

## 7. Kleine Bitte um ein wenig Positivismus

### Thesen zur neueren Methodendiskussion

Meine These zur Aufgabe der Rechtserkenntnis ist ebenso selbstverständlich-banal wie unzeitgemäß-unbequem. Aufgabe jeder Erkenntnis, also auch der Rechtserkenntnis, ist es, die Wahrheit über den Gegenstand, der erkannt werden soll, zu erforschen. Diese geradezu altfränkisch-biedere Formulierung kann sich hierzulande, noch dazu wenn es sich um die Erkenntnis des positiven Rechts handelt, der allgemeinen Ablehnung ziemlich gewiß sein.

Ist denn nicht die Frage nach der Wahrheit sogar für die sogenannten exakten Wissenschaften, die Naturwissenschaften, überholt? Und nun gar für die Gesellschaftswissenschaften, zu denen auch die Rechtswissenschaft zählt? Liegt hier nicht ein Rückfall in naiven, platten Positivismus vor? Sieht fortgeschrittene Rechtswissenschaft ihre Aufgabe nicht vielmehr in der Herstellung eines allgemeinen Konsensus aufgrund rationalen Diskurses nach Erörterung aller problembezogenen Topoi?<sup>1</sup>

Sucht sie nicht, nachdem der Blick gehörig „hin und her gewandert“ ist zwischen Lebenssachverhalt und positiver Norm, nach „verständigem Razonieren“ zu einem „befriedenden und befriedigenden Ergebnis“ zu kommen?<sup>2</sup>

1 Zur Methode der Topik als einer Techne des Problemdenkens vgl. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., 1974; ebenda, S. 121 ff. eine Zusammenstellung der wichtigsten Literatur zur Topik. Zur Diskussion als „einzige Kontrollinstanz“ und als „mittelbares Erkenntnisverfahren, bei dem es allerdings sehr darauf ankommt, mit wem man es betreibt“, weshalb „auch der Bezug auf das Wissen der ‚Besten und Angesehensten‘“ sinnvoll sei, vgl. Viehweg, a.a.O., S. 43 – Speziell zur Interpretation verfassungsrechtlicher Normen s. H. Ehmke, „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“, in: VVdStRL, 20, S. 53 ff.

2 Vgl. zum Bild des „Hin- und Herwanderns“, K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1969, S. 15; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967, S. 197 ff.

Kommt es nicht vielmehr darauf an, die letztlich unlösbare Frage nach Wahrheit und richtiger Methode beiseite zu schieben und – mündiger Rechtsinterpret, der man ist – mit Hilfe der „Herstellung praktischer Konkordanz“<sup>3</sup> die Rechtsnormen elegant den herrschenden gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen? Eine Anpassung, die übrigens nicht gleichzusetzen wäre mit Absicherung und Konservierung der je bestehenden konkreten gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse; die Anschmiegung des positiven Rechts an aktuelle Machtkonstellationen durch einige Interpreten kann sich durchaus die Aura der Zukunftsorientierung geben und die Funktionalisierung des positiven Rechts als Mittel zum Zweck der Durchsetzung liberaler<sup>4</sup> und sozialstaatlicher Prinzipien betreiben sowie die Herstellung von „Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft“<sup>5</sup> fördern. Denn, ist nicht „wesentlich, die allseits befürwortete Einbeziehung der Wirklichkeit in den Interpretationsvorgang“ (Häberle)? Ist diese Einbeziehung, mit welcher Intention auch immer sie erfolgen mag, nicht der gemeinsame Nenner aller gegenwärtig vertretenen Methodenlehren? Und wenn sich hinter der Forderung nach wahrer Erforschung des Gegenstandes „positives Recht“ nicht ein naiver Positivismus<sup>6</sup> verstecken sollte, dann vielleicht aber ein objektiver Idealismus, der Normen materieller sozialer Gerechtigkeit<sup>7</sup> erkennen will?

3 K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8. Aufl., 1975, S. 28 ff.

4 Vgl. z. B. W. Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968; ders., „Realistische Jurisprudenz“, in: G. Jahr/W. Maihofer (Hrsg.), *Beiträge zur Grundlagendiskussion*, 1971, S. 427 ff.

