

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 73

Gewißheitsverluste im juristischen Denken

Zur politischen Funktion der juristischen Methode

Von

Görg Haverkate



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

GÖRG HAVERKATE

Gewissheitsverluste im juristischen Denken

Schriften zur Rechtslehre

Heft 73

Gewißheitsverluste im juristischen Denken

Zur politischen Funktion der juristischen Methode

Von

Görg Haverkate



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04051 1

Vorwort

Rechtstheorie ist immer zugleich Verfassungstheorie. Deshalb lassen sich Erörterungen über die juristische Methodik nicht auf diese beschränken; sie führen notwendigerweise in die verfassungstheoretisch-politischen Frontstellungen: Auf der einen Seite steht die Ideologiekritik — wenn man unter diesen Begriff alle Denkbewegungen zusammenfassen will, die auf den Zerfall bisheriger kultureller Selbstverständlichkeiten zielen oder sie begleiten. Ideologiekritik problematisiert, „politisiert“ das Recht; in ihren radikalen Formen bestreitet sie die Berechtigung des juristischen Denkens, die Zuständigkeit des Juristen zur Bearbeitung des Rechtsstoffes. Auf der anderen Seite die Jurisprudenz, die sich gerade in Deutschland als konservative geistige Gegenmacht gegenüber aller ideologiekritischen Auflösung und Infragestellung des Rechts verstanden hat. Die Jurisprudenz war bemüht, das Recht, zumindest in seiner Anwendung, dem politischen Streit zu entziehen, eine autonome Sphäre des Juristischen zu schaffen — und stützte sich dabei auf die Behauptung, es gebe eine spezifisch juristische Methode, die zugleich die Jurisprudenz als reine — unpolitische — „Wissenschaft“ konstituiere.

Die juristische Methode tritt hier auf als Gegenspielerin politischer Ideologie, als entscheidendes Hilfsmittel, um das Eindringen politischer Ideologien in das Recht und seine Bearbeitung durch die Juristen zu verhindern. Von seiten der Ideologiekritik hingegen ist die juristische Methode selbst als politische Ideologie verstanden worden: als Versuch, Rechtsbildungen durch die Vorgabe, sie seien mit Hilfe einer unangreifbaren Methode gefunden, der Kritik von außen zu entziehen. — Beide Aspekte tauchen in verschiedenen historischen Konstellationen des juristischen Denkens auf. Davon wird im folgenden zu reden sein.

Die Wirkungschance ideologiekritischer Strömungen ist heute größer denn je. Der Grund dafür liegt in einem fortschreitenden Abbau des traditionellen juristischen Methodenverständnisses durch die innerjuristische Methodenreflexion. Während ideologiekritische Vorwürfe wie etwa „Klassenjustiz“ bislang nicht in die Innenhöfe der Jurisprudenz vordringen konnten, hat die Kritik der juristischen Methode — das will heißen: die Kritik des Glaubens an Erkenntnisvergewisserung durch Methode — immer mehr die Schranken abgebaut, die die Jurisprudenz gegenüber der Ideologiekritik errichtet hatte. Ideologiekritisches Be-

wußtsein, vordem schlechthin „Außenbewußtsein“, vermag nun in das Rechtssystem einzudringen. Welche Folgen hat dies für das Rechtssystem? Und vor allem: Welche Folgen hat es für das politische System?

Daß alle Rechtstheorie zugleich politische Theorie ist, hat die deutsche Jurisprudenz gelegnet, durchaus mit politischen Absichten. Wo man sich dazu durchgerungen hat, diese politische Rolle offen als solche zu benennen, dort hat man den Anteil des Juristen an der Entstehung des modernen Staates als ordnungs- und friedensstiftender Macht hervorgehoben¹. Nicht zu Unrecht; doch eine noch bedeutsamere Leistung des Juristen geriet aus dem Blickfeld: der entscheidende Beitrag zur rechtlichen Bändigung dieses Staates durch den Entwurf des gewaltenteilenden Verfassungsstaates, des rechtlich verfaßten Staates². Ohne den Beitrag des Juristen gäbe es keine „Verfassung der Freiheit“. Dieser Zusammenhang gibt allen Erörterungen über das juristische Instrumentarium ihre Bedeutung.

