Rechtswissenschaftlichkeit	27

3. Teil

Die Grundsätze der Rechtswissenschaft 33

I. Der Ansatz: Das Recht als System	33
II. Die formalen Grundsätze	35
1. Das Recht als rationales System	35
2. Das Recht als normatives System	35
3. Das Recht als kategoriales System	37
4. Das Recht als textuelles System	39
5. Das Recht als selbstreferentielles System	44
6. Das Recht als duales System	45
a) Die axiomatisch-konstante Systemkomponente	45
b) Die teleologisch-variable Systemkomponente	46
III. Die materialen Grundsätze	47
1. Das Recht als Wertesystem	47
2. Das Recht als Ordnungssystem	47
3. Das Recht als Friedenssystem	49
4. Das Recht als Sicherheitssystem	51

4. Teil

Die Methoden der Rechtswissenschaft		57
I.	Die Rechtsmethoden	57
1.	Die Rechtsmethodologie	57
2.	Die Rechtsmethodik	63
3.	Die Rechtstechnik	65
II.	Die Normmethoden	67
1.	Die Normbildung	67
2.	Die Normfindung	71
3.	Die Normhandhabung	74
a)	Die Theorie der Normhandhabung	74
b)	Die Normauslegung	77
aa)	Das Normverständnis	77
bb)	Die Norminterpretation	82
c)	Die Normfestlegung	84
d)	Die Normanwendung	89
aa)	Das allgemeine Normanwendungsverfahren	89
bb)	Das spezifische Normanwendungsverfahren	93
III.	Die Sachverhaltsmethoden	95
1.	Die Sachverhaltsdarstellung	95
2.	Die Sachverhaltsfestlegung	95
3.	Die Sachverhaltssubsumtion	96
IV.	Die Urteilsmethoden	97
1.	Die Urteilsbildung	97
2.	Die Urteilsdarstellung	102
3.	Die Urteilsanfechtung	106

5. Teil

Die Aufgaben der Rechtswissenschaft		110
I.	Die Erkenntnisaufgabe	110
II.	Die Erklärungsaufgabe	111
III.	Die Darstellungsaufgabe	113
IV.	Die Prognoseaufgabe	116
V.	Die Lenkungsaufgabe	118

Inhaltsverzeichnis	11
--------------------	----

6. Teil

Die Auswirkungen der Rechtswissenschaft	121
I. Der wissenschaftliche Erkenntnisstand	121
II. Die wissenschaftliche Sorgfalt	124
III. Das wissenschaftliche Ethos	132
IV. Die wissenschaftliche Indikation	139
V. Die wissenschaftliche Aufklärung	143

7. Teil

Die Ergebnisse der Rechtswissenschaft	151
I. Die ratio legis	151
II. Die Rechtsprinzipien	153
1. Die Theorie des Rechtsprinzips	153
2. Das universale Rechtsprinzip	155
3. Die spezifischen Rechtsprinzipien	156
III. Das Rechtssystem	159
Résumé	162
Literaturverzeichnis	165
Sachverzeichnis	173

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGB	(dt.) Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. 1. 1900
BGE	Bundesgerichtsentscheid, Lausanne 1875 ff.
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz vom 23. 6. 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. 4. 1999
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heisst
EMRK	Konvention vom 4. 11. 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
et al.	und andere
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
Kol 3, 10	Brief des Paulus an die Kolosser, Kapitel 3, Vers 10
lit.	litera
m. E.	meines Erachtens
N.	Note
OR	BG vom 30. 3. 1911 betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
Rn	Randnote
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. 12 1937
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, Bern
u. a.	– und andere – unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. 12. 1968
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
Ziff.	Ziffer
z. T.	zum Teil

Die Fragestellung

Beim Juristen handelt es sich um einen Akademiker. Im Allgemeinen muss die Ausübung eines wissenschaftlichen Berufs den Grundsätzen und Methoden der Wissenschaft entsprechen und sich zudem am anerkannten Erkenntnisstand der Wissenschaft ausrichten und so die Regeln der Kunst beachten. Der Begriff der „Kunstregel“ findet primär in der Medizin Verwendung, die früher als blosses Handwerk aufgefasst wurde. Obwohl die Rechtswissenschaft aus dem Trivium der Artes liberales, insbesondere der Rhetorik, hervorgegangen ist,¹ wird für die professionellen Standards des Juristen die Bezeichnung „Regeln der Jurisprudenz“ gewählt, um sie von einer blossen Gesetzestechnik abzugrenzen.

Diese Regeln sind Grundlage und Massstab der beruflichen Sorgfalt. Sie definieren als Indikation insbesondere auch, wann eine berufliche Massnahme unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten erforderlich und sinnvoll ist. Die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz wird allerdings noch heute verschiedentlich in Zweifel gezogen.² Jedenfalls ist nicht ohne weiteres klar, was unter den „anerkannten Grundsätzen und Methoden“ sowie dem „Erkenntnisstand der Rechtswissenschaft“ zu verstehen ist und wie sie sich in der Berufsausübung auswirken.

¹ Vgl. Wieacker, S. 52.

² Vgl. Kaufmann, S. 128.