5 So der Titel des Rechtspolitischen Kongresses der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 in Braunschweig; im Grundsatzreferat des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts, W. Zeidler, heißt es, entschieden sei der These zu widersprechen, der Richter habe den rechtlichen Status quo zu respektieren; vgl. K. Duden/H. R. Külz/Th. Ramm/R. Scharnberg/W. Zeidler (Hrsg.), *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, 1972, S. 12, 13. Auf diesem Kongreß konnte auch der Carl-Schmitt-Schüler, E.-W. Böckenförde, über „Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung“ referieren.

6 Im Sinne der sich selbst als wertfrei verstehenden Begriffsjurisprudenz; vgl. zur Kritik daran: P. v. Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1974.

7 Ein knapper, systematisierter Überblick über die Naturrechtslehre, E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, 2. Aufl., 1959.

Es gibt bekanntlich eine Theorie, in der meiner These von der Aufgabe wissenschaftlicher Erkenntnis zentrale Bedeutung zukommt: die marxistische Theorie.<sup>8</sup> Zwar bezieht sich deren These von der Möglichkeit der Erkenntnis der objektiven Wahrheit zunächst auf die Erkenntnis der materiellen Außenwelt. Aber Wahrheit ist ein Bestimmungselement jeder Wissenschaft,<sup>9</sup> deshalb kann die Rechtswissenschaft, soll sie überhaupt Wissenschaft sein, die Wahrheitsfrage nicht beiseite schieben.

Und so zeigt sich bereits an dieser Stelle, daß die scheinbare Altmodischkeit meiner These von der Aufgabe der Rechtswissenschaft wohl wurzeltief zusammenhängt mit der in weiten Bereichen der hierzulande betriebenen Wissenschaft, insbesondere der Gesellschaftswissenschaften, vorhandenen Unzeitgemäßheit einer Berufung auf marxistische Theorie. Und gar auf solche, die sich nicht „kritisch“ gebärdet, und der man deshalb das Etikett „orthodox“ glaubt ankleben zu können.

Wenn ich also hiermit für die Wissenschaftlichkeit Partei ergreife, so ist damit zugleich eine Parteinahme für diejenigen Gruppen, Schichten und Klassen der Gesellschaft verbunden, denen die Aufdeckung der objektiven Gesetze, die die Entwicklung einer Gesellschaftsformation bestimmen, nützt. Es ist also zugleich Partei ergriffen worden für diejenigen Gruppen und Klassen, die die Erkenntnis des Zusammenhangs, der zwischen der Entwicklung der Produktivkräfte und den gesellschaftlichen Formen der Arbeit, zwischen den Produktionsverhältnissen und den politischen und rechtlichen Institutionen besteht, für ihre eigene Emanzipation brauchen, um diese Verhältnisse ändern und aufheben zu können und sich selbst zum Subjekt der eigenen Geschichte zu erheben. Sofern es sich um die Erkenntnis der Gesetzmäßigkeiten handelt, die zwischen der Produktionsweise einer Gesellschaft und ihrem rechtlich-politischen Überbau besteht, wird sich – jedenfalls unter Marxisten – eine Einigkeit darüber herstellen lassen, daß der Standpunkt der Wissenschaft und der des Proletariats sich nicht nur nicht ausschließen, sondern gegenseitig bedingen, weil mit der kapitalistischen Produktions-

8 Vgl. H. J. Sandkühler, *Marxistische Erkenntnistheorie. Texte zu ihrem Forschungsstand in den sozialistischen Ländern*, 1973, sowie die Auswahlbibliothek ebd. S. 274 ff.; Autorenkollektiv, *Dialektischer und historischer Materialismus. Lehrbuch für das marxistisch-leninistische Grundlagenstudium*, 1974, insbes. S. 283 ff.

