

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 89

Wahrheit und Legitimation im Recht

Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie

Von

Dr. Raffaele De Giorgi



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

RAFFAELE DE GIORGI

Wahrheit und Legitimation im Recht

Schriften zur Rechtslehre

Heft 89

Wahrheit und Legitimation im Recht

Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie

Von

Dr. Raffaele De Giorgi



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04599 8

*A mio padre
per il suo 75. compleanno*

Das Bedürfniß und die Arbeit in diese Allgemeinheit erhoben bildet so für sich in einem großen Volk ein ungeheures System von Gemeinschaftlichkeit, und gegenseitiger Abhängigkeit, ein sich in sich bewegendes Leben des toden, das in seiner Bewegung blind und elementarisch sich hin- und herbewegt, und als ein wildes Thier einer beständigen strengen Beherrschung und Bezähmung bedarf.

(Hegel, Systementwürfe, I, S. 324)

Durch Identifikation werden Sinneinheit und Zusammenhang gewährleistet ungeachtet der sachlichen Verschiedenheit der Erwartungen. Generalisierung leistet mithin eine symbolische Immunisierung von Erwartungen gegen andere Möglichkeiten, ihre Funktion unterstützt den notwendigen Reduktionsprozeß dadurch, daß sie *unschädliche Indifferenz* ermöglicht.

(Luhmann, Rechtssoziologie, S. 94)

Vorwort

Vorliegende Arbeit ist ein Ergebnis meines Studien- und Arbeitsaufenthaltes, den ich am Institut für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes unter der Leitung von *A. Baratta* durchgeführt habe.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. *D. Krauß*, Basel, meine Dankbarkeit für seine konstruktive Kritik ausdrücken; Herrn Prof. Dr. *W. Krawietz*, Münster, und Herrn Prof. Dr. *D. Corradini*, Pisa, danke ich dafür, daß sie das deutsche, bzw. das italienische Manuskript gelesen und den Mut meiner Arbeit begrüßt haben.

Saarbrücken, den 4. Januar 1980.

Raffaele De Giorgi

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	13
-------------------	----

Teil I

DIE WISSENSCHAFT

Kontingenz und Legitimierung. Einführende Bemerkungen

1. Praktische Philosophie und normative Wahrheit	16
2. Gültigkeit und Nicht-Kontingenz der Norm: das innere Legitimierungsprinzip	18
3. Zerlegung und Komplexität. Die Struktur der Abstraktionen und der formelle Zusammenhalt der Systeme durch die kontingente Norm	21
4. Das epistemologische Hindernis normativer Kontingenz	25

Kapitel I

Savigny und die methodologische Umkehrung

1. Geschichte, System und Philosophie	30
2. Die methodologische Umkehrung	37
3. Der logische Aufbau des Systems	39
4. Kontingenz und Notwendigkeit. Die Ausblendung der erkenntnistheoretischen Frage	44
5. Die Methodologie und die Emanzipation der Wissenschaft	46

Kapitel II

Die Ausdifferenzierung der Methodologie und Kelsen

1. Puchta	50
a) „Das Recht als die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit“	50
b) Vernünftigkeit des Rechtssystems, Positivität der Wissenschaft und die materielle Instanz	56
2. Jhering	62
a) Die Emanzipation der Rechtsabstraktion und der Wissenschaft	62
b) Geschichte des Rechts und Geschichte der Verdrängung der mate- riellen Instanz	69
Exkurs über die Interessenjurisprudenz: Rechtssätze und Interessenlage — Die Aufgabe der Rechtswissenschaft	75

3. Kelsen	79
a) Die Frage: „Wie ist positives Recht — als Gegenstand der Erkenntnis, als Objekt der Rechtswissenschaft möglich?“	79
b) Die Frage: „Wie ist die Rechtswissenschaft möglich?“	89

Teil II

DIE THEORIE

Einführung zur theoretischen Umkehrung

1. Das Unbehagen des Positivismus	93
2. Die Jurisprudenz der Entfremdung	96
3. Die neue Rechtstheorie und der theoretische Pluralismus	101

Kapitel I

Die Rechtshermeneutik

1. Exemplarische Bedeutung der Rechtshermeneutik	106
2. Antianalytische Strategie. Revision des hermeneutischen Wissens und Rechtstheorie	110
3. Sinn, Text und Vermittlungsprinzip	114
4. Hruschka: Das Verstehen von Rechtstexten	118
5. Das epistemologische Hindernis der Hermeneutik	122