*

Angeregt wurde diese Untersuchung durch Diskussionen im Seminar von Professor Hans J. Wolff in Münster. Ihre Entstehung hat Professor Martin Kriele mit Kritik und Ermunterung, Rat und Widerspruch begleitet. Ohne ihn wäre das Buch nicht entstanden. Während der Niederschrift lud Professor Josef Esser den Verfasser zu einem Vortrag ein. Fragen und Einwände gaben den Thesen in manchem eine neue Wendung.

Ihnen vor allen hat der Verfasser zu danken.

G. H.

¹ Vgl. Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 25; Quaritsch, Staat und Souveränität, 1970, S. 16 f.

² Zum Anteil des juristischen Denkens an der Entwicklung des Verfassungsstaates s. etwa die Bemerkungen von Sir Maurice Amos, The English Constitution, 1930, S. 33 ff., deren Unbefangenheit die Bruchlosigkeit englischer Verfassungs- und Rechtstradition bezeugt.

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Ideologiekritik gegen juristische Autonomie

I. Thesen der Ideologiekritik: die Herausforderung	11
II. Die Verteidigung der juristischen Autonomie	12
1. Autonomie des Rechts und juristische Methode	12
2. Die richtigkeitsverbürgende juristische Methode	14
III. Zur Ideologiekritik	19
1. Eigenarten des ideologiekritischen Vorgehens	19
2. Hauptgruppen einer Ideologiekritik des Rechts	25
a) Die marxistische Ideologiekritik	25
b) Die positivistische Ideologiekritik	27
3. Warum man dem Problem der Ideologiekritik nicht entkommen kann	28
IV. Der politische Bezug der Auseinandersetzung um die Ideologiekritik des Rechts	30

Zweites Kapitel

Die Aktualität des Vernunftrechts

I. Das absolutistische Vernunftrecht: die Säkularisation des Rechts	33
II. Das parlamentarische Vernunftrecht: materiale Vernunft im Recht	37
III. Der Ursprung der juristischen Methode	40
1. Der mos geometricus — die deduktiv-axiomatische Methode ..	40
2. Die philosophische Herkunft der deduktiv-axiomatischen Methode	43

3. Die Übernahme der deduktiv-axiomatischen Methode in der positiven Jurisprudenz	44
IV. Das geschichtliche Vernunftrecht und die Gefährdung des Autonomieanspruchs	47
V. Positivierung des Rechts und Ideologiekritik	50

Drittes Kapitel

Juristische Methode als politische Ideologie

Drei Haltepunkte in der deutschen Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts

I. Savigny 1814	55
1. Geschichtliche Rechtswissenschaft gegen Vernunftrecht	55
2. Gründe für die Ungeschichtlichkeit von Savignys Rechtsbegriff; Herder	63
3. „Das selbständige Daseyn des Rechts“ und die juristische Methode	70
4. Savignys verfassungspolitische Option	73
5. Savigny und Marx	77
II. „Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein?“ — 1848	79
1. Noch einmal: Autonomie des Rechts und Zusammenhang von Recht und Volksgeist	80
2. Beselers „Volksrecht“ als Recht des Verfassungsstaates	84
3. Die Kontroverse von Kirchmann/Stahl	87
4. Verfassungsstaat oder Rechtsstaat — die verfassungspolitische Alternative des Jahres 1848 als Fortsetzung der rechtstheoretischen Kontroversen	91
III. „Vernunftsrechtsform gegen Vernunftsrechtsinhalt“ im Verfassungsrecht — der preußische Budgetstreit	96
1. Die Rezeption der begriffsjuristischen Methode im Verfassungsrecht	96
2. Die Funktion der begriffsjuristischen Methode im Verfassungsrecht am Beispiel des Budgetstreits	101
3. Noch einmal: Rechtsstaat gegen Verfassungsstaat	107
IV. Die „juristische Methode“ als Fassade	109