9 Vgl. Autorenkollektiv, *Die Wissenschaft von der Wissenschaft. Philosophische Probleme der Wissenschaftstheorie*, 1968, S. 294.

weise auch die Schranken gegenüber Erkenntnissen produziert werden, die eine Aufhebung der kapitalistischen Produktions- und Aneignungsweise notwendig erscheinen lassen. Eine Aufhebung dieser Erkenntnisschranken ist nur vom Standpunkt derjenigen Klasse aus möglich, die auch an der Aufhebung der kapitalistischen Aneignungsformen ein Interesse haben muß.<sup>10</sup>

Inwiefern kann jedoch gleiches für die Erkenntnis des jeweilig geltenden und wirksam positiven Rechts angenommen werden?

Unter positivem Recht soll verstanden werden die im großen und ganzen wirksamen, von einer zentralisierten Zwangsgewalt erlassenen, sanktionsbewehrten Normen des Inhalts, daß etwas zum Zwecke der Sicherung bestehender materieller, insbesondere Eigentumsverhältnisse sein oder geschehen soll.<sup>11</sup>

Typische, wenn auch nicht alleinige, Erscheinungsform des positiven Rechts ist das Gesetz.

Die richtige, die wahre Beschreibung der Rechtsnorm im Rechtssatz – diese Unterscheidung von Rechtsnorm und Rechtssatz<sup>12</sup> im Sinne Kelsens scheint mir nützlich – erfolgt aufgrund eines spezifischen Interesses, dessen Berechtigung zunehmend in Frage gestellt wird. Dieses Interesse richtet sich nicht, um dies Mißverständnis von vornherein auszuschließen, auf die Affirmation des jeweiligen Inhalts des positiven Rechts. Die richtige Widerspiegelung der Rechtsnorm im Rechtssatz kann gerade Anlaß zur radikalsten Kritik an der Norm sein und kann den Boden bereiten für die Organisation des Kampfes um deren Aufhebung. Das Interesse ist also nicht auf eine inhaltlich bestimmte Rechtsordnung bezogen, sondern auf die Positivität von Rechtsordnungen überhaupt. Dieses praktische Interesse leitet das Erkenntnisinteresse an der richtigen Erfassung positiven Rechts.

Kann aber, um auf die Ausgangsfrage zurückzuführen, die Arbeiterklasse ein Interesse an der Positivität des Rechts haben? Diese Frage ist zugleich die Frage nach dem Verhältnis der Arbeiterklasse zur Staats-

10 Vgl. Autorenkollektiv, *Die Wissenschaft von der Wissenschaft*, S. 295 ff.

11 Zum Begriff des Rechts aus nichtmarxistischer Sicht vgl. den Sammelband: E. Maihofer (Hrsg.), *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973, aus marxistischer Sicht: Autorenkollektiv, *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, Bd. 1. *Grundlegende Institute und Begriffe*, 1974, insbes. S. 252 ff.

12 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 73 ff.

macht, denn die Positivität des Rechts wird aus zwei Quellen gespeist: der Wirksamkeit, die nicht nur, aber sehr wesentlich, die Wirksamkeit des staatlichen Sanktionsvollzugs bei Zuwiderhandlung gegen die Norm ist, und der Geltung, die zurückzuführen ist auf die Normsetzungskompetenz des obersten durch die Verfassung zur Normsetzung ermächtigten staatlichen (Gesetzgebungs-)Organs.

Für den Fall, daß die Arbeiterklasse selbst im Besitz der Staatsmacht sein sollte, ist es selbstverständlich in ihrem Interesse, die Positivität der Rechtsnorm zu bewahren und ihrem eigenen, im Gesetz konzentrierten politischen Willen Geltung und Wirksamkeit gegenüber den Gegnern dieses Rechts zu verschaffen. Die Unterscheidung von Recht und Politik ist außerdem, wie die Geschichte des Stalinismus gelehrt hat, notwendig, um mögliche Verletzungen der Gesetzlichkeit zu verhindern, die von denjenigen, die über den staatlichen Zwangsapparat verfügen, ausgehen.

