

Schriften zur Rechtstheorie

---

Heft 163

# Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft

Von  
Reinhold Zippelius

Zweite, erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

**REINHOLD ZIPPELIUS**

**Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft**

# **Schriften zur Rechtstheorie**

**Heft 163**

# **Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft**

**Von  
Reinhold Zippelius**

**Zweite, erweiterte Auflage**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Zippelius, Reinhold:**

Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft / von  
Reinhold Zippelius. – 2., erw. Aufl. – Berlin : Duncker und  
Humblot, 1996

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 163)

ISBN 3-428-08661-9

NE: GT

1. Auflage 1994

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin


Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-08661-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## Vorwort

Es ist das Los des Juristen, Antworten auf Fragen des Rechts und der Gerechtigkeit in einem experimentierenden Denken zu suchen, ohne je an ein Ende zu gelangen. Dieser Gedanke durchzieht die hier vorgelegten Arbeiten aus fünfunddreißig Jahren. Sie bekennen sich zu dem Horazischen „sapere aude“, das Kant zum Wahlspruch der Aufklärung erhob. In seinem Doppelsinn bezeichnet es den Mut zu einer rationalen Bewältigung der Fragen, welche die Welt uns aufgibt, zugleich aber auch das Bewußtsein, daß jeder Versuch hierzu ein Wagnis bleibt.

In ihren Legitimitätsvorstellungen folgen die Arbeiten dem Gedanken Kants, daß das vernunftgeleitete Gewissen der Einzelnen die letzte Instanz unserer moralischen Einsicht und damit auch unserer Gerechtigkeitsauffassungen ist. Im methodischen Vorgehen stimmen sie in hohem Maße mit der Wissenschaftstheorie Karl Poppers überein und erweitern deren Anwendungsfeld auf das Gebiet des Rechts.

Die folgende Auswahl von Texten wurde zum Teil bearbeitet, um die Form der Gliederung und der Fußnoten zu vereinheitlichen, Wiederholungen zu vermeiden oder zu kürzen, umständliche Formulierungen zu vereinfachen, ungenaue Ausdrücke zu präzisieren und Überholtes oder Entbehrliches wegzulassen. In wenigen Fällen wurden auch Texte zusammengefaßt (so in Kap. 33) oder geringfügig umgestellt (so in Kap. 38). Stets blieb aber der wesentliche Gang der Argumentation unverändert. Für Leser, die nur einzelne Kapitel nachschlagen wollen, wurden Querverweisungen eingefügt, die es erleichtern, Parallelen und weiterführende Gedanken und Nachweise zu finden. Sie sollen auch dazu beitragen, einen bestimmten Gedanken im Kontext unterschiedlicher Gedankenverbindungen wiederzuerkennen. Die Literaturnachweise geben den Diskussionsstand zur Zeit der Entstehung der Abhandlungen wieder; soweit aber zur Ergänzung eines Gedankens auf eines meiner Bücher verwiesen wird, habe ich die jeweils neueste Auflage eingesetzt.

Die Texte wurden nach ihren Hauptinhalten großen Themenbereichen zugeordnet, greifen aber nicht selten über diese hinaus. Meine wissenschaftstheoretische Grundeinstellung kommt am klarsten in der Schrift über die experimentierende Methode zum Ausdruck. Deshalb ist diese an den Anfang gestellt und nicht erst dem letzten Teil der Textsammlung zugeordnet.

Die neue Auflage wurde um die Kapitel 4, 10 und 16 erweitert. Um die Weiterbenutzung der Voraufgabe zu erleichtern, wurde eine Konkordanz der Artikelfolgen beigelegt.

Herrn Professor Dr. h. c. Norbert Simon danke ich erneut für ein nicht alltägliches verlegerisches Verständnis. Frau Brigitte Schulze danke ich für ihre treue Hilfe bei der Fertigstellung dieser Auflage.

