

Philippe Mastronardi, St. Gallen*

Juristische Methode und Rechtstheorie als Reflexionen des Rechtsverständnisses

1. RECHTSWISSENSCHAFT ALS REFLEXION

Rechtswissenschaft lässt sich als Reflexion in mehreren Stufen betreiben:

- Dogmatik ist die Reflexion der Rechtspraxis in Rechtsetzung und Rechtsanwendung
- Juristische Methodik ist die Reflexion von Praxis und Dogmatik
- Rechtstheorie ist die Reflexion von Praxis, Dogmatik und Methode
- Rechtsphilosophie ist die Reflexion von Praxis, Dogmatik, Methode und Rechtstheorie.

Die Dogmatik versucht, die politisch getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers und die auf den Einzelfall bezogenen Urteile der Gerichte in einen widerspruchsfreien, systematischen Zusammenhang zu bringen: die Rechtsordnung. Sie reflektiert somit das, was die zuständigen Behörden tun.

Z.B.: Was bedeutet es, wenn das Streikrecht den Arbeitnehmenden nur als "Ultima ratio", also subsidiär zu allen Verhandlungsmöglichkeiten gewährt wird?

Die juristische Methodik prüft, ob Praxis und Dogmatik sich in vertretbarer Weise begründen lassen.

Z.B.: Entsprechen die Anforderungen von Dogmatik und Praxis an den legalen Streik sowohl der Regelungsabsicht des historischen Verfassungsgebers als auch dem geltungszeitlichen Sinn und Zweck der Verfassungsnorm?

Die Rechtstheorie analysiert, ob Praxis, Dogmatik und Methodik von bestimmten Annahmen über die Funktion oder die Aufgabe des Rechts geprägt sind. Sie formuliert die theoretischen Vorverständnisse, mit welchen Juristinnen und Juristen an ihre Arbeit herangehen.

Z.B.: Welche Funktion hat das Streikrecht in einer Wirtschaftsordnung, welche die Rechte der Arbeitnehmenden weitgehend den Verträgen zwischen den Sozialpartnern überlässt?

* Unter Mitarbeit von lic.rer.publ. Denis Taubert.

Die Rechtsphilosophie schliesslich bewertet die verschiedenen Positionen der Rechtstheorie (und der diesen zugehörigen Praxis, Dogmatik und Methodik) nach verallgemeinerungsfähigen Kriterien des Guten und des Gerechten.

Z.B.: Wann ist es zulässig, dass die Rechte der Arbeitnehmenden durch einen reinen Machtkampf statt durch vertragliche Einigung bestimmt werden?

Auf diese Weise bilden Dogmatik, Methodik, Rechtstheorie und Rechtsphilosophie Stufen eines Reflexionsprozesses über die Rechtspraxis. Diese Stufenfolge erscheint zunächst als logische Hierarchie, etwa im Sinne einer Rangordnung, welche vom Konkreten zum Abstrakten führt. Sie ist aber nicht nur analytisch zu verstehen, sondern pragmatisch als eine Abfolge von Teilschritten im Handlungskreislauf juristischer Entscheidung. Es geht in jedem Schritt um einen Wechsel zwischen Teilnehmer- und Beobachterstandpunkt. Jede Reflexionsstufe beobachtet die vorangehende und trifft dabei eigene Entscheidungen, wechselt also von der Beobachtung zur Teilnahme, um darin von der nächstfolgenden Stufe selbst wieder beobachtet und beurteilt zu werden.

Alle juristische Reflexion ist Distanznahme in praktischer Absicht: Es gibt in Bezug auf das Recht keine reine Schau. Der Beobachterstandpunkt wird nur eingenommen, um den Teilnehmerstandpunkt besser wahrnehmen zu können. Erkenntnis ist in der Rechtswissenschaft Mittel zum Zweck der Entscheidung von Rechtsfragen. Auch Rechtstheorie will angewandt werden, d.h. die Rechtspraxis anleiten. Umgekehrt wird auch sie von der Praxis mit Inhalten angereichert und gewinnt erst von ihr her ihre Relevanz.

Die Grenzen zwischen den Reflexionsstufen sind zudem nicht scharf, sondern fliegend. Sie greifen ineinander über und sind aneinander rückgekoppelt. Methodenlehre ist zum guten Teil materielles Recht, d.h. von der Dogmatik bestimmt (so steuern die Konzepte der Rechtsgleichheit, der Gewaltenteilung oder des Legalitätsprinzips das Verhältnis zwischen den methodischen Canones). Rechtstheorie ist oft eine Entscheidung für den Vorrang einer bestimmten juristischen Methode (so ist der Rechtsrealismus wesentlich eine Option für die Methode der Folgenbeachtung). Zum Teil kehrt sich das Reflexionsverhältnis daher sogar um: Die Dogmatik dient zur Reflexion über die Methodik und diese zur Kritik der Theorie.

Jede dieser Reflexionen ist dabei als Teilschritt im hermeneutischen Zirkel einer juristischen Entscheidungslehre zu verstehen¹. Die verschiedenen Formen der Reflexion bilden je selbst hermeneutische Zirkel und sind zirkulär miteinander verknüpft. Wenn etwa die funktionalistische Methodenlehre (z.B. Werner Kra-

¹ Philippe Mastronardi, *Juristisches Denken*, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien: Haupt, 2003, Rz. 213–236.

wietz²) die klassische Methodenlehre (von Friedrich Carl von Savigny³) kritisiert, bewegt sie sich in einem doppelten Kreisprozess: In ihrem inneren Kreis analysiert sie juristische Normen und Entscheidungen im Hinblick auf ihre Wirkungen und beurteilt diese nach funktionalen Anforderungen des Rechtssystems (oder der modernen Gesellschaft). In ihrer Kritik an der herkömmlichen Methodenlehre befragt sie diese in einem zweiten Kreis daraufhin, wie die funktionalen Anforderungen, die sich aus dem ersten Kreisprozess ergeben haben, erfüllt werden können. Das Resultat des ersten Prozesses dient also als Mass für die Bewertung des Resultats aus dem zweiten Prozess (umgekehrt kann ein Vertreter der herkömmlichen Methodenlehre verfahren und den Funktionalismus als Teil der teleologischen Methode oder der Folgenbeachtung in den eigenen Kreisprozess einordnen).

