

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

<i>Kap. 1. Die experimentierende Methode im Recht</i>	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
<i>Kap. 2. Im Irrgarten der Gerechtigkeit</i>	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
<i>Kap. 3. Die Entstehung des demokratischen Verfassungsstaates als experimentierender Lernprozeß</i>	51
I. Das Modell der englischen Verfassungsentwicklung	52
II. Beispiele aus der deutschen Verfassungsentwicklung	58

Kap. 4. Auf der Suche nach dem legitimen Staat	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. Legitimation in der offenen Gesellschaft 	
Kap. 5. Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat	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
Kap. 6. Legitimation durch Verfahren?	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
Kap. 7. Das Gewissen als Legitimationsgrundlage	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

Kap. 8. Die „Rückseite des Spiegels“ — Erträge der Soziobiologie für die Rechtswissenschaft	104
I. Der anthropologische Ansatz	104
II. Grundgegebenheiten der Soziobiologie	105
III. Mögliche Konsequenzen für das Recht	106
IV. Die Unsicherheit der Erfahrungsgrundlagen	108
Kap. 9. Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen	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
Kap. 10. Über die Wahrheit von Werturteilen	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
Kap. 11. Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie	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
Kap. 12. Akzeptanz durch Einsicht oder Die Erziehung zum Bürger	145
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
Kap. 13. Recht und Moral	152
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
Kap. 14. Weltanschauung und Rechtsgestaltung	166
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
Kap. 15. Kulturelle Komponenten der Gemeinschaftsordnung im Wandel	181
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
Kap. 16. Politik und Sachverstand	190
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

Kap. 17. Die Zähmung der englischen Staatsgewalt. De Lolmes „Constitution of England“	203
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

Kap. 18. Problemfelder der Machtkontrolle	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
Kap. 19. Grundstrukturen und Fehlentwicklungen des demokratischen Kräftespiels	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
Kap. 20. Die Modernität des Föderalismus	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
Kap. 21. Das Berufsbeamtentum als „neutrale Gewalt“	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

Kap. 22. Kontrolle der Meinungsmacht	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

Kap. 23. Grundrechte als Grundlage staatlicher Ordnung	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
Kap. 24. Die Garantie der Menschenwürde	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
Kap. 25. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	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
Kap. 26. Der Gleichheitssatz	306
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
Kap. 27. Anfang und Ende des Lebens als juristisches Problem	328
I. Manipulationen des beginnenden Lebens	328
II. Eingriffe in das Leben	329
1. Eingriffe am Lebensbeginn	330
2. Eingriffe am Lebensende	333
Kap. 28. Widerstand gegen die Tyrannei und im demokratischen Rechtsstaat	337
E. Verantwortlichkeit	
Kap. 29. Varianten und Gründe rechtlicher Verantwortlichkeit	347
I. Strafrechtliche Verantwortung	347
II. Schuldrechtliche Schadensverantwortung	350
III. Verantwortung für einen kontrollierbaren Lebensbereich	352
IV. Politische Verantwortlichkeit	352
Kap. 30. Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht?	356
I. Der Gegenstand des Unrechtsurteils	356
II. Der Erfolgseintritt und die Erfolgsbezogenheit des Handelns	357

Kap. 31. Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg	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
Kap. 32. Zum Problem der Willensfreiheit	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
F. Zur Methode der Rechtsanwendung	
Kap. 33. Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung	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
Kap. 34. Jurisprudenz: eine rationale Wissenschaft?	388
Kap. 35. Auslegung als argumentativer Auswahlprozeß	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
Kap. 36. Der Denkansatz am konkreten Problem	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
Kap. 37. Typisierendes Denken	411
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
Kap. 38. Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen	425
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
Nachweise	440
Sachverzeichnis	443

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.¹

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.² 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.³

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

¹ 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.

² Dazu unten Kap. 3.

³ *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 Naturwissenschaften⁴, später auch für den der Sozialwissenschaften⁵ 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,⁶ zum andern die Logik und die Erfahrung, als kritische Instanzen, vor denen die versuchsweise Problemantwort sich bewähren muß.⁷

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

⁴ K. R. Popper, *Logik der Forschung*, 7. Aufl. 1982.

⁵ 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“.

⁶ 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).

⁷ 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“. ⁸ 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. ⁹

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“. ¹⁰

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. ¹¹ Als

⁸ 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.

⁹ Zu solcher Entstehung von Verfassungsstrukturen unten Kap. 3.

¹⁰ O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, S. 17.

¹¹ 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.