

Schriften zur Rechtslehre

Heft 49

Rechtsgeltung und Konsens

Mit Beiträgen von

Eugen D. Graue · Theo Mayer-Maly

Adalbert Podlech · Ulrich Scheuner

Hans-Ludwig Schreiber

im Auftrag der Dr. Otto Bagge-Gedächtnisstiftung

herausgegeben von Günther Jakobs



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Rechtsgeltung und Konsens

Schriften zur Rechtslehre

Heft 49

Rechtsgeltung und Konsens

Mit Beiträgen von
Eugen D. Graue · Theo Mayer-Maly
Adalbert Podlech · Ulrich Scheuner
Hans-Ludwig Schreiber

im Auftrag der Dr. Otto Bagge-Gedächtnisstiftung
herausgegeben von Günther Jakobs



DUNCKER & HUMBLOT/BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03624 7

Vorwort

Die in diesem Band zusammengefaßten Aufsätze beruhen auf Vorträgen, die im Mai 1975 in Husum auf einer Tagung der Dr. Otto Bagge-Gedächtnisstiftung, Kiel, zum Thema „Rechtsgeltung und Konsens“ gehalten wurden. Den Referenten der Tagung hat die Stiftung für ihre Mitwirkung durch einen Vortrag und durch ihre Teilnahme an zahlreichen Diskussionen verbindlich zu danken. Herr Gerhard Timpe, mein Assistent, hat es auf sich genommen, nach den Bandaufzeichnungen der Diskussionen die hier abgedruckten Diskussionsberichte zu verfassen; dafür sei ihm gedankt.

Kiel, im Oktober 1975

Günther Jakobs

Inhalt

Adalbert Podlech, Darmstadt:

- Wertentscheidungen und Konsens 9
Bericht über die Diskussion zu dem Referat von Adalbert Podlech 29

Ulrich Scheuner, Bonn:

- Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem 33
Bericht über die Diskussion zu dem Referat von Ulrich Scheuner 69

Hans-Ludwig Schreiber, Göttingen:

- Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozeß 71
Bericht über die Diskussion zu dem Referat von Hans-Ludwig
Schreiber 86

Theo Mayer-Maly, Salzburg:

- Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht 91

Eugen Dietrich Graue, Kiel: Vertragsschluß durch Konsens? 105

- Bericht über die Diskussion zu den Referaten von Theo Mayer-Maly
und Eugen Dietrich Graue 130

Bericht über die Schlußdiskussion 135

Wertentscheidungen und Konsens

Von Adalbert Podlech, Darmstadt

Max Weber hat 1904 den Terminus „Wert“ das Schmerzenskind der Nationalökonomie genannt¹. Ähnliches ließe sich noch immer für die Rechtswissenschaft sagen. Zwar ist die Einhelligkeit der Anerkennung dieses Terminus als Grundbegriff der Rechtsphilosophie oder der Rechtstheorie aufgebrochen, aber noch immer finden sich in juristischen Methodenüberlegungen Sätze wie „Richterliche Tätigkeit ist Wertverwirklichung“². Wird für eine Wissenschaft ein unzweckmäßiger oder gar in seinem Sprachkontext widersprüchlich verwendeter methodischer Grundbegriff gewählt, so vermag ein solcher Vorgang die Grundlagen Diskussion dieser Wissenschaft zu korrumpieren. Zwei Gründe scheinen mir dafür zu sprechen, daß die Voraussetzungen dieser Wirkung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Zeit und verstärkt seit 1945 gegeben sind. Der erste Grund besteht darin, daß es als die Aufgabe der Richter und der meisten anderen Rechtsanwender bezeichnet werden kann, rechtliche Entscheidungen zu fällen³, und daß der Ausdruck „Wertung“ ohne Problemverlust durch den Ausdruck „Entscheidung“ ersetzt werden kann. Sprachliches Bindeglied ist dann der Ausdruck „Wertentscheidung“, der in der mir gestellten Fassung des Themas vorkommt. Das bedeutet, daß wir wissenschaftstheoretisch legitimiert dem Schmerzenskind „Wert“ das Heimatrecht streitig machen dürfen. Weniger bildlich und dafür korrekt ausgedrückt: Alle rechtswissenschaftlichen Probleme lassen sich äquivalent in einer Sprache formulieren und vielleicht einer Lösung zuführen, die den Ausdruck „Wert“ nicht enthält. Nun wäre das allein kein zureichender Grund, gegenüber der juristischen Verwendung des Ausdrucks „Wert“ enthaltsam zu sein. Hinzu kommt ein zweites. Mag man den Vorgang, daß der Ausdruck