Kapitel II

Die Rechtstheorie als kritische Reflexion

1. Dialektische Tradition und antipositivistisches Denken Der philosophische Hintergrund des „kritischen“ Denkens	125
a) Die hermeneutisch-kritische Epistemologie Habermas	128
b) Die anthropologische Erkenntnistheorie Apels	129
2. Möglichkeiten und Hindernisse des Übergangs von der kritisch-transzendenten Gesellschaftstheorie zur Rechtstheorie	131
3. Die Rechtstheorie als „transzendente Reflexion“	134
4. Die marxistische Rechtstheorie als Rechtskritik	138
5. Distanzierung von der Welt und Fiktion der Geschichtsphilosophie — „Sinnhaftigkeit einer Denkstrategie“ und Kritik an Böhler und Paul	143

Kapitel III

Die analytische Rechtstheorie und der Kritizismus

1. Dialektik und Kritizismus	150
2. Die Erkenntnistheorie des Kritizismus	152

3. Die Jurisprudenz als Sozialtechnologie	155
4. Der Kritizismus und der analytische Modus der Wissenschaft	160
5. Die analytische Rechtstheorie in ihrer „engen“ Auffassung	163
6. Die analytische Rechtstheorie in ihrer „weiteren“ Auffassung	169
7. Abenteuer der Epistemologie und Metamorphosen des Rechts	173

Kapitel IV

Die realistische Jurisprudenz

1. Der deutsche Rechtsrealismus	180
2. Essentialismus und Epistemologie	184
3. Die Rechtstheorie des juristischen Realismus	186
4. Kritische Bemerkungen zur Dialektik des juristischen Realismus	188
5. Eine neue Perspektive	193

Teil III

DIE RATIONALITÄT

Rationalität als Verdrängung

1. Die Krise der Rechtsepistemologie	195
2. Die Frage der Aufklärung und das Problem der Reduktion von Komplexität — Das soziale System	199
3. Funktionale Stabilisierung und Systemrationalität	202
4. Strategien der Reduktion von Komplexität — Systemstruktur und Abschirmung von Alternativen	206
5. Die Generalisierung von Erwartungen	209
6. Kongruente Generalisierung von Erwartungen — Das Recht	211
7. Positives Recht — Die Frage der normativen Kontingenz	212
8. Rechtstheorie und funktionale Wissenschaftsauffassung	217
9. Kontingenz und Verdrängung. Rechtstheorie und Verdrängung der materiellen Instanz	221

SCHLUSSBEMERKUNG

Über die Unentbehrlichkeit einer emendatio des Rechtsdenkens	233
---	------------

LITERATURVERZEICHNIS

Einleitung

I

Das Recht wird erst dann zum Gegenstand einer eigenständigen Wissenschaft, wenn es sich von den anderen gesellschaftlichen Systemen absondert, d. h. ausdifferenziert hat und eine relative Selbständigkeit gewinnt.

Die Positivierung des Rechts ist der Prozeß, durch den das Recht in der sozialen Welt isoliert und zu einem selbständigen normativen System wird.

Die Positivität des Rechts ist der Ausgangspunkt der Rechtswissenschaft.

Die Positivität stellt zugleich die Bedingung der Möglichkeit und den Anfang der Rechtswissenschaft dar. Die Geschichte dieser Wissenschaft ist die Geschichte der mannigfaltigen Verhältnisse, die zwischen der Positivität des Rechts und der Wissenschaft bestehen, die die Positivität als ihren Anfang bestimmt.

Diese Arbeit will die Widersprüchlichkeit gerade dieser Aufnahme der Positivität des Rechts als Bedingung der Möglichkeit der Wissenschaft in der geschichtlichen Entwicklung der Rechtswissenschaft aufzeigen, die auf der höchsten Stufe ihrer Entwicklung zur skeptischen Selbstzerstörung der Wissenschaft führt. Ein neuer Anfang der Wissenschaft ist gefordert.

II

Diese Arbeit, so möchte ich betonen, ist ein Werk *im Werden*. Es baut auf einer Hypothese auf, die zu verifizieren ist: die Positivität des Rechts ist ein widersprüchlicher und selbstzerstörerischer Anfang der Rechtswissenschaft.

Ausgangspunkt der Arbeit ist der Bruch innerhalb des naturrechtlichen Modells der Wissenschaft (Teil I, Einführung). In diesem Modell analysiere ich die Bedeutung des Wahrheitsprinzips und verfolge sein Verschwinden. Sodann wird das Entstehen des Prinzips der Positivität Gegenstand meiner Betrachtung (Teil I, 1), mit all den Schwierigkeiten, denen dieses Prinzip ausgesetzt ist, um sich behaupten zu können, bis hin zu seiner Stabilisierung (Teil I, 2).

Parallel dazu versuche ich den Ort zu bestimmen, um den herum diese Schwierigkeiten kreisen.

Diese Bestimmung ermöglicht, die innere Widersprüchlichkeit im Verhältnis zwischen Positivität und Wissenschaft, die als Denken eben dieser Positivität gilt, herauszukristallisieren.

