

GEDANKEN ZU EINER ONTOLOGISCHEN GRUNDLEGUNG DER JURISTISCHEN HERMENEUTIK

ARTHUR KAUFMANN
Alemania Federal

I

In seiner “Methodenlehre” charakterisiert Karl Larenz die Vorstellungen die einhundert Jahren herrschend waren und es teilweise immer noch sind, mit folgenden Worten: “Es sind das die Vorstellung von der Möglichkeit, alle Rechtserscheinungen in Begriffe fassen zu können, unter die man subsumieren kann, die Vorstellung eines mehr oder minder geschlossenen Begriffssystems, das es ermögliche, auch neu auftauchende Rechtsfragen im Wege logischer Gedankenoperationen zu beantworten, und die Vorstellung, wissenschaftliches Denken könne auch im Bereich der Jurisprudenz nichts anderes sein als wertneutrale Objekt-Erkenntnis, also der scientistische Wissenschaftsbegriff”.¹ Nach dieser Auffassung erschöpft sich die Rechtsfindung in einer blossen Gesetzesanwendung, einem streng logisch vonstatten gehenden Schluß vom Ober— auf den Untersatz, der sogenannten Subsumtion; der Rechtsanwendende als Subjekt bleibt dabei ganz aus dem Spiel, er ordnet lediglich zwei objektive Größen Gesetz und Fall, einander zu, die ihrerseits durch diesen Akt keinerlei Veränderung erfahren. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, das Recht stecke — von einigen Ausnahmefällen vielleicht abgesehen — fertig in dem nicht ergänzungs—, sondern allenfalls auslegungsbedürftigen Gesetz, aus dem es mittels eines rein deduktiven Verfahrens und ohne Beimischung subjektiver Momente herausgelöst werden könnte. Und mit diesem objektivistischen Rechtsverständnis glaubt man auch am besten dem Wesen der richterlichen Unabhängigkeit gerecht zu werden: daß der Richter ganz hinter das Gesetz zurücktrete und nur es selbstsprechen lasse, ohne ihn etwas hinzuzufügen und ohne es nach irgendeiner Richtung zu verändern.

¹ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 1979, S. 205.

Sein Vorbild hat dieser rechtswissenschaftliche Objektivismus in den Naturwissenschaften, deren Ideal es ist, daß sich das erkennende Subjekt unter völliger Auslöschung des Ich ganz dem Gegenstand hingibt. Bekanntlich aber kann diese Forderung nach strenger Trennung von Subjekt und Objekt der Forschung heute selbst in den Naturwissenschaften nicht mehr bruchlos durchgehalten werden; man denke beispielsweise an das Elektron, das je nach der Art des forschenden Zugriffs bald als *Corpusculum*, bald als Welle erscheint. Läßt sich aber schon in den "erklärenden" Wissenschaften das Subjekt nicht völlig ausschalten, dann wird das in den "verstehenden" Wissenschaften, die es nicht mit substantiellen Gegenständen nach Art der Naturdinge zu tun haben, noch viel weniger möglich sein. Bei der Rechtswissenschaft ist dies auch, sieht man unbefangen zu, offenkundig. Das Dogma des genuinen Rechtspositivismus von der Lückenlosigkeit der gesetzten Rechtsordnung und das darauf beruhende Rechtsschöpfungsverbot für den Richter sind längst als unhaltbar erkannt. Die postulierte Geschlossenheit der Rechtsordnung existiert nicht, und daher steht der Richter immer wieder vor der Notwendigkeit, Gesetzeslücken durch einen rechtsschöpferischen Akt zu schließen. Nun könnte man eine solche Lückenausfüllung noch zur Not als einen atypischen Ausnahmefall richterlichen Handelns erklären. Indessen ist auch im Regel- und Normalfall der sogenannten Gesetzesanwendung die Rolle des Richters keineswegs eine bloß reproduktive, vielmehr muß er auch hier unvermeidlich gestaltend wirken, da doch der juristische Syllogismus immer erst dann statthaben kann, wenn zuvor das Gesetz durch Auslegung anwendungsfähig und der Fall durch Konstruktion subsumtionsfähig gemacht, mithin inhaltlich umgebildet sind (es versteht sich, daß in den Routinefällen dieses schöpferische Moment des methodischen Prozesses meist nicht bewußt wird, gleichwohl ist es auch hier vorhanden).