Rechtswissenschaft ist damit nicht nur eine Analyse des Rechts in mehreren Stufen der Reflexion. Eine solche Analyse wäre auch vom reinen Beobachterstandpunkt aus möglich. Sie ist aber von ihrem Bezug zur Rechtspraxis nicht zu trennen, ohne dass sie ihren pragmatischen Sinn verliert. Rechtswissenschaft lässt sich ganzheitlich nur verstehen als eine normative Entscheidungslehre, welche den Anspruch erhebt, rational im Sinne der intersubjektiv begründeten Vertretbarkeit ihrer Entscheidungen zu sein. Sie verbindet Beobachtung und Teilnahme, Analyse und Urteil. Sie lässt sich daher auf keinen herkömmlichen Wissenschaftsbegriff reduzieren.

2. METHODE ALS GARANT DER WISSENSCHAFTLICHKEIT?

Die juristische Methodik gilt vielfach als Garant für die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz. Wie die Naturwissenschaften ihren Geltungsanspruch auf Wahrheit durch methodisch angeleitete empirische Überprüfung einlösen wollen, so soll auch die Rechtswissenschaft ihren Anspruch auf Richtigkeit⁴ durch methodisch stringente, überzeugende Herleitung von Urteilen legitimieren. Der Herstellungsprozess einer juristischen Entscheidung soll rational nachvollziehbar sein, Methodik soll zumindest die Vertretbarkeit des Urteils gewährleisten⁵.

² Werner Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion*, Berlin: Duncker & Humblot, 1967; ders., *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Wien: Springer, 1978, 213 ff.

³ Friedrich Carl von Savigny, *Juristische Methodenlehre (nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm)*, hg. v. Gerhard Wesenberg, Stuttgart: K. F. Koehler, 1951.

⁴ Karl Larenz, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, München: Beck, 1979.

⁵ So differenziert Ulfrid Neumann, „Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation“, *Rechtstheorie* 32 (2001), 239–255, 247.

Dieser Wissenschaftlichkeitsanspruch der Jurisprudenz scheitert bereits am Fehlen eines gültigen Massstabs für die Definition des Wissenschaftsbegriffs⁶. Das Vorbild der Naturwissenschaften taugt nicht, da es nicht einmal für den Bereich der Natur unstrittig ist und in den Sozialwissenschaften nur für analytisch verfahrenende Teildisziplinen Sinn machen kann. Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Jurisprudenz als Wissenschaft anerkannt werden darf, kann daher mit Ulfrid Neumann als Scheinproblem bezeichnet werden⁷. Rechtswissenschaft bleibt im Wesentlichen eine dogmatische Disziplin. Sie begründet, wann und warum eine zu treffende Entscheidung in einer bestimmten Rechtsordnung gerechtfertigt ist.⁸

Verlieren damit Methodenlehre und Rechtstheorie ihren Gegenstand und damit ihre Berechtigung? Ist alles Dogmatik? Die heutige Lehre neigt dazu, an der Rationalität von Entscheidungsprozessen zu zweifeln⁹. Die Rechtswissenschaft soll sich nicht dadurch überfordern, dass sie den Herstellungsprozess eines Urteils steuern will. Sie soll sich vielmehr darauf beschränken, überprüfen zu können, ob eine einmal gefällte Entscheidung rational begründet werden kann. Argumentationstheorie ersetzt damit Methodenlehre. Entscheidungen müssen nicht auf rationale Weise hergestellt werden, sie müssen sich nur durch gute Gründe rechtfertigen lassen¹⁰.

Ist ein solcher Rückzug des Rationalitätsanspruchs zwingend? Letztlich entspringt er der enttäuschten Hoffnung, auch in Rechtsfragen eine wahrheitsähnliche Objektivität zu erreichen. Weil sich zeigt, dass Urteile über Richtigkeitsfragen nicht auf dem Wege der Erkenntnis, sondern nur auf jenem der Konstruktion getroffen werden können, gibt man das Ideal der Wissenschaftlichkeit auf und überlässt die Entscheidung dem Dezisionismus. Man zieht sich darauf zurück, hinterher eine Überprüfung willkürlich getroffener Entscheidung zu verlangen. Das Recht verlangt ja auch nicht mehr, als dass Urteile begründet werden können.

⁶ Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. A., Wien/New York: Springer, 1991, 76 ff.

⁷ Ulfrid Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, hg. v. Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, 7. A., Heidelberg: C. F. Müller, 2004, 385–400, 386.

⁸ Massstab der Methodik ist dann nicht die Wissenschaftlichkeit, sondern die Verfassungsmässigkeit: Es geht um die Gewährleistung von Rechtsstaat und Gewaltenteilung. „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“ (Bernd Rüthers, „Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz“, *Juristenzeitung* 2 (2006), 53–60, 60). Kritisch zur Frage, ob Methodik die Verfassungsmässigkeit der Justiz gewährleisten könne: Winfried Hassemer, „Gesetzesbindung und Methodenlehre“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 7 (2007), 213–219. Für ihn ist eine ausdifferenzierte Dogmatik dazu besser in der Lage; aaO., 217 f.

⁹ Rüthers (Fn. 8), 58.

¹⁰ Hassemer (Fn. 8), 218: „Das bedeutet, dass die juristische Methodenlehre eine Lehre nicht des Findens, sondern des Begründens von richterlichen Entscheidungen unter dem Gesetz ist“; ebenso Neumann (Fn. 5), 255; ausführlicher schon ders., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, 3 ff.

Prozessgesetze stellen den Herstellungsprozess eines Urteils im Rahmen des Verfahrensrechts der zuständigen Instanz anheim.¹¹

Die klassische juristische Methodenlehre wird denn auch für tot erklärt¹². Daran ist sie selbst freilich nicht unschuldig. Der Streit der Methodologen und Rechtstheoretiker um die zutreffende Methode und Theorie, nach welcher die Rechtspraxis sich richten solle, hat zu keinen überzeugenden Ergebnissen geführt. Der Wissenschaftlichkeitsanspruch der Jurisprudenz hat vielmehr zu einseitiger Perspektive verleitet: Die verschiedenen methodischen und theoretischen Schulen, welche sich um den Anspruch streiten, die richtige Reflexion von Praxis und Dogmatik des Rechts anzubieten, vertreten meist einseitige Teilwahrheiten, halten sich aber fürs Ganze. Es gibt keine anerkannte umfassende juristische Methodik und keine Rechtstheorie, welche als Wissenschaftstheorie des Rechts gelten darf.