Für den Fall, daß von den aggressivsten imperialistischen Kräften eine unmittelbare und terroristische Diktatur errichtet wird, ist es andererseits selbstverständlich, daß kein Interesse an der Feststellung und Erhaltung der Positivität der von der Staatsgewalt ausgehenden Normativakte besteht. Wenn der Kampf um die Änderung der Rechtsordnung nur außerhalb der Rechtsordnung geführt werden kann, besteht auch kein eigenständiges Interesse, das sich in einer eigenen Disziplin, der Rechtswissenschaft, organisiert, an der Interpretation dieses Rechts. Es gibt Rechtsordnungen, die man nicht daraufhin befragen kann, was in ihnen von Rechts wegen geschehen soll, denen gegenüber vielmehr nur noch die radikale Negation zulässig ist. Die Nürnberger Gesetze interpretiert man nicht mehr, sondern bekämpft sie.

Umstritten kann eigentlich nur das Verhältnis von Wissenschaftlichkeit und Parteinahme bei der Erkenntnis des Rechts bürgerlich-demokratisch verfaßter Staaten sein. Auch von linker Seite wird bekanntlich die Auffassung vertreten, die Frage nach dem, was nach dem Willen des Gesetzgebers sein solle, sei von untergeordneter Bedeutung, es gelte statt dessen, die Wirklichkeit auf ihren Begriff zu bringen.<sup>13</sup> Sozialwis-

13 Vgl. Geulen, Kritisches Nachwort, in: G. Stuby, *Disziplinierung der Wissenschaft. Zur Rechtmäßigkeit studentischer Kampfmaßnahmen*, 1970, S. 192 ff., insbes. S. 203. Zur

senschaftliche Ausbildung der Juristen, Förderung der Rechtssoziologie etc. sind die praktischen Folgerungen, die aus dieser Erkenntnishaltung erwachsen. Ohne den Wert soziologischer und politikwissenschaftlicher Ausbildung irgend bezweifeln zu wollen, muß m. E. doch festgehalten werden, daß die Ausbildung der Juristen zunächst und in erster Linie eine rechtswissenschaftliche zu sein hat. Gerade daran mangelt es, weil auch die sogenannte herrschende bürgerliche Lehre gänzlich das Interesse daran verloren hat, das Recht zu erkennen – und dies im säkularen und weltweiten Maße, worüber der Überblick bei Tumanow<sup>14</sup> belehren kann. Und dringend erforderlich wäre eine rechtswissenschaftliche Grundausbildung der Sozialwissenschaftler, die sie befähigte, Recht und Politik innerstaatlich und im Verhältnis der Staaten und Völker zueinander zu unterscheiden, was die Voraussetzung dafür ist, Recht und Politik in ihrer Vermittlung zu erkennen und damit auch den Wert der relativen Eigenständigkeit des Rechts.

Ich habe Wolfgang Abendroth so verstanden, daß er – ohne die Form der Trennung von Sein und Sollen, Rechtswissenschaft und politische Wissenschaft, wie sie exemplarisch von der *Reinen Rechtslehre* vorgenommen wurde, von seinem Standpunkt des historischen und dialektischen Materialismus aus akzeptieren zu können – doch für reinliche Trennung der Methoden der Rechtswissenschaft und der Politikwissenschaft eingetreten ist und von der Eigenständigkeit des positiven Rechts und der Methode seiner Erforschung sowohl unter wissenschaftlichen als auch unter praktisch-politischen Gesichtspunkten ausging.<sup>15</sup>

Kritik an diesen Positionen: P. Römer, *Rechtliche Grundlagen der Politik*, in: *Demokratie und Recht*, 1973, S. 232 ff.

14 W. A. Tumanow, *Kritik der bürgerlichen Rechtsideologie*, 1975.

15 W. Abendroth, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie. Aufsätze zur politischen Soziologie*, 1967; insbes. „Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland“, a.a.O., S. 109 ff, S. 137: „Zu diesen Problemen der politischen Philosophie kritisch Stellung zu nehmen und deren jeweiligen Zusammenhang mit den realen sozialen und politischen Kräften zu untersuchen, ist im Bereich der Wissenschaft Aufgabe der Wissenschaft von der Politik und nicht Aufgabe der Wissenschaft vom Verfassungsrecht“.