1. Teil

Das Objekt der Rechtswissenschaft

I. Das Recht als Überzeugung (Ethos)

Bei der Entwicklung zum Menschen wurde die unwillkürliche Regung zurückgedrängt und der Mensch ging der reflexartigen Übereinstimmung mit dem Sein verlustig. Die Einheit zerbrach in ein Innen (Ich) und Aussen (Welt). Das entstandene Bewusstsein hinderte seine vorbehaltlose Hingabe sowohl an das Ich als auch an die Aussenwelt. Indem das Ich seines Selbst inne wurde, trat es auseinander. Der Mensch erlangte so Einsicht in seine eigenen Unzulänglichkeiten und Begrenzungen. Zudem hatte er zwar die Möglichkeit, das Aussen zu bedenken, vermochte es jedoch niemals ganz zu begreifen: Er ist in seinem Handeln vor Zweifel gestellt. In dieser Situation entsteht das Bedürfnis nach Wiedererlangung einer Frieden und Sicherheit schaffenden Integrität. Die Integration kann durch eine mystische Erfahrung des Grenzenlosen erfolgen, was einer Auflösung des Bewusstseins gleichkommt. Der Mensch kann seine Integrität aber auch durch Konformität mit der äusseren Tradition finden. Es ist die Lebensordnung einer naturgesetzlichen Gewohnheit, welche letztlich auf der mythischen Vorstellung einer kosmischen Notwendigkeit basiert und die Einhaltung von unveränderbaren rituellen Formen und Gepflogenheiten verlangt.¹ Das Christentum stellt unter Bezugnahme auf die griechische Philosophie dem Mythos den Logos entgegen, verstanden als Wahrheit, Überprüfbarkeit, Vernünftigkeit und Richtigkeit. Der Logos verheisst das sich selbst verstehende Selber sein,² als eine auf Rationalität beruhende Übereinstimmung mit sich und der Aussenwelt. Für das Christentum ist die Welt eine Schöpfung aus der Liebe und Vernunft der Person des gnädigen Gottes. Der Mensch ist sein Ebenbild.³ Das eröffnet die Aussicht, dadurch eine Ganzheitlichkeit zu erlangen, indem man versucht, sich und die Welt zu verstehen, um sie gestalterisch mit den eigenen Richtigkeitsvorstellungen in Übereinstimmung zu bringen. Die als Kultur verstandene Gestaltung erfolgt zunächst in der Gewissheit des Nachvollzugs einer göttlichen Idee. Mit wachsendem Selbstbewusstsein und dem daraus resultierenden Verlust eines Gottes- oder Autoritätsbezuges entspringt die Gestal-

¹ Ratzinger, S. 42.

² Ratzinger, S. 145 f.

³ Kol 3,10; Ratzinger, S. 21.

tungskraft profaner Ideen der eigenen Vernunft. Der moderne rationale Mensch möchte nach seinen eigenen Vorstellungen leben, um mit sich und der Welt in Übereinstimmung zu gelangen. Das menschliche Zusammenleben ist Teil dieses kulturellen Wandels. Es durchläuft die Stadien von der Unabänderbarkeit einer naturgesetzlichen mythischen Ordnung über Phasen der rationalen und zunehmend autonomen Ausgestaltung autoritativ vorgegebener Strukturen bis hin zum Versuch der gesellschaftlichen Übereinstimmung der individuellen Vorstellungen.

Durch den Logos liegt die Orientierung und Rechtfertigung für das menschliche Handeln im Ethos, den eigenen, für wahr gehaltenen Wertvorstellungen. Diese Vorstellung ist somit nicht beliebig. Sie beruht auf einer subjektiven Wahrheitsanerkennung und ist das Ergebnis einer Bewertung, der auf Vergleich beruhenden Bevorzugung eines Gutes. Als „das Gute“ ist der Wert verabsolutiert und vom Nützlichen kategorisch getrennt. Unter Bestimmung eines höchsten Gutes können die Werte in eine hierarchische Ordnungsbeziehung gebracht werden. Solche Wertvorstellungen sind mit einem Geltungsanspruch versehen. Sie verlangen als regulative Kraft ihre gestalterische Umsetzung in einer Handlung und können als Ideal auf eine Verwirklichung in den gesellschaftlichen Verhältnissen abzielen. Falls eine Wertvorstellung anerkannt ist, gelten für den rationalen Menschen auch alle logischen Folgerungen und situativen Ausprägungen davon als richtig. Das Handlungsergebnis lässt sich anhand der Wertüberzeugung beurteilen. Die richtige Vorstellung bedarf allerdings auch der richtigen Umsetzung. Das setzt innere Besonnenheit und äussere Angemessenheit voraus, wodurch die Wirklichkeit zum Massstab der Wertüberzeugung wird. Ein höchstes Gut muss voraussetzungslos verwirklicht werden. Bei anderen Werten steht die Befolgungspflicht unter den Bedingungen und Möglichkeiten der Realität. Anhand der Erfüllungsbedingungen ergeben sich unterschiedliche Geltungsebenen, eine absolute Geltung besteht etwa bei Unbedingtheit des Handlungsgebots. Bei absoluten, universalen Handlungsgeboten handelt es sich um eigentliche Handlungsnormen. In ihnen manifestieren sich somit handlungstaugliche, erfüllbare, auf Wertüberzeugungen beruhende, allgemeine Aufforderungen. Sinn einer Handlungsnorm ist die Verwirklichung der ihr zugrunde liegenden Wertvorstellung, was die Bewertung der Handlung nach dem Ausmass ihrer Erfüllung zulässt. Besteht keine ausschliessliche Selbstbezogenheit, wirkt sich die Norm auch auf andere Personen oder die Öffentlichkeit aus. Beruht eine solche soziale Norm auf einer gemeinsamen Wertüberzeugung, tritt ihre gegenseitige innere Verbindlichkeit ein. Daraus entsteht ein Wechselverhältnis aus Anspruch und Pflicht, womit eine Sachlage bestimmt wird. Eine solche definierte Situation lässt personale Verfügungen zu, die Geltung transportieren, indem sie inhaltlich festlegen, was neu gilt.⁴ Die daraus entstandenen Verbind-

⁴ Vgl. Calliess, S. 64.