Erlangen, im März 1996

*Reinhold Zippelius*



# Inhaltsverzeichnis

## A. Experimentierende Praxis

<b>Kap. 1. Die experimentierende Methode im Recht</b> .....	21
I. Grundgedanken .....	21
1. Das Experiment als Methode .....	21
2. Anwendbarkeit auf das Recht .....	22
3. Schritte experimentierender Praxis .....	24
II. Die Probe der Wirksamkeit .....	27
1. Wirksamkeit im engeren Sinn .....	28
2. Wirksamkeit im weiteren Sinn .....	30
3. Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen .....	30
III. Die Probe der Gerechtigkeit .....	31
1. Das Kriterium der Konsensfähigkeit .....	31
2. Abklärung der Konsensfähigkeit .....	34
IV. Die Probe der „Systemverträglichkeit“ .....	35
1. Verträglichkeit mit dem rechtlichen Kontext .....	35
2. Verträglichkeit mit den Leitideen der Kultur .....	37
<b>Kap. 2. Im Irrgarten der Gerechtigkeit</b> .....	39
I. Klassische Lösungsansätze .....	40
1. Versuch: Das Naturrecht .....	40
2. Versuch: Der philosophische Ansatz Hegels .....	41
3. Versuch: Der Eudämonismus .....	43
4. Versuch: Das Prinzip der Gleichbehandlung .....	44
5. Versuch: Der ethische Formalismus .....	45
II. Die Suche nach konsensfähigen Einsichten des Rechtsgefühls ...	46
1. Das Gewissen als Grundlage der Gerechtigkeitseinsicht .....	46
2. Grundgedanken eines „experimentierenden“ Ansatzes .....	48
3. Die Abklärung konsensfähiger Gerechtigkeitseinstellungen ...	49
<b>Kap. 3. Die Entstehung des demokratischen Verfassungsstaates als experimentierender Lernprozeß</b> .....	51
I. Das Modell der englischen Verfassungsentwicklung .....	52
II. Beispiele aus der deutschen Verfassungsentwicklung .....	58



<b>Kap. 4. Auf der Suche nach dem legitimen Staat</b> .....	65
I. Demokratische Legitimität .....	65
1. Bürgerliche Selbstbestimmung .....	65
2. Rechtsstaatliche Komponenten .....	66
II. Strukturierung des demokratischen Prozesses .....	67
1. Kultivierung durch Repräsentation .....	67
2. Der Politik ein menschliches Maß geben .....	68
3. Ausgewogenheit der sozialen Gewalten .....	69
4. „Entstrüpfung“ und Transparenz .....	71
III. Wir lernen nicht aus .....	71
 <b>B. Legitimation in der offenen Gesellschaft</b> 	
<b>Kap. 5. Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat</b> .....	75
I. „Legitimation“ im Sprachgebrauch von Normwissenschaft und Soziologie .....	75
II. Legitimation in der „offenen Gesellschaft“ .....	76
III. Legitimation durch Kompetenzen und Verfahren .....	78
IV. Legitimation durch Konsens .....	79
V. Die „Abklärung“ der Konsensfähigkeit durch Verfahren und Institutionen .....	81
VI. Demokratische „Rückkoppelung“ .....	84
VII. Gesamtwürdigung .....	85
<b>Kap. 6. Legitimation durch Verfahren?</b> .....	87
I. Der systemtheoretische Ansatz .....	87
II. Begriff und Grund der Legitimation .....	88
III. Die Legitimation gerichtlicher Entscheidungen .....	91
IV. Die Legitimation gesetzgebender Akte .....	94
<b>Kap. 7. Das Gewissen als Legitimationsgrundlage</b> .....	97
I. Die subjektive Geltungsgrundlage ethischer Einsichten .....	97
1. Das Gewissen als letztzugängliche Grundlage .....	97
2. Jeder eine gleichzuachtende moralische Instanz .....	98
II. Die Überwindung der Subjektivität im Konsens .....	99
1. Der Konsens als allgemeines Schema der Vergewisserung .....	99
2. Die Konsensfähigkeit von Gerechtigkeitsvorstellungen .....	100
III. Die „Rückseite des Spiegels“ .....	101
1. Angeborene Verhaltens- und Wertungsdispositionen .....	101
2. Erlernte Verhaltens- und Wertungsdispositionen .....	102

<b>Kap. 8. Die „Rückseite des Spiegels“ — Erträge der Soziobiologie für die Rechtswissenschaft</b> .....	104
I. Der anthropologische Ansatz .....	104
II. Grundgegebenheiten der Soziobiologie .....	105
III. Mögliche Konsequenzen für das Recht .....	106
IV. Die Unsicherheit der Erfahrungsgrundlagen .....	108
<b>Kap. 9. Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen</b> .....	110
I. Die Unabweisbarkeit der Gerechtigkeitsfrage .....	110
II. Begriff und Funktion eines „Konsenses“ in Gerechtigkeitsfragen ...	111
1. Gewinnung von „Wahrheiten“ durch Konsens? .....	111
2. Grenzen der Konsensfähigkeit .....	112
3. Praktische Funktionen eines Konsenses .....	113
III. Gewinnung konsensfähiger Gerechtigkeitsvorstellungen durch „trial and error“ .....	114
1. Grundgedanken eines „experimentierenden“ Ansatzes .....	114
2. Die Anwendung dieser Methode im Recht .....	115
3. Die Unterscheidung der Gerechtigkeitsfragen von bloßer Interessiertheit .....	116
<b>Kap. 10. Über die Wahrheit von Werturteilen</b> .....	118
I. Zum Begriff der Wahrheit .....	119
1. Wahrheit als zutreffende Feststellung an sich bestehender Sachverhalte .....	119
2. Wahrheit als bloße Aussagenwahrheit .....	120
3. Intersubjektive Nachprüfbarkeit als Wahrheitskriterium? .....	121
II. Die empirische Grundlage von Werturteilen .....	123
1. Faktizität und Erkenntnisgehalt der Wertungen .....	123
2. Konstanten der individuellen Werterfahrung .....	124
3. Die intersubjektive Nachvollziehbarkeit von Werturteilen .....	125
4. Die Nachvollziehbarkeit bedingter Werturteile .....	126
5. Ergebnis .....	127
<b>Kap. 11. Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie</b> .....	129
I. Nicht nur eine Regel der Staatsräson .....	129
II. Das Argument der Vernünftigkeit .....	130
1. Vertrauen in den common sense .....	130
2. Zweifel an der Vernunft der Menge .....	131
III. Argumente aus der Idee des Konsenses .....	132
1. Der Konsens als stabilisierender Faktor .....	132
2. Der Vertragsgedanke als Ausdruck von Freiheit und Gleichheit .....	133
IV. Insbesondere das Argument der gleichberechtigten Entscheidungskompetenz aller .....	134
1. Das Gewissen als letzte moralische Instanz? .....	134
2. Die Antwort des Protagoras .....	134