3. DER WIDERSTREIT DER THEORIEN

1.1 BEOBACHTER- UND TEILNEHMERSTANDPUNKT

Dieser Methoden- und Theorienstreit soll hier unter einem bestimmten Raster erläutert werden, der gestattet, die Möglichkeit einer Synthese aufzuzeigen: Die verschiedenen Positionen lassen sich nämlich auf zwei Standpunkte zurückführen: den Beobachterstandpunkt (die externe Sichtweise) einerseits, den Teilnehmerstandpunkt (die interne Sichtweise) anderseits.

Die klassische Methodenlehre, wie sie von Friedrich Carl von Savigny begründet wurde¹³, versuchte vom Teilnehmerstandpunkt aus die Interpretation von Gesetzestexten methodisch zu rationalisieren. Sie bildet zwar immer noch den Kern juristischer Interpretationskunst, liefert aber nur technische Hinweise für das Verständnis von Rechtstexten. Sie lebt als Element einer hermeneutischen Konzeption weiter, welche die juristische Arbeit auf die Interpretation von Gesetzen reduziert.

Die analytische Rechtslehre¹⁴ vertrat demgegenüber den Beobachterstandpunkt. Auch sie konzentrierte sich zunächst auf die Textanalyse und suchte eine

¹¹ Gerold Steinmann, Art. 29, in: *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, hg. v. Bernhard Ehrenzeller et al., Bd. 1, Zürich: Dike/Zürich: Schulthess, 2008, 576–601, Rz. 27.

¹² Neumann (Fn. 5), 239.

¹³ von Savigny (Fn. 3).

¹⁴ Ota Weinberger, „Vorwort“, *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), 7–11, 9: „in allgemein formaler Sicht die Struktur des Rechts zu erklären“; Encyclopædia Britannica Online, *Philosophy of law*, *Analytical jurisprudence*: “The analytical questions in jurisprudence are concerned with articulating the axioms, defining the terms, and prescribing the methods that best enable one

Rationalisierung auf der semantischen Ebene (positivistische Lehren von Austin¹⁵, Kelsen¹⁶ oder Hart¹⁷). Analytische Beobachtung musste sich aber auch auf die Realität statt auf das Normensystem beziehen. Daraus entstand der Rechtsrealismus (Holmes¹⁸, Pound¹⁹). Auch die ökonomische Analyse des Rechts (Posner²⁰, Schäfer²¹, Schanze²², Eidenmüller²³) steht in dieser Tradition des Beobachters, der das Recht analysiert.

Eine Synthese dieser analytischen Ansätze der Beobachtung versuchte die funktionale Rechtskonzeption. Sie setzte einem engen Verständnis der Rechtswissenschaft als blosser hermeneutischer Arbeit an Rechtstexten aus der Teilnehmerperspektive den sozialen Kontext aller Rechtsarbeit entgegen²⁴. Der Funktionalismus beobachtete dabei nicht bloss analytisch, sondern nahm etwas von der Normativität des hermeneutischen Prozesses auf, soweit dies vom Beobachterstandpunkt aus überhaupt möglich ist: Er sah im Recht eine sozialwissenschaftlich zu analysierende soziale Ordnung, welche auf ihre Leistungen hin zu beurteilen sei. Er schloss damit eine Wertung ein, nämlich die Forderung nach der Funktionalität von Leistungen des Rechts.

Der Funktionalismus liess sich gut mit der Interessenjurisprudenz²⁵ verbinden. Aus der funktionalen Perspektive gab es keinen grundsätzlichen Unterschied zwi-

to view the legal order (or part of it) as a self-consistent system and that maximize awareness of its logical structure"; <http://www.britannica.com/eb/article-36332> (Stand: Juni 2008).

¹⁵ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Amherst N.Y.: Prometheus Books, 2000 (1832).

¹⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. A., Wien: Verlag Österreich, 2000 (1934).

¹⁷ H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts (The Concept of Law)*, 1961, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973.

¹⁸ Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", *Harvard Law Review* 10 (1897), 457–478; ders., *Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas (The Common Law)*, 1881, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

¹⁹ Roscoe Pound, *Der Geist des gemeinen Rechts (The Spirit of the Common Law)*, 1921, Söcking: Heinrich F. S. Bachmaier, 1947.

²⁰ Richard Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1981.

²¹ Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. A., Berlin: Springer, 2005.

²² Erich Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A.: Verbindungslinien zur realistischen Tradition, in: *Ökonomische Analyse des Rechts*, hg. v. Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze, 2. A., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1993.

²³ Horst Eidenmüller, „Rechtswissenschaft als Realwissenschaft“, *Juristenzeitung* 2 (1999), 53–61; ders., *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. A., Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

²⁴ Krawietz (Fn. 2), *Juristische Entscheidung*, 217.

²⁵ Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen: Mohr (Siebeck), 1932; abgedruckt in: *Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts*, Bd. 2, Bad Homburg/Zürich: Gehlen, 1968.

schen Interessen und Werten. Weil der Funktionalismus Werte nur beobachtete, konnte er in Wertungen nur Interessen erkennen. Deshalb erschien ihm die Interessenabwägung als Wertungsjurisprudenz²⁶. Aus dieser Sicht konnte die Wertungsjurisprudenz die Hermeneutik ersetzen.

Die pragmatische Wende der Rechtstheorie²⁷ brachte schliesslich einen weiteren Entwicklungsschritt im juristischen Denken: Sie setzte dem Funktionalismus eine umfassendere hermeneutische Konzeption entgegen, welche im Wesentlichen wieder den Teilnehmerstandpunkt einnahm. Pragmatik wurde zwar auch von einer analytischen Position aus beansprucht, kam jedoch mit dem Beobachterstandpunkt nicht aus. Sie musste den Vorrang der Hermeneutik fordern, diese aber nicht nur als Textverstehen, sondern als Handlungsverstehen²⁸, ja Weltverstehen begreifen²⁹. Auch die Tatsachenwelt musste verstanden, d.h. interpretiert werden. Aus dieser Perspektive entwickelte sich die juristische Argumentationstheorie.³⁰

Innerhalb der hermeneutischen Position blieb aber der Streit zwischen Methodenlehre (als Theorie der Herleitung von rationalen Entscheiden) und Argumentationslehre (als Theorie der rationalen Begründung von an sich nicht rationalen Entscheiden) bestehen. Dieser Streit lässt sich als Konflikt zweier Perspektiven innerhalb des Teilnehmerstandpunktes begreifen: Vor der Entscheidung schaut der Teilnehmer nach vorne und sucht nach Kriterien für sein künftiges Handeln. Wenn er gehandelt hat, schaut er zurück und beurteilt, was er tat. Er sucht dann nach Gründen (lat. *causae*) für sein vergangenes Handeln im doppelten Sinn: Er fragt nach objektiven Kausalbeziehungen einerseits, guten Gründen der Rechtfertigung andererseits. Die Argumentationslehre befasst sich nicht mit der Herstellung, sondern mit der Darstellung des juristischen Urteils³¹. Sie verknüpft so Beobachtung und Teilnahme im Rückblick auf die Tat im legitimen Argument. Sie leistet damit bereits einen Teil der zu fordernden Synthese, allerdings erst unter der Vergangenheitsperspektive: Warum habe ich so gehandelt, warum durfte ich so urteilen, wie ich es getan habe³².