Das alles weiß man seit geraumer Zeit, nachdem schon zu Beginn unseres Jahrhunderts Interessenjurisprudenz, Freirechtslehre und soziologische Rechtswissenschaft die Aufmerksamkeit auf diese Bewandnisse gelenkt haben.² Wenn sich trotzdem auch heute noch viele, ja die meisten Juristen gegen diese Einsichten abblocken, dann hat das seinen Grund sicher nicht einfach in deren berufsspezifischen Konservatismus. Es entspricht dem Selbstverständnis des Juristen, zumal des Richters, daß er sein Maß nicht zum Maß für andere macht,

² Vgl. die Darstellung bei *Larenz* (Fn. 1), S. 53 ff., 64 ff., 69 ff. Siehe auch *Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, S. 251 ff., und *Marx*, in: *Kaufmann-Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 3. Aufl. 1981, S. 97 ff.

daß er also “objektiv” urteilt. In diesem Sinne sagt Helmut Coing daß “die ‘Textverdrehung’, die Auslegung nach subjektiven parteizwecken, geradezu als einer der schwerwiegendsten Verstöße gegen die Berufsethik des Juristen” anzusehen ist.³ Diesen “Rechtsverdrehen” hat auch Goethe vor Augen, wenn er spottet: “Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihrs nicht aus, so legt was unter”.⁴ So ist es durchaus verständlich, daß man in der Rechtswissenschaft die subjektfreie Erkenntnis noch immer als ein Ideal verteidigt, das zwar nicht rein verwirklicht werden könne, an dem es aber soweit irgend möglich festzuhalten gelte.

II

Doch auch dies ist eine Illusion, die bei näherem Zusehen zerrinnen muß. Theodor Adorno hat dargetan, daß die Subjekt-Objekt-Spaltung zwangsläufig zu einer Entmächtigung des Subjekts führt und daß Subjektivität, die sich verleugnet, in einen ideologischen Objektivismus umschlägt.⁵ Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Feststellung für alle Wissenschaften gleichermaßen gültig ist. Für die Rechtswissenschaft jedenfalls trifft sie zu. Wenn es richtig ist – und in Fachkreisen wird es kaum noch bezweifelt daß Rechtsfindung immer und notwendig auch ein schöpferischer Akt des Rechtsfindenden ist, daß dieser also etwas von seiner Persönlichkeit in den Rechtsfindungsprozeß einbringt, dann kann es nicht Ideal sein, diese gestaltenden Momente in den Hintergrund zu drängen oder gar zu verschleiern, sondern es muß darum gehen, sie in die Reflexion und den methodischen Begründungszusammenhang einzubeziehen. Wer das Recht sucht, sagt Karl Engisch, “kann und darf sein Ich nicht ganz auslöschen, er muß es vielmehr bewahren und einsetzen”.⁶ Der Objektivismus degradiert den Richter zum Subsumtionsautomaten Montesquieuscher Provenienz. Was wir brauchen, ist aber die Richterpersönlichkeit, die neben Gesetzeskenntnissen – diese sind selbstverständlich – vor allem auch Urteilsfähigkeit, Lebenserfahrung und Können in sich vereint.⁷

Das Subjekt-Objekt-Schema taugt also nicht als Ideal für die Rechtswissenschaft. Aber soll das Pendel nun in die entgegengesetzte Richtung ausschlagen, zu einem ideologischen Subjektivismus, bei dem

³ Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1976, S. 313.

⁴ Goethe, Zahme Xenien II.

⁵ Adorno, Negative Dialektik, 1966, S. 72 ff.

⁶ Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 22.

⁷ Vgl. näher Arthur Kaufmann, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts; Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 295 ff.

das Objekt entmündigt und damit der Willkür des Subjekts ausgeliefert wird? Und ist für das Recht dessen wesentliche Funktion ja doch in der Begrenzung von Willkür besteht, ein solcher Standpunkt überhaupt akzeptabel? Um auf diese Fragen eine Antwort zu finden, müssen wir einen Blick auf die neuere Hermeneutik werfen, denn hier vor allem ist für den Bereich der Verstehenswissenschaften die Wende weg vom Objektivismus vollzogen worden.