3. Die Antwort Kants .....	135
4. Demokratietheoretische Folgerungen .....	135
5. Der Kompromiß zwischen Ordnung und Selbstbestimmung ...	136
V. Freiheitssicherungen gegen die Mehrheit .....	137
1. Grundrechte: ein mehrheitlich festgesetzter Minderheitsschutz	137
2. Die Menschenwürde als unantastbare Prämisse des Systems	139
VI. Sicherungen gegen die Unvernunft und Manipulierbarkeit der Mehrheitsentscheidungen .....	139
1. Die „elitäre“ Antwort .....	139
2. Die Antwort des demokratischen Verfassungsstaates .....	139
VII. „Souveränitätsrechte“ gegen die Mehrheit? .....	141
1. Wer entscheidet, was eine Existenzfrage ist? .....	141
2. Wer entscheidet über Existenzfragen? .....	142
3. Die äußerste Probe der Selbstbestimmung .....	143
<b>Kap. 12. Akzeptanz durch Einsicht oder Die Erziehung zum Bürger .....</b>	<b>145</b>
I. Heranführung an Struktur- und Ordnungsprinzipien politischer Gemeinschaften .....	145
1. Der Ansatz an schon Bekanntem .....	145
2. Das Erfahren der Komplexität sozialer Beziehungen und Ordnungsaufgaben .....	146
3. Die Konfrontation mit normativen Fragen .....	147
II. Erziehung zum Bürger als Aufgabe und Mittel der Politik .....	149
1. Klassische Ansätze .....	149
2. Unterschiedliche Ideen für Eliten und Geführte? .....	150
<b>Kap. 13. Recht und Moral .....</b>	<b>152</b>
I. Die unterschiedlichen Geltungsmodalitäten von Normen und Pflichten .....	152
1. Moralische Geltung .....	153
2. Mehrheitliche Akzeptanz .....	154
3. Staatliche Durchsetzungsgarantie .....	154
II. Konfliktlösungen innerhalb des Rechts .....	158
1. Spezielle Konfliktlösungen .....	158
2. Generelle Konfliktlösungen .....	159
III. Konflikte ohne rechtsimmanente Lösung .....	162
1. Ungelöste Konflikte .....	162
2. Der Handlungsbedarf .....	163
<b>Kap. 14. Weltanschauung und Rechtsgestaltung .....</b>	<b>166</b>
I. Die anthropologische Bedeutung kulturprägender Ideen .....	166
1. Sinnorientiertheit als <i>conditio humana</i> .....	166
2. Die Orientierungsfunktion umfassender Ideen .....	166
3. Die Befangenheit in Begriffen und Ideen .....	168
4. Die gesellschaftlich-politische Relevanz der Weltbilder .....	168

II. Der Einfluß weltanschaulich geprägter Ideen auf die Staats- und Rechtsgestaltung .....	169
1. Vorverständnis, Motivation, Legitimation .....	170
2. Die Schaffung von Orientierungsgewißheit .....	170
3. Beispiele .....	171
4. Wandel des Zeitgeistes — Wandel des Rechts .....	175
III. Das Menschenbild als politische und rechtliche Leitidee .....	177
IV. Zielvorstellungen als politische und rechtliche Leitideen .....	179
V. Weltanschauung und Rechtsgestaltung in der „offenen Gesellschaft“ .....	179
<b>Kap. 15. Kulturelle Komponenten der Gemeinschaftsordnung im Wandel</b> .....	<b>181</b>
I. Die Angewiesenheit auf kulturelle Verhaltensorientierungen .....	181
1. Die Ergänzungsbedürftigkeit angeborener Verhaltenssteuerungen durch Institutionen .....	181
2. Die Angewiesenheit auf eine umfassendere Sinnorientierung .....	183
II. Auflösung und Wandel kulturbedingter Sinn- und Verhaltensorientierungen .....	184
1. Die Auflösung integrierender Lebensgemeinschaften .....	184
2. Weltanschauliche Verunsicherung .....	187
<b>Kap. 16. Politik und Sachverstand</b> .....	<b>190</b>
I. Die Utopie vom Regime der Sachverständigen .....	190
II. Die Unterscheidung von Zielwahl und Sachverstand .....	192
III. Zusammenhänge zwischen Zielwahl und Sachverstand .....	194
IV. Grenzen rechtspolitischer Rationalität .....	196
V. Folgerungen für die Kompetenzenverteilung .....	198
VI. Das Aufbegehren des Sachverstandes .....	199