Der Grund dafür ist von ihm oft benannt und vor allem am Beispiel der Grundgesetzinterpretation näher ausgeführt worden.<sup>16</sup> Bürgerliche Verfassungen haben Kompromißcharakter, weil sie immer auch Elemente des humanistischen Erbes bewahren müssen, weil sie den Kernbestand der klassischen Freiheitsrechte nicht ganz beiseite schieben können, weil sie die von der Arbeiterklasse erkämpften Rechte – in welcher abgeschwächter Form auch immer – nicht ganz negieren können, wie z. B. das Koalitionsrecht. Gegen die angesichts der Krise des Kapitalismus immer gegebene Gefahr der unmittelbar-terroristischen Unterdrückung der Arbeiterklasse sind die bürgerlich-demokratischen Verfassungen eine Verteidigungsposition, die es zu behaupten gilt gegen jene, die durch den Abbau der Normativität dieser Verfassungen auch auf juristischem Feld den Boden für den Faschismus bereiten. Der demokratische Anspruch der bürgerlichen Verfassungen, also ihr Anspruch, die Herrschaft des Volkes zu gewährleisten und dafür Organisationsformen bereitzustellen, ist der zweite Grund, weshalb die Geltungskraft dieser Rechtsordnungen gewahrt zu werden verdient. Daß das parlamentarische Regierungssystem allein noch nicht die Demokratie realisiert, braucht nicht weiter thematisiert zu werden. Dennoch bleibt das parlamentarische Gesetz die Form staatlichen Handelns, die unter dem Gesichtspunkt des Demokratiegebotes zu verteidigen ist: gegen die Normativakte, die von Regierungs- und Verwaltungsbehörden, von der Justiz und vom Kapital selbst (z. B. in der Form allgemeiner Geschäftsbedingungen) erlassen werden; und erst recht ist es zu verteidigen gegen alle Formen nicht gesetzlich vermittelter Machtausübung, der unvermittelten Herstellung des Freund-Feind-Verhältnisses.

Um Mißverständnisse auszuschließen, sei nur kurz angemerkt, daß die Rechtswissenschaft, die sich bemüht, das positive Recht zu erkennen, nur ein – und ganz gewiß nicht das wichtigste – Mittel ist, mit dessen Hilfe innerhalb der Klassenauseinandersetzung demokratische Rechte und durch sie gewährleistete politische Entfaltungsmöglichkeiten erhalten werden.

16 S. auch die Aufsatzsammlung, W. Abendroth, *Arbeiterklasse, Staat und Verfassung. Materialien zur Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie der Bundesrepublik*, hrsg. und eingel. von J. Perels, 1975.

Das Interesse an der Geltungskraft des Rechts und insbesondere des Verfassungsrechts<sup>17</sup> vermindert sich bei einzelnen Klassen, Schichten, Gruppen der Gesellschaft in dem Maße, in dem die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts – insbesondere durch Verfassungsänderungen, aber auch durch die Masse des sonstigen positiven Rechts – ihren wirtschaftlichen, kulturellen, sozialen, politischen und sonstigen Interessen entgegengesetzt ist. Es muß sich vermindern in dem Maße, wie die Möglichkeit, die eigenen Interessen durchzusetzen – wozu es regelmäßig der Inanspruchnahme des staatlichen Apparates, dessen Handeln durch das Recht gesteuert wird, bedarf –, immer unwahrscheinlicher wird.

Dann besteht die Gefahr, daß eine allgemeine Rechtsfeindschaft oder ein Rechtsnihilismus entsteht, der das Recht vernichten oder ignorieren will und dem das Unterfangen, das positive Recht zu erkennen, im besten Fall als müßig, im Regelfall als gefährlich erscheint. Damit verzichtet man auf die noch vorhandenen günstigen Rechtspositionen und nährt zugleich die Illusion, stark genug zu sein, ohne die Inanspruchnahme des staatlichen Rechtsapparats, den zu bedienen man zu schwach ist, Erfolg haben zu können. Die gewalttätige generelle Rechtsfeindschaft hat sich in der BRD augenscheinlich ad absurdum geführt. Die offen rechtsnihilistischen Tendenzen sind zurückgedrängt worden, als der Wert der „Verteidigung von Verfassungspositionen“, auf die Jürgen Seifert<sup>18</sup> ganz im Sinne Wolfgang Abendroths stets hingewiesen hatte, im Zusammenhang mit dem Kampf gegen die Berufsverbote und gegen die Kompetenzüberschreitungen des Bundesverfassungsgerichts deutlicher wurde.