Die Hermeneutik – nach Dilthey “die Kunstlehre des Verstehens schriftlich fixierter Lebensäußerungen”⁸ – ist nicht, wie häufig mißverstanden, eine unter mehreren anderen szientifischen Methodenlehren, die auf die erkenntnistheoretische Deskription des Verstehensaktes gerichtet sind, sondern gefragt ist nach den transzendentalen Bedingungen der Möglichkeit von Sprachverstehen überhaupt.⁹ Als eine solche Verstehensbedingung begreift die Hermeneutik das “Vorurteil” oder “Vorverständnis”, das aber nicht, wie es jedoch oft geschieht, mit dem vorweggenommenen, möglicherweise falschen Urteil im psychologisch-deskriptiven Sinne verwechselt werden darf. Vielmehr ist auch das “Vorurteil” “transzendental gemeint: Wer einen Text verstehen will, trägt immer schon eine Sinnerwartung an ihn heran, der ihn allererst zum Sprechen bringt; zeigt sich darauf einen Sinn im Text, erfolgt ein neuer Sinnentwurf des Interpreten, mit dem dann wieder der Text befragt wird, wobei zugleich dieser Sinnentwurf durch den Text modifiziert und revidiert wird und so fort – ein Prozeß, der im Grunde nie zu Ende kommt, mag er auch faktisch an irgendeinem Punkt abgebrochen werden.¹⁰ Was sich hier zeigt, ist der berühmte “hermeneutische Zirkel”, die ursprüngliche Verwiesenheit von Bezeichnung und Bezeichnetem, von Sprache und in Sprache gemeinter Sache.¹¹ Textverstehen ist ein ambivalent-produktiver Prozeß: Indem der Interpret mit seinen “Vorentwürfen” in den Verstehensprozeß eingeht, bewirkt er, daß der Text ein anderer wird, als er vorher war; zugleich aber wirkt der Text auf den Interpreten, auf

⁸ Diese Definition ist zu eng; auf die Schriftlichkeit kommt es nicht an, entscheidend ist die Sprachlichkeit; so zutreffend *Leicht*. Von der Hermeneutik-Rezeption zur Sinnkritik in der Rechtstheorie, in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.), *Rechtstheorie*, 1971, S. 74.

⁹ Siehe *Hruschka*, *Das Verstehen von Rechtstexten; Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, 1972, S. 10 ff.

¹⁰ Grundlegend zum hermeneutischen Vorurteil: *Gadamer*, *Wahrheit und Methode; Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 4. Aufl. 1975, S. 250 ff. Für die juristische Hermeneutik ist wichtig: *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. 1972, bes. S. 136 ff.

¹¹ Näher dazu *Arthur Kaufmann*, *Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung*, in: *Festschrift für Gallas*, 1973, S. 7 ff.

sein Verstehen zurück, so daß, wie Hans-Georg Gadamer sagt, "alles solche Verstehen am Ende ein Sichverstehen ist".¹²

Das Gesagte läßt sich auf die juristische Hermeneutik übertragen. Was dem Richter "objektiv gegeben" ist, die abstrakte Gesetzesnorm und der amorphe Fall, ergibt kein Recht, weder je für sich, noch beide zusammen. Das sind gleichsam nur Rohmaterialien.¹³ Damit aus ihnen ein konkretisierter "Tatbestand" und ein qualifizierter "Sachverhalt" entsteht, müssen Norm und Fall erst aufbereitet, muß ihr Sinn zum Sprechen gebracht werden. Das aber kann nicht in isolierten Akten geschehen, sondern nur in einem zirkelhaften Hinüber- und Herüberwechseln vom Gesetz zum Fall und vom Fall zum Gesetz: Ob der Gesetzessinn auf diesen Fall zutrifft, hängt von dem vorgängigen Verständnis des Falles ab, wie andererseits sich der Sinn des Falles nicht ohne Vorverständnis des Gesetzes erschließt.¹⁴ Erst wenn auf diese Weise Tatbestand und Sachverhalt wechselseitig entfaltet sind und ein Sinnverhältnis, eine Entsprechung, zwischen ihnen hergestellt ist, kann die Zuordnung beider, die Subsumtion, erfolgen. Dabei kann es auch hier nicht anders sein, daß nicht nur der zu interpretierende Text, sondern ebenso auch der Horizont des Interpreteten Bestandteil der Hermeneutischen Situation ist, mit anderen Worten: der Richter ist als Rechtsfindender selbst ein Teil des Rechtsfindungsprozesses.¹⁵ Darum trifft zu, was Karl Engisch sagt: "Das rechte Verstehen des Gesetzes setzt voraus, daß wir uns selbst recht verstehen. Nur wenn wir die Entscheidung und die sie tragenden Gründe zuvor schon konzipiert haben, also eigentlich antezipiert haben, können wir an das Gesetz mit der Frage herantreten, wie weit diese Entscheidung den Worten des Gesetzes als möglicher Sinn 'immanent' ist."¹⁶

¹² Gadamer (Fn. 10), S. 246. Im selben Sinn beschreibt *Schroth*, Was ist und was soll Rechtstheorie?, in: Juristische Arbeitsblätter 1972, S. 4, den "hermeneutischen Zirkel" als eine "Bewegung des Textes (er wird bei jeder Interpretation neu verstanden) und eine Bewegung des Interpreten (der, indem er versteht, sich verändert, Erfahrung gewinnt am Text)".