### C. Machtkontrollen

<b>Kap. 17. Die Zähmung der englischen Staatsgewalt. De Lolmes „Constitution of England“</b> .....	<b>203</b>
I. Ursachen der englischen Freiheiten .....	204
1. Das Instrument der Abgabenbewilligung .....	205
2. Die breite Basis der parlamentarischen Mitwirkung .....	205
3. Gewährleistungen individueller Freiheiten .....	205
4. Beharrlichkeit und Augenmaß .....	207
II. Zum politischen Prozeß im englischen Verfassungssystem .....	208
1. Die Ungeteiltheit einer starken Exekutive .....	208
2. Nachteile der unmittelbaren und Vorteile der repräsentativen Demokratie .....	209
3. Kontrolle durch öffentliche Kritik und Widerstand .....	212

<b>Kap. 18. Problemfelder der Machtkontrolle</b> .....	214
I. Die grundsätzliche Aufgabe der Machtkontrolle .....	214
II. Aktuelle Fragen .....	216
1. Die Funktionenteilung im Gefüge der Staatsorgane .....	216
2. Die Schaffung autonomer Teilsysteme .....	217
3. Balancen im Bereich der sozialen Gewalten .....	220
4. Das Problem des internationalen Gleichgewichts .....	221
<b>Kap. 19. Grundstrukturen und Fehlentwicklungen des demokratischen Kräftespiels</b> .....	222
I. Grundstrukturen .....	222
1. Demokratische Grundpositionen .....	222
2. Insbesondere Parteienstaatlichkeit .....	225
II. Fehlentwicklungen .....	226
1. Das Ausufern des Parteieneinflusses .....	226
2. Andere Unausgewogenheiten im pluralistischen Kräftespiel ...	228
3. Das Wuchern von Normen und Bürokratien .....	229
<b>Kap. 20. Die Modernität des Föderalismus</b> .....	232
I. Das Programm einer Föderalisierung und seine Reichweite .....	232
II. Die Bereitstellung überschaubarer Lebens- und Funktionsbereiche	233
1. Die Zurückführung politischer Einheiten auf ein „menschliches Maß“ .....	233
2. Die Erhöhung demokratischen Engagements .....	233
3. Volkswirtschaftliche Optimierung .....	235
III. Die Aufwertung von Minderheiten .....	236
1. Die Aufwertung ethnischer Minderheiten .....	236
2. Die Aufwertung parteipolitischer Minderheiten .....	236
IV. Sonstige Vorteile politischer Dezentralisation .....	237
1. Schaffung politischer Kontrollen .....	237
2. Gewinnung von Sachnähe und Flexibilität .....	237
3. Gewinnung begrenzter „Experimentierfelder“ .....	238
V. Nachteile des föderativen Systems .....	238
VI. Systemtheoretische Aspekte .....	239
1. Ein Modell abgestufter Konfliktsbereinigung .....	239
2. Insbesondere die sachgerechte Verteilung der Problem- und Informationsverarbeitung .....	240
<b>Kap. 21. Das Berufsbeamtentum als „neutrale Gewalt“</b> .....	242
I. Der Interessenpluralismus und die Aufgabe eines gerechten Interessenausgleichs .....	242
II. Die Ausdifferenzierung der „staatlichen“ gegenüber den „gesellschaftlichen“ Rollen .....	243
III. Institutionelle Garantien der Ausdifferenzierung .....	245

<b>Kap. 22. Kontrolle der Meinungsmacht</b> .....	250
I. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit .....	250
II. Das Ideal freier Meinungsbildung .....	252
III. Die heutige Rechtslage .....	255
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....	255
2. Monopolisierungstendenzen .....	255
3. Abhilfen .....	257