Die Forschung ist eine geschichtliche. Diese Arbeit ist *keine Geschichte der Rechtswissenschaft*, nicht einmal eine Ideengeschichte des Rechts.

Sie ist die Geschichte der inneren Logik des Verhältnisses zwischen der Positivität des Rechts und den wissenschaftlichen Modellen, die die Positivität als Bedingung der Möglichkeit der Wissenschaft aufnehmen.

Deshalb verfolge ich die logische Entwicklung in einer *geschichtlichen* Perspektive.

Indem ich mich von der logischen Entwicklung des Problems leiten lasse, bin ich zu einer spezifischen Selektion gezwungen. Erst sie macht die Realisierung meines Vorhabens möglich.

Ich beginne mit der Analyse des Denkens Savignys, setze mich dann mit Puchta, Jhering, der Interessenjurisprudenz und Kelsen auseinander (Teil I).

In der logischen Entwicklung des Problems stellt Kelsen zugleich den ersten Höhepunkt und das Ende der ersten Phase dieser Entwicklung dar; d. h. für die innere Ökonomie meines Diskurses erscheint in Kelsen die Widersprüchlichkeit des Verhältnisses in ihrer ausgeprägtesten Konsequenz.

Kelsen beschließt die „methodologische Umkehrung der Rechtswissenschaft“, in der sich die Positivität als Anfang der Rechtswissenschaft behauptet und die innere Widersprüchlichkeit dieses Anfangs klar zum Vorschein kommt. Nach Kelsen beginnt die zweite Entwicklungsphase der Rechtsepistemologie, die „theoretische Umkehrung der Wissenschaft“ (Teil II).

Die innere Widersprüchlichkeit des Positivitätsprinzips bleibt unangetastet. Auf der Grundlage der Gesellschaftswissenschaften entwickeln sich eine Reihe von Modellen zur Stabilisierung des positiven Rechts (Teil II, 1, 3).

Die Entwicklung gipfelt in der Systematisierung Luhmanns. Die Analyse seines Modells enthüllt die skeptische Selbstzerstörung der Rechtswissenschaft, d. h. die Selbstzerstörung des Positivitätsprinzips als Bedingung der Möglichkeit der Wissenschaft (Teil II, 4). Luhmann beendet nicht nur eine bestimmte Entwicklungsphase des Problems des Anfangs der Wissenschaft, er beendet auch die Geschichte dieses Problems überhaupt.

Die Rechtstheorie Luhmanns, die „Theorie der Verdrängung der materiellen Instanz“, enthält zusammen mit dem Zynismus einer un-

barmherzigen Analyse der Phänomenologie des Rechts das skeptische Prinzip der Selbstzerstörung des theoretischen Wissens über das Recht, das in der Positivität gründet.

Mit Kelsen und Luhmann gelangt die moderne Rechtsepistemologie zum Selbstbewußtsein ihres Schicksals.

Die Kohärenz, die Offenheit und der Mut, mit denen diese Verfasser die Ungewißheiten zerschlagen und das Schweigen einer Rechtsepistemologie brechen, die sich auf Zehenspitzen bewegt, machen ihr Denken zum Selbstbewußtsein der modernen Rechtsepistemologie, zu dem Ort, an dem die unlösbare Widersprüchlichkeit der Wissenschaft zum bestimmenden Ausdruck der unlösbaren Widersprüchlichkeit des modernen Rechts wird.

III

Diese Arbeit ist — wie schon gesagt — keine Geschichte des Rechtsdenkens. Sie beansprucht keine geschichtliche Vollständigkeit. Sie verfolgt vielmehr ein Problem: sie will die innere Logik der Geschichte dieses Problems entfalten und legt einen bestimmten Punkt fest, um den sich diese innere Logik spinnt. Dieser Punkt wird als das „epistemologische Hindernis der Rechtswissenschaft“ definiert. Die Modelle der Wissenschaft erscheinen als Projekte zur Überwindung dieses Hindernisses.

Die Arbeit entwickelt eine Kritik der Rechtsepistemologie und sie bleibt bei dieser Kritik. Deshalb ist diese Arbeit nur ein Prolog: der Prolog des Übergangs von der Kritik der Epistemologie, die als Bedingung der Möglichkeit und als Anfang die Positivität des Rechts setzt, zum Aufbau eines epistemologischen Modells, dessen Anfang gerade dieses „Hindernis“ ist, auf dessen Verdrängung die Rechtswissenschaft bis jetzt — ohne Erfolg — beruhte.

Der einzige Anspruch dieser Arbeit ist, als diese eigentliche Kritik der Rechtsepistemologie betrachtet zu werden.