²⁶ Werner Krawietz, „Zum Paradigmenwechsel im juristischen Methodenstreit“, *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), 113–152, 141 ff.

²⁷ Die Pragmatik weitet den Blick von der Semantik, welche sich mit Aussagen und ihren Bedeutungen befasst, auf die Äusserung aus, also auf den Sprechakt (das, was das sprechende Subjekt mit den Worten macht). Vgl. John Langshaw Austin, *Zur Theorie der Sprechakte* (*How to do things with words?* 1955/1962), Stuttgart: Reclam, 1972; Krawietz (Fn. 26), 151.

²⁸ Ulfrid Neumann, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, hg. v. Winfried Hassemer, Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1984, 49–56, 55.

²⁹ Günther Ellscheid, Hermeneutik zwischen Lebenswelt und System, in: *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, hg. v. Winfried Hassemer, Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1984, 29–40, 32.

³⁰ Zur Spannung zwischen den Konzepten der Rechtswissenschaft als analytischer Wissenschaft und als Handlungswissenschaft vgl. Neumann (Fn. 7), 389 ff.

³¹ Neumann (Fn. 5), 255.

³² Argumente liefern unmittelbar nur Gründe für bereits getroffene Entscheidungen. Sie dienen aber im schrittweisen Prozess der Entscheidung auch dazu, den nächsten Schritt – also eine

Eine integrale Methodenlehre müsste es der Argumentationstheorie gleich tun, aber neben dem „Warum“ auch nach dem „Wozu“ fragen: Wozu kann und darf ich zwischen mehreren möglichen Entscheidungen wählen? Wie soll ich urteilen, damit ich eine legitime Entscheidung treffe? Das Begriffspaar der Teilnahme und der Beobachtung ist also durch das Begriffspaar der Vergangenheits- und der Zukunftsorientierung zu ergänzen.

künftige Entscheidung – anzuleiten. Funktional ist also auch die Argumentationstheorie zukunftsorientiert. Das sieht auch Neumann (Fn. 5), 255, wenn er sagt, gute Argumente für eine Entscheidung seien „zugleich gute Gründe, die Entscheidung so und nicht anders zu treffen“.

2.1 EINE TYPOLOGIE DER WIDERSTREITENDEN THEORIEN

1.1.1 Die Dimensionen der Methodenlehre

Die verschiedenen Konzepte einer Methodenlehre unterscheiden sich in erster Linie nach dem Standpunkt, den sie zum Recht einnehmen: beobachten sie das Recht oder nehmen sie an seiner Verwirklichung teil. Die Hauptdimension, auf welcher die verschiedenen Theorien darzustellen sind, ist somit die horizontale Achse zwischen Teilnahme und Beobachtung. Innerhalb dieser Hauptunterscheidung ist zusätzlich zu unterscheiden zwischen Theorien, welche sich eher mit vergangenen Urteilen und solchen, welche sich eher mit noch zu fällenden Urteilen befassen.

Alle Zuordnungen der nachfolgenden Modelle sind typisierend gemeint, d.h. sie heben ein besonderes Merkmal hervor, ohne auszuschliessen, dass die betreffende Theorie auch andere, oft gegensätzliche Merkmale aufweist. In aller Regel liegen bei genauerem Besehen Mischverhältnisse vor: Eine beobachtende Methode – z. B. der Rechtsrealismus –, welche richterliches Verhalten kausal analysiert, betrachtet zwar die Vergangenheit, tut dies aber in der Absicht, künftige Urteile vorauszusehen. Aus ihren Beobachtungen leitet sie Ratschläge für den Teilnehmerstandpunkt der am Prozess betroffenen Parteien ab. Damit gehört sie in der Abbildung 1 zwar primär in die rechte untere Ecke, umfasst aber auch – Aspekte der drei anderen Richtungen des Modells.

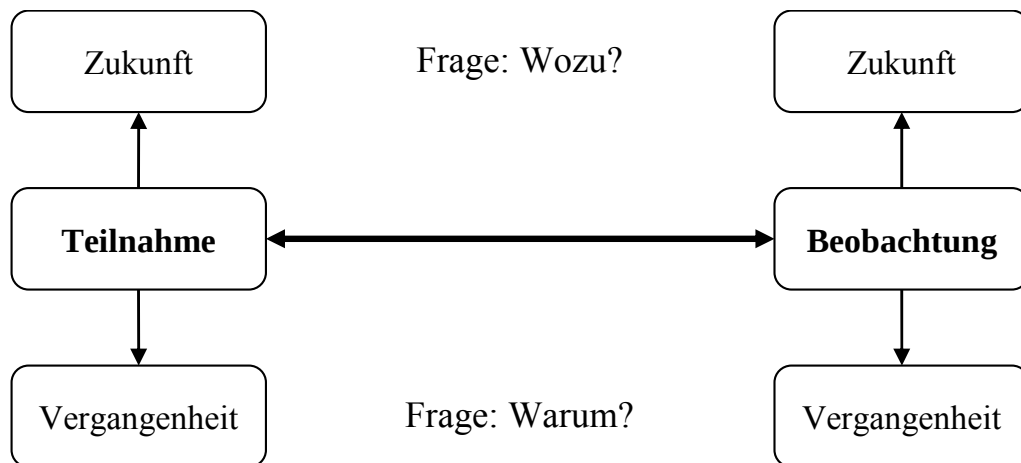


Abbildung 1: Zwei Dimensionen der Methodenlehre

Wenn man den Methodenstreit in der Rechtswissenschaft nach diesen zwei Dimensionen (Teilnahme – Beobachtung; Zukunft – Vergangenheit) aufschlüsselt, ergibt sich folgendes Bild:

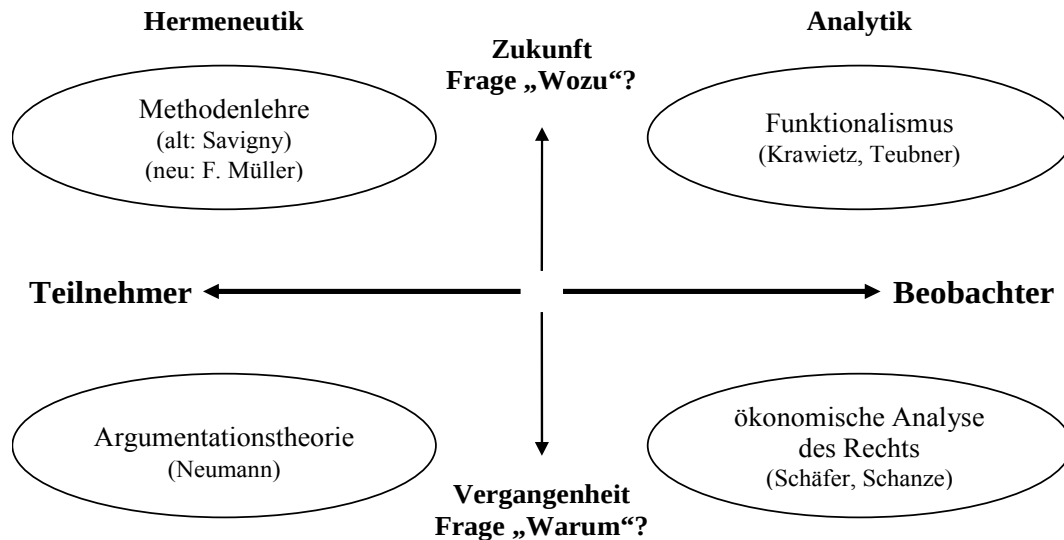


Abbildung 2: Methodische Standpunkte und Fragen

Die *Methodenlehre* blickt vom Teilnehmerstandpunkt aus in die Zukunft und will den hermeneutischen Prozess steuern, der vertretbare künftige Entscheidungen anleitet.

Ihr Gegenstück, die *ökonomische Analyse des Rechts*, schaut hingegen vom Beobachterstandpunkt in die Vergangenheit und liefert Kausalanalysen getroffener Entscheidungen.

Der *Funktionalismus* teilt den Beobachterstandpunkt mit dem Realismus, ergänzt ihn aber um die Frage nach dem Zweck, der Leistung einer Entscheidung für das Funktionieren des Rechtssystems.

Die *Argumentationstheorie* nimmt wiederum den Teilnehmerstandpunkt ein, sieht ihren Gegenstand aber in bereits getroffenen Entscheiden oder in bereits formulierten Normen und sucht nach guten Gründen dafür oder dagegen.

Zur Gegenüberstellung von Hermeneutik und Analytik: Der analytische Standpunkt des Beobachters liefert sowohl die Begriffsanalyse wie die Analyse der Realität, aber auch die funktionalen Bezüge von Rechtstext und sozialer Wirklichkeit; der hermeneutische Standpunkt des Teilnehmers hingegen schafft zunächst Textverständnis, sodann aber auch Weltverständnis, um die Pragmatik des Urteilens methodisch und mit guten Gründen anzuleiten.³³

³³ Hermeneutik und Analytik bezeichnen dabei die typische Methode des Zugangs zum Problem. Sie umfassen nicht den ganzen Prozess der zu treffenden Entscheidung. Dies gilt uneingeschränkt für die Analytik. Auch die Hermeneutik im engeren Sinne beschlägt nur den Verstehensprozess. Dieser ist aber mit der Entscheidung in einen Kreisprozess eingebunden, der selbst wieder hermeneutischen Regeln untersteht (ähnlich Neumann (Fn. 28), 56).

2.1.1 Typische Perspektiven der Rechtstheorie

Auf der Ebene der Rechtstheorie führen die gleichen Dimensionen zu einer Erweiterung der vier Perspektiven:

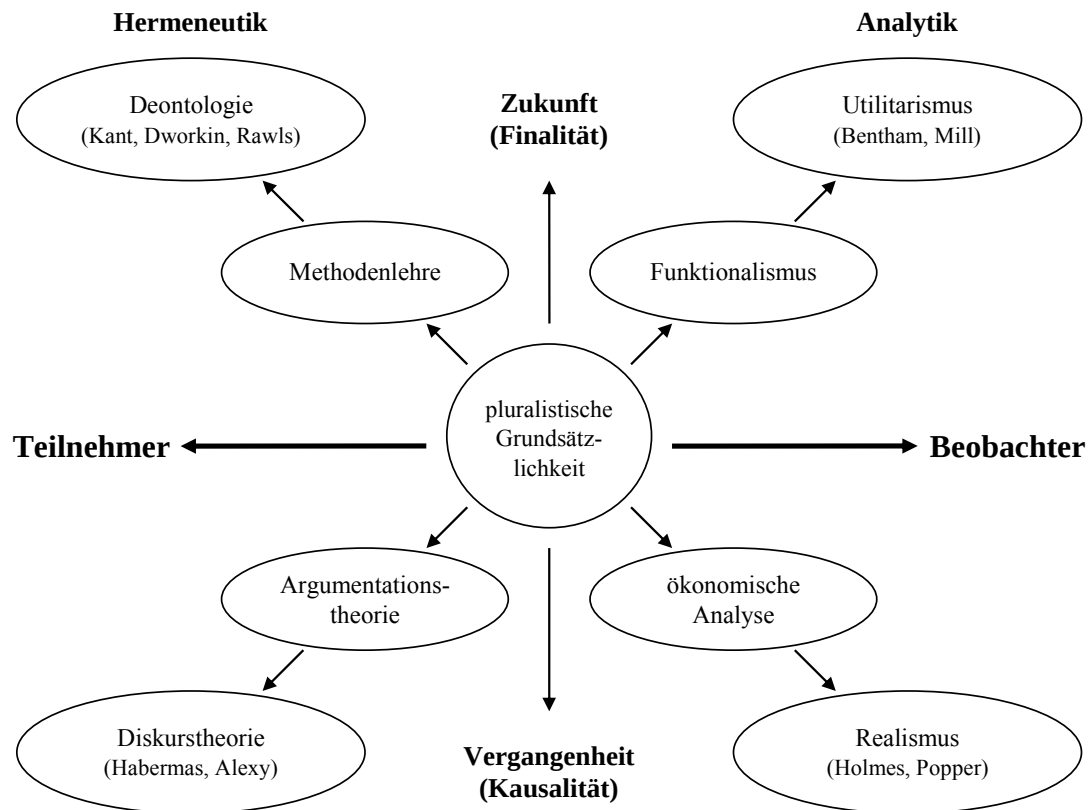


Abbildung 3: Vier typische Perspektiven einer Reflexion des Rechtsverständnisses

Erläuterung: Die *Methodenlehre* speist sich rechtstheoretisch aus Quellen der Deontologie. Die Gerechtigkeit fordert eine regelgeleitete Entscheidung über Rechte und Pflichten. Das Urteil muss universalisierbaren Kriterien entsprechen.³⁴