**D. Grundrechte**

<b>Kap. 23. Grundrechte als Grundlage staatlicher Ordnung</b> .....	263
I. Das Bekenntnis zu vorgegebenen Menschenrechten .....	263
1. Die Vorgegebenheit .....	263
2. Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemein- schaft .....	264
3. Menschenrechte als Grundlage des Friedens und der Gerechtig- keit in der Welt .....	266
II. Unverletzlichkeit der Menschenrechte .....	266
1. Grundrechtsimmanente Schranken .....	267
2. Schutz gegen normative Eingriffe .....	268
3. Schutz gegen Einzeleingriffe .....	269
4. Unveräußerlichkeit .....	270
<b>Kap. 24. Die Garantie der Menschenwürde</b> .....	272
I. Geistesgeschichtliche Grundlagen .....	272
1. Christliche Leitbilder der „Menschenwürde“ .....	272
2. Moralische Selbstbestimmung als Ausdruck der Menschen- würde .....	273
II. Ausgangspunkte der juristischen Auslegung .....	274
1. Historische Interpretation .....	275
2. Systematische Interpretation .....	275
3. Die Aufgabe fortschreitender Konkretisierung .....	276
III. Rechtswirkungen der Menschenwürdegarantie .....	279
1. Rechtspflicht zu Achtung und Schutz .....	279
2. Grundrechtsgarantie .....	280
3. Richtungweisende Wertentscheidung .....	281
4. Reichweite beider Funktionen .....	282
5. Drittwirkung .....	282
6. Die Unantastbarkeit der Menschenwürdegarantie .....	284
<b>Kap. 25. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit</b> .....	286
I. Geschichtliche Grundlagen .....	286
1. Zerfall der Glaubenseinheit und Abbau des Staatskirchentums .....	286
2. Theologische Gründe der Gewissensachtung .....	288
3. Philosophische Gründe der Gewissensachtung .....	289

4. Demokratietheoretische Folgerungen .....	290
5. Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit .....	291
II. Ausgestaltung unter dem Grundgesetz .....	292
1. Die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates .....	292
2. Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes .....	295
3. Glaubens- und Gewissensfreiheit als richtungweisende Wertentscheidung .....	300
4. Drittwirkung .....	301
5. Schranken des Grundrechts .....	304
6. Glaubens- und Gewissensfreiheit als Ausdruck der Menschenwürde .....	305
<b>Kap. 26. Der Gleichheitssatz .....</b>	<b>306</b>
I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches .....	306
1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt .....	306
2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt .....	308
3. Angleichung der realen Lebensbedingungen .....	311
4. Gleiche Freiheit .....	313
5. Fragen des Maßes .....	314
II. Fragen gerechter Gleichbehandlung .....	316
1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit .....	317
2. Kriterien der Gleichbehandlung .....	319
3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext .....	323
4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes .....	327
<b>Kap. 27. Anfang und Ende des Lebens als juristisches Problem .....</b>	<b>328</b>
I. Manipulationen des beginnenden Lebens .....	328
II. Eingriffe in das Leben .....	329
1. Eingriffe am Lebensbeginn .....	330
2. Eingriffe am Lebensende .....	333
<b>Kap. 28. Widerstand gegen die Tyrannei und im demokratischen Rechtsstaat .....</b>	<b>337</b>
<b>E. Verantwortlichkeit</b>	
<b>Kap. 29. Varianten und Gründe rechtlicher Verantwortlichkeit .....</b>	<b>347</b>
I. Strafrechtliche Verantwortung .....	347
II. Schuldrechtliche Schadensverantwortung .....	350
III. Verantwortung für einen kontrollierbaren Lebensbereich .....	352
IV. Politische Verantwortlichkeit .....	352
<b>Kap. 30. Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht? .....</b>	<b>356</b>
I. Der Gegenstand des Unrechtsurteils .....	356
II. Der Erfolgseintritt und die Erfolgsbezogenheit des Handelns .....	357

<b>Kap. 31. Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg</b> .....	360
I. Rechtswidrigkeit als Widerspruch zu einem rechtlichen Gebot ...	360
1. „Rechtswidrigkeit“ ein mehrdeutiger Begriff .....	360
2. Der Verstoß gegen ein Gebot als allgemeines Deliktsmerkmal	361
II. Das Verhalten als Gegenstand des Unrechtsurteils .....	362
III. Die Erfolgsbezogenheit der Verhaltensnormen .....	363
IV. Die Einordnung des tatsächlichen Erfolgseintrittes .....	364
V. Zusammenfassung .....	365
<b>Kap. 32. Zum Problem der Willensfreiheit</b> .....	367
I. Das Problem des naturgesetzlichen Determinismus .....	368
1. Apriorische Geltung des Kausalgesetzes? .....	368
2. Bloß empirische Geltung des Kausalgesetzes? .....	370
II. Das Problem des Motivationsdeterminismus .....	372
III. Die positive Existenz der Freiheit .....	373
<b>F. Zur Methode der Rechtsanwendung</b>	
<b>Kap. 33. Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung</b> .....	379
I. Rechtsphilosophische Aspekte der Gesetzesauslegung .....	380
1. Auslegung mündet in rechtsphilosophische Fragen .....	380
2. Anhaltspunkte für die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen .....	382
II. Rechtsphilosophische Aspekte der Lückenausfüllung .....	384
1. Die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen als kritische Instanz .....	384
2. Normenstrenge oder konkrete Gerechtigkeit? .....	385
3. Insbesondere das Problem der Analogie .....	385
III. Zusammenfassung .....	387
<b>Kap. 34. Jurisprudenz: eine rationale Wissenschaft?</b> .....	388
<b>Kap. 35. Auslegung als argumentativer Auswahlprozeß</b> .....	393
I. Verbale Ausgangsbasis und Spielraum der Gesetzesauslegung ...	393
II. Rechtfertigende Auslegungsargumente .....	394
1. Auslegung als Legitimationsproblem .....	394
2. Argumente aus dem Regelungszweck .....	396
3. Argumente der „Rechtseinheit“ .....	397
4. Argumente der Gerechtigkeit .....	398
5. Entscheidungsanalysen .....	399
III. Offene Fragen .....	400
<b>Kap. 36. Der Denkansatz am konkreten Problem</b> .....	402
I. Der Vorrang der konkreten Erkenntnis .....	402
1. Gegen den systematischen Dogmatismus .....	402
2. Verbleibende Bedeutung systematischen Denkens .....	404
3. Rechtsentwicklung durch vergleichendes Denken .....	405