Statt dessen entwickelte sich ein verschleierter Rechtsnihilismus, der, das Interesse an der Erkenntnis des positiven Rechts negierend, das Recht im Wege seiner „Interpretation“ vom Standpunkt der Arbeiterklasse aus gestalten will. Es ist offensichtlich, daß man mit dieser

17 Vgl. dazu P. Römer, Verfassungssubstanz und demokratischer Prozeß, in: *Demokratie und Recht*, 1976, S. 346 ff. in Auseinandersetzung mit W. Borchers/H. Geil/F. Hase/K. H. Ladeur/H.-A. Lennartz/M. Ruete, „Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung? – Zu G. Stubys Interpretation der ‚freiheitlichen demokratischen Grundordnung‘“, in: *Demokratie und Recht*, 1976, S. 153 ff.

18 J. Seifert, *Kampf um Verfassungspositionen, Materialien über Grenzen und Möglichkeiten von Rechtspolitik*, 1974.

Vermengung von Recht und Politik die Waffe, mit deren Hilfe man die Hereinnahme der Wirklichkeit in das Recht und seinen Einsatz als Integrationsmittel bei der Formierung der Gesellschaft zwecks Aufrechterhaltung der bestehenden Produktionsweise verhindern will, selbst stumpf macht: die Geltungskraft des Rechts.

Die Parteinahme für die Interessen der lohnabhängig Arbeitenden hat eine auf die wissenschaftliche Erkenntnis des positiven Rechts gerichtete Methode zwar mit der u. a. von Däubler aus der italienischen Rechtslehre übernommenen „alternativen Rechtsauslegung“ gemeinsam. Aber die Theorie der alternativen Rechtsauslegung leugnet für das Gebiet der Rechtserkenntnis den vom Marxismus formulierten Zusammenhang zwischen Wissenschaftlichkeit und Parteilichkeit. Sie fordert vielmehr die bewußte, parteiliche Anwendung des Instrumentariums der herrschenden Lehre. Ihr erscheint sogar die Irrationalität, Unwissenschaftlichkeit und Willkürlichkeit der herrschenden Methodenlehre als ein Vorteil. So sagt Däubler:

Notwendig ist daher eine „alternative, andere Auslegungsergebnisse als die herrschende Meinung herbeiführende Dogmatik. Konkret bedeutet dies, daß die wünschbaren, den Interessen der Lohnabhängigen entsprechenden Rechtsinhalte im Wege gängiger dogmatischer Argumentation begründet werden ... Dabei erweist sich die Tatsache als besonders nützlich, daß die in der aktuellen juristischen Diskussion zugelassenen Topoi sehr fungibel sind, platter ausgedrückt, daß man lege artis außerordentlich vielfältige Ergebnisse begründen kann“.<sup>19</sup>

Ich meine dagegen, daß, wer glaubt, über dem Sumpf der herrschenden Methodenlehre das Irrlicht sein zu können, das die Herrschenden in die Irre führt, sehr schnell vom Wind dieser Lehre und Rechtsprechung ausgeblasen werden wird und diejenigen, denen er Orientierungshilfe bieten wollte, ratlos auf unsicherem Grund zurückläßt.

Oder anders ausgedrückt: Der Verzicht auf eine grundsätzliche radikale Kritik der herrschenden Methodenlehre ist nicht nur ein Verzicht auf Wissenschaftlichkeit, sondern zahlt sich auch rechtspolitisch nicht aus. Die herrschende Lehre ist die herrschende, weil sie der zutreffende Ausdruck für die Interessen der Herrschenden ist. Die lohnabhängig

19 W. Däubler, *Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht. Zum Selbstverständnis der Arbeitsrechtswissenschaft*, 1974, S. 51, 52.

Arbeitenden müssen ihr gegenüber ebenso wie auf anderen Gebieten die eigenen Waffen benützen: die wissenschaftliche Analyse von Gesellschaft, Staat und Recht. Wenn es nicht gelingt, die Interessen der lohnabhängig Arbeitenden im Gesetz selbst festzuschreiben, ist es dann nicht illusionär zu glauben, sie im Wege alternativer Interpretation durchsetzen zu können, obwohl doch der Einfluß der lohnabhängig Arbeitenden auf Justiz und Verwaltung viel geringer ist als auf das Parlament?