¹ *M. Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Aufl. Tübingen 1968, S. 209 f.

² Der Satz wird heute weniger in wissenschaftlichen Untersuchungen als in Diskussionen mit Praktikern vertreten. Zwei Diskussionen in der Deutschen Richterakademie wurden teilweise von diesem Satz her bestimmt.

³ *Fr. Müller*, Recht — Sprache — Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I, Berlin 1975, S. 22, schlägt daher vor, Rechtswissenschaft als Element des Durchschnitts der Sozialwissenschaften und der Entscheidungswissenschaften aufzufassen.

„Wert“ im Laufe des 19. Jahrhunderts ins Zentrum grundlegender Diskussionen gerät, als Symptom für die Ökonomisierung von Denkgewohnheiten oder als Antwort auf die Nihilismuskrise des 19. Jahrhunderts deuten — beide, vermutlich dann nicht voneinander unabhängigen Deutungen hat *Carl Schmitt* in seinem Aufsatz „Die Tyrannei der Werte“ gegeben⁴ —, jedenfalls war es ein für die Wissenschaftsgeschichte höchst folgenschwerer Vorgang. Für die deutsche, später die bundesrepublikanische Rechtswissenschaft fast noch folgenschwerer war folgender Umstand. Die zuerst noch blasse und in der wissenschaftstheoretischen Strukturierung undeutliche Verwendung des Ausdrucks „Wert“ etwa bei *Hermann Lotze* spaltete sich bald — wenn man einmal von der im Sprachgebrauch mehr dichterisch als begrifflich getönten Verwendung bei *Friedrich Nietzsche* absieht — in zwei miteinander unverträgliche Bedeutungen. Die eine — wie sie etwa greifbar wird in der berühmten, 1904 erschienenen Abhandlung von *Max Weber* über die „Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis“⁵ — sieht in Wertungen Entscheidungen über Mengen von Alternativen. Diese Konzeption ermöglicht die Kontrolle der Wortverwendung an empirischen Sachverhalten und die Herausarbeitung der logischen Bedingungen der konsistenten Wortverwendung, ein wissenschaftliches Bemühen, das zum Aufbau der Disziplin der Präferenztheorie geführt hat und zu der 1971 mit dem Nobelpreis gewürdigten Entdeckung des Theorems von der Unmöglichkeit der Überführung beliebiger individueller Wertordnungen in soziale Wertordnungen durch *Arrow* im Jahre 1951⁶. Auf dieses Theorem werde ich noch zurückkommen. Es stellt den Schlüssel zu zahlreichen, gerade Rechtswissenschaftler beunruhigenden Wertproblemen dar. Für die deutsche und später die bundesrepublikanische Rechtswissenschaft war es ein verhängnisvoller Umstand, daß sie den Anschluß an die Wertproblematik nicht in der präferenztheoretischen Fassung gewann, sondern in der Fassung der klassischen deutschen Wertphilosophie, wie sie erstmals formuliert wurde in der 1899 erschienenen Erstlingsarbeit von *Max Scheler* „Beiträge zur Feststellung der Beziehungen zwischen den logischen und ethischen Prinzipien“⁷. Dieser Umstand

⁴ *C. Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1967, S. 37 bis 62, bes. S. 39 ff., 64, 53.

⁵ *M. Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, S. 150, 157.

⁶ *K. J. Arrow*, Social Choice and Individual Values (1951), 2. Aufl. New York, London, Sidney 1963.