II. Topik .....	406
1. Zugriff auf schon Bekanntes .....	407
2. Produktiver Gebrauch der Topik .....	408
3. Grenzen der topischen Methode .....	410
<b>Kap. 37. Typisierendes Denken .....</b>	<b>411</b>
I. Die Eigenart typisierender Betrachtung .....	411
1. Die „anschauliche“ Basis der Typenbildung .....	411
2. Die „Ganzheitlichkeit“ des Typus .....	413
3. Die „Offenheit“ des Typus .....	415
II. Die Verwendung von Typen in Normen .....	418
1. Normative Typen .....	418
2. Anwendungsweisen .....	418
3. Die Entwicklung normativer Typen .....	419
III. Typisierende Erfahrungsregeln .....	421
1. Die Aufstellung typisierender Erfahrungsregeln .....	422
2. Die Verbesserung typisierender Erfahrungsregeln .....	423
<b>Kap. 38. Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen .....</b>	<b>425</b>
I. Argumente für eine verfassungskonforme Auslegung der Gesetze .....	425
1. Die Verfassung als Kontext der Gesetze .....	425
2. Das Argument der Normerhaltung („favor legis“) .....	427
II. Der mögliche Wortsinn als Grenze „verfassungskonformer Auslegung“ .....	428
III. Das „Regelungsermessen“ des Gesetzgebers als Grenze „verfassungskonformer Auslegung“ .....	429
1. Die grundsätzliche Funktion des gesetzgeberischen Regelungsermessens .....	430
2. Generell zulässige richterliche Präzisierungen und Modifikationen .....	430
3. Das Überschreiten dieser Grenzen .....	431
IV. Die Zulässigkeit verfassungskonformer Rechtsergänzung .....	433
V. Respektierung vertretbarer Verfassungskonkretisierungen des Gesetzgebers? .....	435
<b>Nachweise .....</b>	<b>440</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>443</b>

## Konkordanz

Durch Einfügung der Kapitel 4, 10 und 16 hat sich die Kapitelzählung gegenüber der 1. Auflage geändert. Es entsprechen sich:

---

1. Aufl. Kap.	=	2. Aufl. Kap.	1. Aufl. Kap.	=	2. Aufl. Kap.
1		1	19		22
2		2	20		23
3		3	21		24
4		5	22		25
5		6	23		26
6		7	24		27
7		8	25		28
8		9	26		29
9		11	27		30
10		12	28		31
11		13	29		32
12		14	30		33
13		15	31		34
14		17	32		35
15		18	33		36
16		19	34		37
17		20	35		38
18		21			

---

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DVBl	= Dt. Verwaltungsblatt
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
GG	= Grundgesetz
HdbStR	= Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Bd. 1-7, Heidelberg 1987-1993
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
Maunz / Dürig	= Grundgesetz. Kommentar (von Theodor Maunz, Günter Dürig u. a.), 1958-1992 (Loseblatt)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RGStr	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	= Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. 8. 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
ZevKR	= Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

## **A. Experimentierende Praxis**



## Kapitel 1

# Die experimentierende Methode im Recht

## I. Grundgedanken

### 1. Das Experiment als Methode

Das experimentierende Denken erscheint uns als die bisher erfolgreichste Methode menschlichen Erkenntnisstrebens. Die Idee, daß das Wissen über die Natur sich in einem experimentierenden Lernen entwickelt, ergriff seit dem Zeitalter Francis Bacons und Galileis immer stärker das allgemeine Bewußtsein.<sup>1</sup>