Bisher habe ich anzudeuten versucht, weshalb die Arbeiterklasse in bürgerlich-demokratisch verfaßten Staaten ein Interesse an der wissenschaftlichen Beschreibung des geltenden Rechts hat und damit ein Interesse an der institutionalisierten Trennung von Rechtserkenntnis und Rechtsgestaltung.

Von der herrschenden Lehre wird das Problem in einem anderen Bezugsrahmen diskutiert. Ihre neutral-wissenschaftlich vorgetragene These ist, daß eine wissenschaftliche Erkenntnis der Rechtsnormen im Sinne der Formulierung von wahren Rechtssätzen nicht möglich ist.

Es kann nun in der Tat nicht darum gehen, die Erkenntnisse eines Kelsen<sup>20</sup> oder Esser<sup>21</sup> zurückzunehmen und zu leugnen, daß Rechtsanwendung nicht in der Subsumtion eines Tatbestands unter eine diesen Tatbestand eindeutig erfassende Norm bestehen kann. Hinter die Erkenntnis Kelsens etwa, daß Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung nicht radikal voneinander zu trennen sind und daß jede Rechtsanweisung zugleich ein Moment der Rechtsschöpfung enthält, läßt sich nicht zurückgehen. Ebensowenig hinter die, daß jede Norm ein Rahmen ist, innerhalb dessen es mehrere Konkretisierungsmöglichkeiten geben kann.

20 Zur Interpretation als Erkenntnis- oder Willensakt, vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 350 ff. Zu dieser gegenüber der herrschenden bürgerlichen Lehre ideologiekritischen Funktionen der reinen Rechtslehre Hans Kelsens, vgl. P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, in Band 5 der vorliegenden Beiträge; dieser Gesichtspunkt wird von H. Klenner, *Rechtslehre – Verurteilung der reinen Rechtslehre*, 1972, unberücksichtigt gelassen. Zur Kritik an Klenner vgl. H. Ridder, Negativkompetenzen? Polemisches zum selektiven Anti-Positivismus, in: J. J. Hagen/ P. Römer/W. Seiffert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung*, Festschrift für Eduard Rabofsky, 1976, S. 45 ff.

21 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 1970.

Meine These von der Aufgabe rechtswissenschaftlicher Erkenntnis, das Erkenntnisobjekt richtig widerzuspiegeln, zielt selbstverständlich nicht auf die Leugnung solcher Feststellungen. Was aber die heutige herrschende Interpretationslehre kennzeichnet, ist nicht diese – notwendige – Reflexion auf die Grenzen möglicher Rechtserkenntnis, sondern ein haltloser Methodensynkretismus, für den die Norm schon nicht mehr lediglich Rahmen ist, sondern nur noch der berühmte juristische Zwirnsfaden, über den man nicht stolpert, wenn man dazu schreitet, die jeweilige Rechts- und Verfassungswirklichkeit in den Rang von Rechtsquellen zu erheben.

Die Analyse der methodologischen Probleme, insbesondere die Analyse der Interpretationspraxis der Gerichte, ist nicht Anlaß gewesen, nach mehr Wissenschaftlichkeit zu streben, sondern nach dem Motto: Ist der Ruf der Rechtswissenschaft eh ruiniert, lebt sich's völlig ungeeignet, nun auch das simpelste juristische Handwerkszeug für entbehrlich zu halten.<sup>22</sup> Unbefangen läßt man auch ausdrücklich für unabänderbar erklärte Normen des Grundgesetzes sich „systemimmanent verändern“,<sup>23</sup> und Zippelius meint: „Die Funktionsgebundenheit der Auslegungsargumente zeigt sich besonders deutlich dann, wenn sie einander widerstreiten: Dann pflegt man, und zwar legitimerweise, auf jene Auslegungsargumente abzustellen, die zum befriedigenden Ergebnis führen, d. h. zu dem Ergebnis, das dem herrschenden Rechtsgefühl am nächsten kommt“.<sup>24</sup>