Der *Funktionalismus* speist sich rechtstheoretisch aus Quellen des Utilitarismus. Die Richtigkeit der Entscheidung wird an ihren Folgen gemessen. Diese müssen eine angemessenen Abwägung der Interessen, einen Ausgleich von Nutzen und Schaden gewährleisten.³⁵

Die *ökonomische Analyse des Rechts* beruht rechtstheoretisch auf dem Realismus³⁶. Entscheidungen sind soziale Prozesse, deren Determinanten empirisch bestimmbar sind³⁷. Rechtswissenschaft ist Sozialwissenschaft.

³⁴ Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. 1, 8. A., Berlin: Duncker & Humblot, 2002, Rz. 583, 587.

³⁵ Krawietz (Fn. 2), *Recht und Funktion*, 17 f.

³⁶ Eidenmüller (Fn. 23), *Effizienz als Rechtsprinzip*, 265 f. und 408 ff.

Die *Argumentationstheorie* ist eine Konkretisierung der Diskurstheorie. Urteile sind in diskursiven Prozessen zu legitimieren. Die Normen, welche eine Entscheidung anleiten, müssen sich durch gute Gründe rechtfertigen lassen.³⁷

Die *pluralistische Grundsätzlichkeit* bezeichnet die Integration aller Dimensionen und Perspektiven im hermeneutisch-analytischen Entscheidungsprozess. Sie ist die Leitnorm, auf welche alle Argumente auszurichten sind.³⁸

Die beiden Typologien haben rein heuristischen Wert und dienen als analytisches Hilfsmittel. Sie sollen lediglich Richtungen angeben und Pole einer Orientierung markieren. Differenzierungen sind selbstverständlich angebracht, wenn eine bestimmte Theorie näher dargelegt wird. Z.B. ist der Funktionalismus stark realistisch geprägt, während der Utilitarismus eine stark normative Ausrichtung hat. Trotzdem kann es sinnvoll sein, die utilitaristische Wurzel funktionalistischer Theorien zu betonen.

Die vorliegende Typologie ist nicht zu verwechseln mit dem „anthropologischen Kreuz der Entscheidung“ von Winfried Brugger, der seinen vier Perspektiven den Charakter einer naturrechtlich vorgegebenen Rationalitätsstruktur verleiht⁴⁰.

³⁷ Eidenmüller (Fn. 23), Effizienz als Rechtsprinzip, 6.

³⁸ Robert Alexy et al., *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, 2003, 121 f. Vgl. auch BVerfGE 82, 30 (38 f.): „(die) Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts (...) (hat) den Charakter eines Diskurses, in dem (...) Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schliesslich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen“.

³⁹ Philippe Mastronardi, *Verfassungslehre: Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, Bern: Haupt, 2007, 305 ff.; näheres dazu unter Ziff. 4.

⁴⁰ Winfried Brugger, *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, Baden-Baden: Nomos, 2005. Brugger will dieses Kreuz „entdeckt“ und damit ein anthropologisch fundiertes Verständnis menschlicher Handlung gefunden haben (aaO., 181 ff.). Er will damit „die Tiefenstruktur menschlichen Handelns“ analytisch erhellen und „normativ Hinweise für ‚gute‘ Entscheidungen“ geben (aaO., 5).

4. INTEGRATION DER PERSPEKTIVEN IN EINER JURISTISCHEN ENTSCHEIDUNGSLEHRE

3.1 ANALYTISCHE NUTZUNG DER TYPOLOGIE

Die beiden Typologien sollen einerseits helfen, die Differenzen zwischen den verschiedenen Konzepten des Rechts zu verstehen, andererseits sollen sie den Raster einer juristischen Entscheidungslehre abgeben:

Zum Verständnis des Theorienstreits: Rechtsrealismus und Funktionalismus müssen als Reaktion auf die frühere juristische Hermeneutik verstanden werden und bilden sicher einen wichtigen Rationalisierungsgewinn gegenüber dem Geltungsanspruch einer sich als „autonom“ verstehenden juristischen Hermeneutik, welche die andern Methoden der Welterkenntnis ausschliessen wollte. Realismus und Funktionalismus sind als Horizonterweiterung unerlässlich. Aber sie sind selbst auch wieder einseitig. Sie errichten nur Theorien der Wirkungsweise des Rechts und stehen damit im Widerstreit mit andern Theorien des Rechts, insbesondere der Argumentationstheorie, aber auch mit einer neueren Konzeption von Methodenlehre (Friedrich Müller, Ralph Christensen), welche den hermeneutischen Standpunkt der Teilnahme einnehmen.

Die Typologie lässt erkennen, dass jede dieser Theorien eine Teilwahrheit zum Ausdruck bringt. Die einzelnen Theorien leisten somit je ihren Beitrag. Sie vertreten die Konflikte, die im Recht zu entscheiden sind:

- Recht muss Erwartungen an die Nützlichkeit der öffentlichen Ordnung erfüllen (Utilitarismus), aber ebenso den Ansprüchen auf Rechtmässigkeit der Eingriffe in schützenswerte Positionen der Einzelnen gerecht werden (Deontologie).
- Recht muss sich an die Realität halten, d.h. die faktischen Verhältnisse als Machtfaktoren ernst nehmen (Realismus), diesen gegenüber aber ebenso den funktionalen Steuerungsanspruch erheben, die Realität nach den Systembedingungen zu verändern (Funktionalismus).
- Recht muss sowohl legitim wie konsensfähig sein, d.h. sowohl argumentativ gerechtfertigt werden können (Argumentationstheorie) wie rational konstruierbar sein (Methodenlehre).