Man hat die Einsicht gewonnen, daß auch andere Fortschritte sich durch ein — im weiteren Sinn verstandenes — „Experimentieren“ vollziehen: durch das Hervorbringen neuer Strukturen und die Erprobung, ob sie sich im Leben bewähren. Darwin führte den Nachweis, daß die Natur selbst — anthropomorph gesprochen — mit Lebensformen experimentiert, indem sie Varietäten hervorbringt und unter ihnen die lebensstüchtigeren auswählt. Selbst in der Menschheitsgeschichte tragen manche Entwicklungsschritte Züge experimentierender Lernprozesse.<sup>2</sup> Friedrich v. Hayek hat auch auf kulturell entstandene Verhaltensmuster geradezu den Gedanken experimentierender Selektion angewandt: Im großen und ganzen hätten sich solche Moral- und Verhaltensregeln durchgesetzt, die besser funktionierten als andere, nämlich den Gruppen, die sie befolgten, im Vergleich zu anderen Gruppen bessere Überlebens- und Vermehrungschancen boten.<sup>3</sup>

Die Ansicht, daß unsere Erkenntnis experimentierend voranschreite, könnte als erkenntnistheoretische Variante solcher Anpassungsprozesse aufgefaßt werden, dergestalt, daß unsere Vorstellungen durch probierendes Denken an die Strukturen unserer Erfahrungswelt und an die Natur des Menschen angepaßt

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *E. Mach*, Erkenntnis und Irrtum, 3. Aufl. 1917, S. 183 ff., 201 ff.; *H. Dingler*, Das Experiment, 1928, insb. S. 210 ff.; *H. Parthey*, *D. Wahl*, Die experimentelle Methode in Natur- und Gesellschaftswissenschaften, 1966, S. 38 ff.; *F. Kaulbach*, Philosophie der Beschreibung, 1968, S. 9 ff., 30 ff., 140 ff., 234 ff.; *G. Böhme*, *W. van den Daele*, *W. Krohn*, Experimentelle Philosophie. Ursprünge autonomer Wissenschaftsentwicklung, 1977.

<sup>2</sup> Dazu unten Kap. 3.

<sup>3</sup> *F. v. Hayek*, Die drei Quellen der menschlichen Werte, 1979, S. 21 f., 25, 31.

würden — wie auch immer diese uns „gegeben“ sein mögen. Die zusammenfassende Konzeption einer solchen Methode hat Karl Popper entworfen, der diese Methode zunächst für den Bereich der Naturwissenschaften<sup>4</sup>, später auch für den der Sozialwissenschaften<sup>5</sup> angewendet wissen wollte: Für Probleme, vor welche die Natur oder das menschliche Zusammenleben uns stellt, seien Lösungen vorzuschlagen, die einer sachlichen Kritik zugänglich sind; diese Lösungsvorschläge seien dann daraufhin zu prüfen, ob sie logisch einwandfrei sind und der Erfahrung standhalten. Wenn sie diese Probe bestehen, seien sie einstweilen zu akzeptieren; wenn sie dieser Prüfung aber nicht standhalten, seien sie aufzugeben.

Diese Methode zielt also darauf, nicht „ewige Wahrheiten“ zu finden, sondern nur Einsichten, die uns als einstweilen beste Lösungen von Problemen erscheinen. Wollte man die Grundeinstellung dieser Methode auf einen einfachen Begriff bringen, so wäre dies das Horazische „sapere aude“, das Kant zum Wahlspruch der Aufklärung erhob. In seinem Doppelsinn bezeichnet es die Bereitschaft zu rationaler Bewältigung der Probleme, die uns die Welt aufgibt, und das gleichzeitige Bewußtsein, daß jeder dahingehende Versuch ein Wagnis bleibt.

An diesem Verfahren sind mehrere Komponenten beteiligt: zum einen der kreative Einfall, d. h. der Vorgriff der produktiven Phantasie auf eine mögliche Problemlösung,<sup>6</sup> zum andern die Logik und die Erfahrung, als kritische Instanzen, vor denen die versuchsweise Problemantwort sich bewähren muß.<sup>7</sup>

## 2. Anwendbarkeit auf das Recht

Im Recht geht es aber nicht primär um die Erkenntnis der Welt, sondern um eine Ordnung menschlichen Handelns. Rechtsnormen sollen Probleme des Zusammenlebens wirksam und gerecht lösen. Experimentierenden Lernprozessen

<sup>4</sup> K. R. Popper, *Logik der Forschung*, 7. Aufl. 1982.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. K. R. Popper, *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 1984, S. 82; zum Experiment in der soziologischen Forschung vgl. auch schon E. Durkheim, *Die Regeln der soziologischen Methode* (frz. 1895), deutsch 1961, S. 205 ff.; ferner etwa E. Greenwood, F. S. Chapin, in: R. König (Hrsg.), *Beobachtung und Experiment in der Sozialforschung*, 8. Aufl. 1972, S. 171 ff., 221 ff.; W. Siebel, *Die Logik des Experiments in den Sozialwissenschaften*, 1965; W. Bernsdorf (Hrsg.), *Wörterbuch der Soziologie*, 1972, Artikel „Experiment“.