Viertes Kapitel

„Die Auflösung der juristischen Begriffe in Politik“

I. Der rationale Rechtsbegriff und die Rechtsanwendung	112
II. Die teleologische Methode als Aufhebung eines Denkverbots	115
III. Unmittelbare Auswirkungen in der Methodenlehre	119
IV. Der Zweck im öffentlichen Recht	123
V. Das wertende Element in der Rechtsgewinnung und die Aktualität der „juristischen Methode“	133
1. Der Versuch einer „teleologischen Logik“	133
2. „Hermeneutik“ und Gesetzestreue	135
3. „Konkretisierung“	139
VI. Die Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	142
VII. Das Ende der juristischen Methode in ihrer ideologischen Funktion: die Aporie	156
1. Die Ansatzpunkte der Methodenreflexion	157
2. Kritizierbarkeit der Entscheidung und Gesetzesbindung	163
3. Was nimmt die Methodenkritik der juristischen Praxis?	165
4. Der „politische“ Charakter der Entscheidung und das Schicksal des Autonomieanspruchs	169

Fünftes Kapitel

Grenzen einer Ideologiekritik des Rechts?

I. Die ideologische Ideologiekritik und die politische Beschlagnahme des Rechts	175
II. Die falsche Sehnsucht zurück. Über einige Versuche zur Neubegründung der Autonomie juristischer Problembehandlung	183
1. Die Theorien des „Als-Ob“	184
a) Methodenfiktion und Gesetzesbindung des Richters	184
b) Methodenfiktion und Kontrollierbarkeit der Entscheidung ..	185
c) Methodenfiktion und Freiheit in der juristischen Bearbeitung des Rechts	186
d) „Als-Ob“, Betriebsbedürfnisse und gesellschaftliche Notwendigkeiten	190

2. Recht als formale Kategorie	191
3. Dezision	195
4. Die Übergeschichtlichkeit der eigentlichen Rechtssubstanz	197
5. Zusammenfassung	201
III. Ideologiekritik und Wahrheitsfähigkeit von Normen	202
1. Marxistische und positivistische Ansätze	202
2. Die Rationalität des „Meinens“	206
3. Die Jurisprudenz und der vorkritische Begriff von Wahrheit ..	217
IV. Ideologiekritik des Rechts und Verfassungsstaat	221
1. Bedenken gegen eine Zuordnung von Ideologiekritik und Ver- fassungsstaat	221
2. Die Geschichtlichkeit des Rechts und der Verfassungsstaat	223
3. Die Notwendigkeit der Ideologiekritik im Verfassungsstaat	228
4. Der verfassungsstaatliche Kern des Autonomiegedankens	231
5. Der Verfassungsstaat als institutionelle Sicherung des Diskurses	236
6. Idealität und Realität des Verfassungsstaates	237
Abgekürzt zitierte Literatur	240
Personenverzeichnis	241
Sachverzeichnis	246

Erstes Kapitel

Ideologiekritik gegen juristische Autonomie

I. Thesen der Ideologiekritik: die Herausforderung

Das Recht besteht aus irrationalen Wertungen. Es gibt keine „Vernunft“ im Recht. Das Recht ist lediglich eine Überhöhung der politischen Machtverhältnisse. Das Recht ist eine überholte metaphysische Denkkategorie. Die Juristen sind die Theologen der bestehenden politischen Ordnung. Eine aufgeklärte Gesellschaft wird nicht mehr der juristischen Verschleierungen bedürfen, sondern eine offene und damit politische Praxis der Lenkung des sozialen Lebens bevorzugen³.

In der Klassengesellschaft ist alles Recht Klassenrecht; mit der Abschaffung der Klassengesellschaft wird auch das Recht absterben. Alle Rechtsanwendung ist Klassenjustiz; diese wird erst mit dem Ende der Justiz aufgehoben.