⁷ *M. Scheler*, Beiträge zur Feststellung der Beziehungen zwischen den logischen und ethischen Prinzipien, Diss. Jena 1897, in: *ders.*, Frühe Schriften. Gesammelte Werke, Band 1, Bern, München 1971, S. 9 - 160. In der Arbeit *A. Podlech*, Wertungen und Werte im Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 95 (1970) S. 167 - 223, habe ich unter 4.1 eine belegte Zusam-

hatte zwei nahezu irreparable Folgen. Zum einen schnürte er die Rechtswissenschaft für etwa zwei Generationen von der interdisziplinären Entwicklung der Wissenschaftstheorie ab und zum anderen verhinderte er, daß die rechtstheoretische Grundlagenproblematik der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung wissenschaftstheoretisch korrekt expliziert werden konnte. Da die Entwicklung der klassischen deutschen Wertphilosophie wissenschaftlich und philosophisch eine Sackgasse war, die nur noch in ihren Folgen interessiert und ich darüber in meiner früheren Arbeit „Wertungen und Werte im Recht“ gehandelt habe⁸, gehe ich auf sie im folgenden nicht mehr ein. Konsensprobleme gewöhnen auf ihrer Grundlage ohnehin nur die Fassung dessen, was *Nicolai Hartmann* die Tyrannei der Werte genannt hat⁹.

Nach dieser Klarstellung meiner Position beginne ich mit der systematischen Exposition meines Themas. Dabei werde ich zuerst über Wertungen oder Wertentscheidungen, dann über Konsens und anschließend über *die* Probleme sprechen, die sich aus dem Verhältnis von Wertungen und Konsens ergeben.

Ich unterstelle, daß wir wissen, was im sozialen Bereich Alternativen sind¹⁰. Locker ausgedrückt ist alles eine Alternative, was wir wählen können¹¹. Das können Moden, Freundinnen, Parteiprogramme, Fassungen von Rechtsvorschriften, Autobahntrassen oder Moralen sein. Gegeben sei eine Menge solcher Alternativen, kurz *Alternativenmenge* genannt. Die Operation, die aus einer solchen Alternativenmenge eine Alternative als ausgezeichnet auswählt, oder die Alternativenmenge in einer bestimmten Weise ordnet, nenne ich *dann* eine *Entscheidung*

menfassung der Position der klassischen deutschen Wertphilosophie gegeben. Schelers Dissertation war mir damals nicht zugänglich. Die Irrationalität, d. h. die Alogizität der Wertakte ist in der Dissertation noch deutlicher ausgesprochen als in den späteren Schriften. Ich trage daher als Belegstellen hierfür nach *M. Scheler*, S. 104, 110, 111 „Alogismus der ethischen Phänomene“.

⁸ *A. Podlech*, Werte und Wertungen im Recht.

⁹ *N. Hartmann*, Ethik (1925), 3. Aufl. Berlin 1949, S. 574 ff.; *C. Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, S. 59 ff.; *A. Podlech*, Werte und Wertungen im Recht, S. 206 ff.

¹⁰ In der Hinnahme von Alternativen als unzerlegbaren Elementen einer Alternativenmenge liegt eine unzulässige Vereinfachung. Zur Notwendigkeit, Alternativen als strukturierte Gebilde zu betrachten vgl. *Jean Antoine Nicolas Caritat*, Marquis de *Condorcet*, Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix, Paris 1785, S. XLVI; *W. Popp*, Soziale Mathematik der Mehrheitsentscheidung. Zu *Condorcets* „Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix“, 3.10. Diese Arbeit und die im folgenden zitierten Arbeiten von *W. Popp*, *B. Schlink* erscheinen demnächst in einem Sammelband der Arbeitsgruppe *Recht und Mathematik*: *A. Podlech* (Hrsg.), Rechnen und Entscheiden. Modelle juristischen Argumentierens.

¹¹ Vgl. dazu *A. K. Sen.*, Collective Choice and Social Welfare, San Francisco, Cambridge, London, Amsterdam 1970, S. 14 ff.