<sup>6</sup> Schon Francis Bacon schrieb, die echte Erfahrung Sorge zuerst für das Licht und beleuchte damit den Weg (Novum Organum, I 82, 100). Bei Galilei fand sich die Vorstellung, daß physikalische Hypothesen zunächst mit Hilfe logisch schon gewonnener Sätze formuliert und durch Beobachtungsergebnisse kontrolliert werden müßten: J. Mittelstraß, *Die Galileische Wende*, in: L. Landgrebe (Hrsg.), *Philosophie und Wissenschaft*, 1972, S. 294 ff. Kant war der Ansicht, daß auch in der Naturerkenntnis „die Vernunft nur das einseht, was sie selbst nach ihrem Entwurfe hervorbringt, daß sie mit Prinzipien ihrer Urteile nach beständigen Gesetzen vorangehen und die Natur nötigen müsse, auf ihre Fragen zu antworten . . .; denn sonst hängen zufällige, nach keinem vorher entworfenen Plane gemachte Beobachtungen gar nicht nach einem notwendigen Gesetze zusammen“ (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, Vorrede, S. XIII).

<sup>7</sup> Vgl. insbesondere Popper (Fn. 4), S. 7 f., 71 ff.

sind sie jedenfalls insoweit zugänglich, als eine zweckmäßige Ordnung des Handelns auf Weltkenntnis beruht, insbesondere auf Wirkungszusammenhänge Rücksicht zu nehmen hat. Daß darüber hinaus auch Gerechtigkeitsfragen, und das heißt ethische Fragen, einer experimentierenden Methode zugänglich sind, hat schon Richard M. Hare festgestellt: Auch hier gehe es darum, Problemlösungen „vorschlagen und dann nach Wegen zu suchen, sie zu testen — d. h. nach Experimenten, die, wenn jene falsch sind, zeigen, daß dem so ist“. „Was wir beim moralischen Raisonement tun, ist dies: Wir halten Ausschau nach moralischen Urteilen und moralischen Prinzipien, die wir, wenn wir ihre logischen Konsequenzen und die Tatsachen des konkreten Falles betrachtet haben, immer noch akzeptieren können“. <sup>8</sup> Wie später zu zeigen ist, geht es hier um die Prüfung, ob die rechtlichen Problemlösungen einer vernunftgeleiteten, konsensfähigen Gewissenseinsicht standhalten (III) und mit dem Kontext der jeweiligen Rechtskultur und ihrer weltanschaulichen Perspektiven verträglich sind (IV).

Folgt man dieser Konzeption, dann kann man sich auch die Entstehung rechtlicher Institutionen, insbesondere solcher des freiheitlichen Rechtsstaates, als ein „Herausexperimentieren“ von Rechts- und Verfassungsstrukturen vorstellen. <sup>9</sup>

Schon Oskar Bülow vertrat die Ansicht, daß auch im Recht Erfahrungen auf experimentierende Weise gesammelt und verarbeitet werden: Das Recht, so meinte er, „ist ein Ergebnis der Erfahrung. Es hat herausexperimentiert werden müssen: Es ist ein Erzeugnis bitterer Rechtsnot, die von Fall zu Fall dahin gedrängt hat, den Gut und Leben gefährdenden Widerstreit der menschlichen Selbstsucht und Leidenschaft durch den unparteiischen Rechtsspruch der machtvollen Staatsgewalt schlichten zu lassen“. <sup>10</sup>

Eine gewisse Plausibilität gewinnt diese Aussage schon dadurch, daß die beiden bedeutendsten eigenständigen Rechtsordnungen, das römische und das angelsächsische Recht, aus der Lösung konkreter Rechtsprobleme — als Fallrecht — hervorgegangen sind und daß das Fallrechtsdenken schon dem ersten Anschein nach mit experimentierendem Denken zu tun hat. In der angelsächsischen Version des „reasoning from case to case“ stellt es sich geradezu als eine Methode „experimentierenden“ Fallvergleiches dar: Diese präpariert die gemeinsamen und die unterscheidenden Merkmale der verglichenen Fälle heraus und prüft dann, von Fall zu Fall weiterschreitend, auf welche dieser Merkmale es ankommt, wenn ein bestimmter Rechtsgrundsatz — der in den tragenden Gründen der Vorentscheidungen zum Ausdruck kommt — Anwendung finden soll. <sup>11</sup> Als

<sup>8</sup> R. M. Hare, *Freedom and Reason*, 1963, Kap. 6.2; s. jetzt auch F. Kaulbach, *Experiment, Perspektive und Urteilskraft bei der Rechtserkenntnis*, ARSP 1989, S. 447 ff.

<sup>9</sup> Zu solcher Entstehung von Verfassungsstrukturen unten Kap. 3.

<sup>10</sup> O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, S. 17.

<sup>11</sup> Vgl. zur Methode des „distinguishing“ etwa N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, S. 185 f., 219 ff. Allgemein zum experimentierenden Charakter vergleichenden Denkens im Recht unten Kap. 9 III 2.