Die Vorstellung, es könne eine im politischen Prozeß neutrale Rechtswissenschaft und eine objektive, „unabhängige“ Rechtsprechung geben, ist Ideologie; die Gleichheit der Rechtsanwendung bedeutet nichts anderes als die Verewigung der Ungleichheit. Der Richter löst keine sozialen Konflikte, sondern verschleiert sie durch symbolische Befriedung; eine nichtideologische Rechtsprechung, soweit sie überhaupt denkbar ist, könnte allenfalls (bis zum Ende der Justiz) die Aufgabe haben, die sozialen Konflikte auszuformulieren; deren Lösung wäre nicht mehr Sache eines „Rechtssystems“, sondern des politischen Systems⁴.

Man muß die Ideologiekritiken in diesen schroffen Ausprägungen betrachten, wenn man verstehen will, welche Energien sich auch hinter ihren milderen Erscheinungsformen verbergen. Ebenso begreift man die Gegenbewegungen, die juristischen Abwehrversuche gegen Ideologiekritik, nur, wenn man sich die Wucht des ursprünglichen Angriffs verdeutlicht.

³ Zu dieser Thesengruppe, die die positivistische Tradition widerspiegelt, vgl. unten S. 27 f.

⁴ Zu dieser weitgehend marxistisch geprägten Thesengruppe s. unten S. 25 ff.

II. Die Verteidigung der juristischen Autonomie

1. Autonomie des Rechts und juristische Methode

Die Ideologiekritiken haben ein gemeinsames Angriffsziel: Sie bekämpfen die Autonomie des juristischen Denkens; sie bestreiten die Möglichkeit gerechter und vernünftiger Rechtsverwirklichung durch eine eigenverantwortliche juristische Problembearbeitung.

Diese „Autonomie des Rechtssystems“: die Eigenständigkeit der juristischen Problembehandlung als Voraussetzung einer objektiven — willkürfreien, gleichmäßigen und nachprüfbaren — und vernünftigen Handhabung des Rechts, bezeichnet zugleich die Verteidigungsstellung der traditionellen Jurisprudenz⁵.

Was hält die Jurisprudenz der Ideologiekritik entgegen? ,Indem die Ideologiekritik die Autonomie der juristischen Problembehandlung leugnet, führt sie zu einem ungehemmten Eindringen politischer Emotionen, zu einer politischen Mediatisierung des Rechts, dessen Ordnungswert damit abgebaut wird; sie bewirkt eine ideologische Aufladung des Rechts, die dessen Wesen und die Eigenart seiner Handhabung nicht mehr in ihrem Wahrheits- und Gerechtigkeitswert sieht, sondern das Recht nur noch als beliebig einsetzbares Instrument eines politischen Veränderungswillens begreifen kann. Das Recht mag soziologisch betrachtet werden, es darf aber nicht soziologisiert werden. Das geltende Recht darf nicht relativiert werden zu einer konservativen Meinung,

⁵ Vgl. die eindringliche Beschwörung der „juristischen Autonomie“ bei Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 69, 131, 135, 353, 402, 441. Esser beschreibt das Autonomiedenken als „einen Denk- und Urteilsstil, der die Freiheit sowohl von unmittelbarer politischer Autorität wie auch von der jeweils aktuellen Meinungsbildung, ihrer Tyrannei und ihren Verlockungen sichern soll und damit erst die moderne Stellung des Richters ermöglicht“; *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, AcP Bd. 172, 1972, S. 97 ff., 98. Essers Stellungnahme zu diesem Autonomiedenken ist ambivalent; einerseits kritisiert er den scheinhaften Charakter einer angeblich herrschafts- und geschichtsfreien Rechtssphäre (S. 98) und stellt fest, die juristische Entscheidung bedürfe des gesellschaftlichen Konsenses ebenso wie legislative Entscheidungen; Vorverständnis und Methodenwahl, 2. Auflage, 1972, S. 87. An anderer Stelle kommt aber zum Ausdruck, daß der erforderliche Konsens für Esser doch in erster Linie ein professioneller Konsens ist, also nicht consensus omnium, sondern omnium doctorum; Vorverständnis . . ., S. 23, 27, 55, 202 f. Die darin angelegte Diskrepanz läßt sich nur überbrücken, wenn man den professionellen Konsens an den „allgemeinen Konsens“ anbindet und ihn von dorthin kontrollierbar macht — ein nicht nur bei Esser ungelöstes Problem; hierzu ebenfalls Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S. 517 ff., 534 ff. Zur kritischen Einschätzung des Autonomiedenkens vgl. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, S. 11 ff., 23, 175 ff., 245 ff., ders., *Richterliches Handeln — zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973, S. 3 ff. Die Autonomieproblematik steht ferner im Zentrum der Erörterungen von J. J. Hagen, *Soziologie und Jurisprudenz*, 1973. Zu aktuellen Versuchen einer Neubegründung der juristischen Autonomie s. u. S. 183 ff., 231 ff.