Zur Entwicklung einer juristischen Entscheidungslehre: Rechtswissenschaft wird hier als integrale Entscheidungslehre für Rechtsfragen verstanden. Daher muss sie alle vier beschriebenen Perspektiven kombinieren: Dies verlangt die Integration von Teilnehmer- und Beobachterperspektive, wobei keine einzelne Theorie einen Dominanzanspruch erheben kann. Insbesondere kann es keinen Vorrang des Funktionalismus oder des „Erklärens“ vor der Argumentationslehre oder dem „Verstehen“ geben. Analyse und Hermeneutik stehen in einem Ergänzungsverhältnis. Ebenso sind der Blick nach vorne und jener nach hinten gleichwertig: Vor der Entscheidung müssen wir nach den Kriterien der Richtigkeit und nach

den funktionalen Anforderungen fragen, auf welche wir unser Handeln ausrichten sollen⁴¹. Nach der Entscheidung müssen wir darlegen können, durch welche kausalen Bedingungen die Entscheidung bedingt und durch welche normativen Gründe sie gerechtfertigt ist. Da juristische Entscheidungen stets aus mehreren Teilschritten bestehen, welche jeweils partielle Entscheidungen erfordern, sind immer gleichzeitig alle Dimensionen zu beachten.

Eine Rechtstheorie, welche diesen Anforderungen gerecht werden will, muss die funktionalen und normativen Aspekte des Rechts vereinen. Sie muss Beobachtung und Teilnahme im Wechsel aufeinander folgen lassen, Reflexion und Entscheidung aufeinander ausrichten. Deshalb wird hier Rechtswissenschaft als „normative Entscheidungslehre“ begriffen: Normativ ist die Rechtswissenschaft, weil sie eine Richtigkeit beansprucht, welche das Funktionale einschliesst, aber darüber hinaus persönliche Verantwortung fordert; mit ihrem Bezug zur Entscheidung nimmt sie den Teilnehmerstandpunkt ein; als Lehre oder Theorie aber wechselt sie immer auch zum Beobachterstandpunkt und fordert die Reflexion dessen, was der Teilnehmer entscheiden soll.

In diesem „Hin- und Herwandern des Blickes“⁴² zwischen Teilnahme und Beobachtung liegt eine Rehabilitation der juristischen Hermeneutik: Diese ist nicht bloss als Textinterpretation zu verstehen, sondern umfasst sowohl die Analyse der Wirklichkeit⁴³ als auch die Interpretation von Sprachdaten⁴⁴. Als Methode der Pragmatik kann sie die Analyse von Begriffen (normlogischer Positivismus im Sinne Kelsens) ebenso aufnehmen wie die funktionale Analyse sozialer Wirkungen von Normen⁴⁵ oder den Entscheidungsprozess der Urteilsbildung⁴⁶. Eine moderne, konstruktivistische juristische Methodik im Sinne von Friedrich Müller⁴⁷ hat darin ebenso Platz wie eine Argumentationstheorie von Ulfrid Neumann⁴⁸.

Als juristische Hermeneutik ist die Methode juristischer Entscheidung freilich nicht frei, sondern am Kriterium der Rechtmässigkeit orientiert. Was verkürzt als Bindung an das Gesetz bezeichnet wird⁴⁹, ist eine Ausrichtung der hermeneuti-

⁴¹ Diese Frage legitimiert den konstruktivistischen Ansatz einer Methodik von der Art der strukturierenden Rechtslehre (Friedrich Müller, Ralph Christensen, Michael Sokolowski) gegenüber der Kritik von Neumann (Fn. 5), 251 ff.

⁴² Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. A., Heidelberg: Winter, 1963, 15.

⁴³ Müller/Christensen (Fn. 34), Rz. 235 ff., 473.

⁴⁴ Müller/Christensen (Fn. 34), Rz. 530 ff.

⁴⁵ Krawietz (Fn. 2), *Recht und Funktion*, 17 f.

⁴⁶ Mastronardi (Fn. 1), Rz. 584.

⁴⁷ Die strukturierende Rechtslehre von Friedrich Müller und Ralph Christensen vertritt eine Pragmatik, der zufolge es in der juristischen Methodenlehre nicht in erster Linie um Verstehen geht, sondern viel umfassender um eine rechtlich normierte Arbeit mit Texten. Dabei kommt es darauf an, „was der Benutzer (...) mit den fraglichen Zeichen (...) wie anstellt“ (Fn. 34), Rz. 554.

⁴⁸ Neumann (Fn. 10), *Argumentationslehre*.

⁴⁹ Ralph Christensen/Michael Sokolowski, „Theorie und Praxis aus der Sicht der strukturierenden Rechtslehre“, *Rechtstheorie* 32 (2001), 327–344, 342 ff.; Winfried Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: *Einführung in Rechtsphi-*

schen Spirale auf das Ziel, Entscheidungen nach Kriterien der Rechtmässigkeit zu treffen. Interpretation ist dabei nicht Erkenntnis des positiven Rechts; juristische Methoden sind keine Erkenntnismethoden⁵⁰. Aber sie sind gute Gründe im diskursiven Prozess einer Argumentation, die nicht nur getroffene Entscheide begründet, sondern auch künftige Urteile anleitet.

In diesem Entscheidungsprozess leisten die einzelnen Theorien je ihren Beitrag. Wie dieser aussehen kann, sei am Beispiel dreier Konzepte juristischen Urteilens illustriert:

a) Nach der von Friedrich Carl von Savigny begründeten Auslegungslehre ist die juristische Entscheidung eine Erkenntnis des positiven Rechts⁵¹. Die Canones sind Erkenntnismethoden, die „Rechtsfindung“ mündet in das „Rechtserkenntnis“, das idealer Weise einzig richtige Urteil. Richtigkeit ist hier dem Modell der Wahrheit nachgebildet. Rechtswissenschaft ist hier eine Wissenschaft des positiven Rechts, welche sich soweit möglich den empirischen Wissenschaften nähert. Sie bemüht sich daher um den Beobachterstandpunkt. Ihre Methoden sind allerdings hermeneutisch und bedingen das Eintauchen in die Teilnehmerposition.

b) Die Argumentationstheorie, wie sie etwa von Robert Alexy oder Ulfrid Neumann vertreten wird, sieht demgegenüber die juristische Entscheidung als Gegenstand eines diskursiven Argumentationsprozesses⁵². Hier folgt die Entscheidung den Regeln des Diskurses. Die Rechtswissenschaft ist eine Kunstlehre der juristischen Rhetorik. Dabei wird der Teilnehmerstandpunkt eingenommen.

c) Der logische Szientismus schliesslich⁵³ sieht im Urteil den Schluss, der in logisch-mathematischer Sprache aus Ober- und Untersatz gezogen werden muss. Rechtswissenschaft ist aus dieser Sicht wesentlich eine systematische Fachrationalität, die vom Beobachterstandpunkt aus hergestellt werden kann.