Bemerkenswerterweise ist es gerade Esser selbst, der neuerdings der weitverbreiteten Vorstellung entgegengetreten ist, seine Abhandlung über Vorverständnis und Methodenwahl sei gar keine analysierende Darstellung mehr, sondern eine Methodenlehre, die den Juristen anhalte, Methoden nach seinem Vorverständnis auszuwählen.<sup>25</sup>

22 Vgl. dazu neuestens J. Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, in: JZ 1975, S. 555 ff.

23 Vgl. BVerfG 30, S. 1 ff.; insbes. S. 25, kritisch dazu: P. Häberle, Die Abhör-entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970, in: JZ 1971, S. 145 ff.

24 R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 1971, S. 65. Vgl. auch R. Zippelius, Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung, in: JZ 1976, S. 150 ff.

25 J. Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, in: JZ 1975, S. 555 ff.; kritisch dazu: G. Roellecke, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVdStRL. 34, S. 8 ff., insbes. S. 12, Anm. 23.

Aus der wissenschaftlichen und methodologischen Not macht die herrschende Lehre vor allem in Gestalt der Topik und der Hermeneutik<sup>26</sup> sogar noch eine Tugend, indem als Überwindung des Gesetzespositivismus gefeiert wird, was in Wirklichkeit die Eliminierung rationaler und demokratischer Gesetzgebung ist. Die Subjektrolle der Rechtswissenschaft, mit der sich unvermeidlich auch eine politische Wertung verbindet, erschwert sicherlich die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts. Aber was Abendroth von der politischen Wissenschaft sagt, gilt im vollen Umfang auch für die Rechtswissenschaft: „So sehr sie – wie jede Wissenschaft – volle Objektivität erstreben muß, so wenig kann sie sie in dieser Situation jemals besitzen. Sie muß vielmehr, will sie diese Objektivität erstreben, diese ihre unaufhebbare Subjektrolle kennen und anerkennen“.<sup>27</sup>

Die Frage ist natürlich, welche Auslegungsmethode denn am ehesten der hier gestellten Anforderung nach Wissenschaftlichkeit zu genügen vermag.

Lassen Sie mich bitte ganz kurz, um die Diskussion vorzubereiten, anmerken, daß diese Methode zunächst einmal keine sogenannte objektive Auslegungsmethode, sondern nur eine subjektive sein kann. Denn alle objektiven Methoden basieren, wenn auch in je verschiedenem Grade, auf der Behauptung, daß das Gesetz klüger sei als der Gesetzgeber; hinter dieser gänzlich mystischen Aussage verbirgt sich in Wirklichkeit der Anspruch, daß der Rechtsinterpret – der das, was er für Klugheit hält, in das Gesetz hineinliest, um es dann wieder herauslesen zu können – klüger sei als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber. Aus dem materialistischen Ansatz, den ich für richtig halte, folgt weiterhin, daß die subjektive Auslegung sich nicht allein orientieren kann an dem, was die am Gesetzgebungsprozeß Beteiligten gedacht und gewollt haben, so daß an Stelle der Interpretation der Norm das Interview von Verfassungsvätern zu treten hätte. Vielmehr kommt es darauf an, die am Gesetzgebungsprozeß Beteiligten als Repräsentanten von gesellschaftlichen Gruppen und Klassen zu erkennen, die um die Durchsetzung ihrer Interessen miteinander kämpfen; und die Norm als Produkt

26 Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen: A. Kaufmann, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, in: JZ 1975, S. 337 ff.

27 W. Abendroth, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, S. 11 ff.

dieser politisch-sozialen Auseinandersetzung. Es ist also, um Abendroth, auf den ich mich hier beziehe, auch unmittelbar zu zitieren, das Bonner Grundgesetz nur dann in seinem rechtlichen Gehalt zu verstehen und seine politisch-soziale Funktion für das Regierungssystem der Bundesrepublik nur dann zutreffend zu bestimmen, „wenn die politische Willensbildung, die es enthält, historisch analysiert wird“.<sup>28</sup>

28 W. Abendroth, *Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme*, 3. Aufl., 1972, S. 15, 16.