an deren Stelle man ohne weiteres auch eine andere Meinung setzen kann; es gibt zumindest einen Kernbereich im Recht, der zwar möglicherweise auch nur aus „Meinung“, aus menschlichen Überzeugungen besteht, der aber als unveränderlich fingiert werden muß. Es handelt sich beim Recht nicht um einen Gegenstand, über den man klügeln kann, wie über einen beliebigen anderen, der unbegrenzt diskutierbar wäre, ohne daß die Basis des menschlichen Zusammenlebens erschüttert würde. Und dieser Eigenwert des Rechts als einer gegenüber politischem Willen und gesellschaftlichen Interessen neutralen Instanz zur gerechten Lösung von gesellschaftlichen Konflikten verwirklicht sich in der Tätigkeit des Juristen, dem die Aufgabe neutraler Konfliktlösung obliegt⁶.

Von woher der Angriff kommt, ist unschwer auszumachen: von eschatologisch-utopischen Bewegungen; von den Theorien eines Endstadiums, sei es das szientistisch-technokratische Modell eines Endstadiums positiver Wissenschaftlichkeit (Comte) oder das sozialistische der klassenlosen Gesellschaft (Marx). Alle diese säkularen Eschatologien hassen das Gesetz; nicht nur als Inbegriff der (noch) bestehenden gesellschaftlichen Ordnung, sondern auch als Gegenprinzip zum endzeitlichen Utopismus. Jede wie immer entworfene Endzeit ist anarchisch, bedarf keines Gesetzes mehr. Die Juristen aber sind die Verwalter des Gesetzes; daher ist der Haß gegen das Gesetz notwendig ein Haß gegen die Juristen.

Dann wäre die Lösung des Problems einer Ideologiekritik des Rechts einfach? wenn wir uns nur in der Ablehnung des politischen Utopismus einig werden könnten: Mit der Erkenntnis von der Notwendigkeit einer „gesetzlichen“ Ordnung könnten wir die grundsätzliche Infragestellung der Zuständigkeit des Juristen als erledigt betrachten. Die Vernunft des Gesetzes — des Gesetzes als solchen — wäre die *raison d'être* des Juristenstandes. Der Jurist legitimiert sich durch das Gesetz. Er bedarf dann nur noch einer unanfechtbaren Methode, um seine Entscheidungen mit dem Gesetz zwingend zu verknüpfen. — Der Entwurf einer solchen unanfechtbaren Methode ist die älteste Versuchung des Juristen.

Die Operationsbasis aller Verteidigungsanstrengungen gegenüber der Ideologiekritik ist die *juristische Methode*; in ihr findet der juristische Autonomieanspruch seinen Halt — insbesondere in der Tradition der deutschen Jurisprudenz. „Nichts anderes kennzeichnet den Juristen als solchen als die von ihm befolgte Methode, über die er keine Verfügung hat⁷.“ Die juristische Methode ist das technische Mittel, durch das eine Art Monopol fachlicher Behandlung des Rechts hergestellt wird. Die

⁶ Die hierin enthaltenen Thesen werden im Laufe dieser Untersuchung zu erörtern sein; vgl. vor allem unten S. 183 ff., 221 ff.

⁷ Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 40.