Die drei Teilperspektiven (a, b, c) lassen sich bei integrativer Verwendung als komplementäre Elemente des juristischen Entscheidungsprozesses verstehen: a) bildet die Technik der Methodenlehre, b) liefert die Kunst der Güterabwägung und c) gewährleistet die logische Widerspruchsfreiheit des Urteils. Methodische Erkenntnisse, argumentative Wertungen und logische Schlüsse ergänzen sich auf diese Weise im Prozess der Entscheidung, um das Ergebnis nach möglichst vielen Hinsichten rational zu gestalten. Die drei Konzepte sind jede auf der ihnen ent-

losophie und Rechtstheorie der Gegenwart, hg. v. Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, 7. A., Heidelberg: C. F. Müller, 2004, 251–269, 267 f.

⁵⁰ Insofern ist Ulfrid Neumann (Fn. 5), 241, zuzustimmen: Auch die Aussagen der juristischen Methodenlehre sind Argumente, nicht Erkenntnisse über das richtige Recht.

⁵¹ Dieser Denkweise folgt etwa Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. A., Berlin: Springer, 1991, 312 ff.

⁵² Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. A., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994; ders., *Theorie der Grundrechte*, 2. A., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994; Neuman (Fn. 10), *Argumentationslehre*.

⁵³ Vgl. den Überblick bei Wolfgang Bock, „Über die Möglichkeit von Erkenntnis in der Rechtswissenschaft“, *Rechtstheorie* 36 (2005), 449–494, 452 f.

sprechenden Ebene der Rechtswissenschaft notwendig. Sie ergänzen sich zum hermeneutischen Prozess des Rechts.

4.1 PLURALISTISCHE GRUNDSÄTZLICHKEIT

Die hermeneutische Spirale der juristischen Entscheidung muss zwei Kriterien gerecht werden, um ihr Ziel optimaler Rationalität zu erreichen: Interdisziplinarität und Grundsätzlichkeit:

Juristische Entscheidungsprozesse pendeln notwendigerweise zwischen Norm und Faktum hin und her. Während die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft weitgehend in ihrer eignen Rationalität verfahren kann, muss sie als Sozialwissenschaft die Fakten und die Konzepte tatsächlicher Zusammenhänge von anderen wissenschaftlichen Disziplinen beziehen (v.a. Naturwissenschaften, Biologie und Medizin, Psychologie, Soziologie, Politikwissenschaft und Ökonomie).

In der Spannung zwischen Wirklichkeit und Norm kann die Rechtswissenschaft nur bestehen, wenn sie der „normativen Kraft des Faktischen“⁵⁴ nicht nachgibt, sondern der Macht des Faktischen immer wieder den Geltungsanspruch der normativen Grundsätze des gerechten und guten Zusammenlebens entgegen hält.

Methodenlehre und Rechtstheorie sind daher einerseits interdisziplinär, andererseits grundsätzlich auszurichten.

- Zum einen sind die unterschiedlichen Wahrnehmungen und Bewertungen der Realität durch die verschiedenen Disziplinen der Geistes- und Sozialwissenschaften gleichwertig zu berücksichtigen. Ethik, Recht, Ökonomie oder Medizin sind in ihren (auch normativen) Geltungsansprüchen zunächst als gleichberechtigt anzuerkennen. Ein Vorrang einer oder der andern Logik muss im Einzelfall begründet werden.⁵⁵
- Zum andern ist trotz dieses Pluralismus von Normen eine möglichst allgemeingültige Grundsätzlichkeit anzustreben. Während es innerhalb einer Disziplin möglich ist, eine Hierarchie von Werten zu errichten, geht das im interdisziplinären Verhältnis nicht, ohne die Gleichwertigkeit der Disziplinen zu verletzen. Trotzdem ist im Einzelfall eine Güterabwägung vorzunehmen, welche sich an möglichst allgemeingültigen Werten orientiert. Hier können ethische oder juristische Normen Grenzen setzen, welche den Spielraum des gegenseitigen Abwägens abstecken.⁵⁶

Materielle Kriterien werden aber nur selten so klar sein, dass sie eine für jedermann gleichermassen einsichtige Grundlage einer Entscheidung abgeben. Was materiell richtig ist, kann nicht monologisch bestimmt („erkannt“) werden. Es

⁵⁴ Dieser Aphorismus wird Georg Jellinek zugeschrieben.

⁵⁵ Mathias E. Brun/Philippe Mastronardi/Kuno Schedler, *Hierarchie und Netzwerke: eine interdisziplinäre Betrachtung der Steuerung in der Bundesverwaltung*, Bern: Haupt, 2005.

⁵⁶ Brun/Mastronardi/Schedler (Fn. 55).

muss intersubjektiv erarbeitet und damit *an-erkannt* werden. Damit wird entscheidend, ob der intersubjektive Prozess geeignet ist, das Resultat zu legitimieren. Der Prozess des Rechts muss in Strukturen und Verfahren ablaufen, welche diskurs-ethisch legitim sind und allen grundsätzlichen Standpunkten eine faire Chance in der Auseinandersetzung verschaffen. Jedes geltend gemachte Interesse muss sich in diesem Prozess auf einen normativen Geltungsanspruch abstützen, der auf seine Grundsatzfähigkeit hin geprüft werden kann.

Die vier Stufen juristischer Reflexion (Dogmatik, Methodenlehre, Rechtstheorie und Rechtsphilosophie) fördern sowohl die Interdisziplinarität wie die Grundsätzlichkeit der Entscheidung. Sie müssen aber in den hermeneutischen Zirkel zwischen Vorverständnis und juristisch begründeter Entscheidung eingebracht werden. Eine juristisch legitime Entscheidung, welche die Zustimmung der Betroffenen verdient, erfordert die Integration aller vertretbaren Perspektiven in einer sowohl pluralistischen wie grundsätzlichen Argumentation.