¹³ So auch *Hruschka*, Rechtsanwendung als methodologisches Problem, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 50 (1964), S. 487.

¹⁴ Vgl. *Winfried Hassemer*, Tatbestand und Typus; Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, S. 103 f.: "Was Sachverhaltsmerkmal ist, läßt sich erst dann sagen, wenn feststeht, was Tatbestandsmerkmal ist, was Sachverhalt erst nach Klärung des Tatbestandes". – *Leicht* (Fn. 8), S. 73, weist darauf hin, daß auch die Wahl des anzuwendenden Tatbestandes durch die vorgängige Kenntnis des Sachverhalts beeinflußt wird, ebenso wie der Sachverhalt, "das Protokoll des Falles", immer schon mit einem Auge auf den Tatbestand erstellt wird.

¹⁵ So sagt *Karl Peters*, Strafprozeß, 3. Aufl. 1981, S. 106: Der Richter "trägt seine Persönlichkeit in das Urteil hinein. Deswegen kommt es darauf an, daß er als Persönlichkeit das Urteil trägt".

¹⁶ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 98.

Wir brauchen hier nicht auf die namentlich zwischen Gadamer und Habermas geführte Diskussion einzugehen, ob der hermeneutische Zirkel unaufhebbar und in diesem Sinne ontologisch ist, oder ob er in der Reflexion überwunden werden kann.¹⁷ Auch der angeblich vi-tiöse Charakter der Vorurteilsstruktur des Verstehens kann hier unerörtert bleiben; es sei nur auf das Mißverständnis hingewiesen, das darin liegt, daß man diesen Zirkel als einen logischen bzw. methodischen anstatt als hermeneutischen Zirkel versteht.¹⁸ Für unsere Absichten kommt es auf die Feststellung an, daß die in der Hermeneutik vollzogene Abkehr vom objektivistischen Verstehenskonzept keine Hinwendung zu einem subjektivistischen Konzept bedeutet. Es wird nicht etwa die Subjekt-Objekt-Beziehung einfach umgekehrt. Vielmehr verhält es sich so, daß das Schema "subjektiv-objektiv" für das Verstehensphänomen schon vom Ansatz her nicht paßt, weil, wie schon dargelegt, Verstehender und zu Verstehendes in die hermeneutische Situation integriert sind, keines also außerhalb steht. Gadamer drückt das sehr überzeugend aus: "Der Zirkel ist... nicht formaler Natur, er ist weder subjektiv noch objektiv, sondern er beschreibt das Verstehen als ein Ineinanderspiel der Bewegung der Überlieferung und der Bewegung des Interpreten. Die Antizipation von Sinn, die unser Verständnis eines Textes leitet, ist nicht eine Handlung der Subjektivität, sondern bestimmt sich aus der Gemeinsamkeit, die uns mit der Überlieferung verbindet. Diese Gemeinsamkeit aber ist in unserem Verhältnis zur Überlieferung in ständiger Bildung begriffen. Sie ist nicht einfach eine Voraussetzung, unter der wir schon immer stehen, sondern wir erstellen sie selbst, sofern wir verstehen, am Überlieferungsgeschehen teilhaben und es dadurch selbst weiter bestimmen."¹⁹ Dieses Zitat zeigt, was auch sonst noch vielfach belegt werden könnte, daß die Hermeneutik gerade nicht einer Übermachtstellung des Subjekts das Wort redet, ihr leitendes Interesse geht vielmehr, nach Jürgen Habermas, auf "Erhaltung und Erweiterung (von) Inter-subjektivität", auf einen "möglichen Konsensus von Handelnden im Rahmen eines tradierten Selbstverständnisses".²⁰ Nicht Subjektivität, sondern Intersubjektivität ist die Lösung. Zumindest insoweit erscheint der vor allem von der analytischen Philosophie gegen die angebliche

¹⁷ Es gibt hierzu eine umfangreiche Literatur; vgl. nur Habermas u.a. (Hrsg.), *Hermeneutik und Ideologiekritik*, 1971.

¹⁸ Näher dazu: siehe Fn. 11.

¹⁹ Gadamer (Fn. 10), S. 277. Vgl. dazu auch Larenz, *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, in: *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, 1973, S. 291 ff.

²⁰ Habermas, *Erkenntnis und Interesse*; *Frankfurter Antrittsvorlesung*, in: *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, 1968 S. 158.

Subjektivität der Hermeneutik erhobene Widerspruch²¹ als unberechtigt.

Aber wird in der Hermeneutik nicht doch das Objekt, oder sagen wir lieber: die Sache verfehlt? Wir haben gesagt: Außerhalb und unabhängig vom Rechtsfindungsverfahren objektiv gegeben sind nur die abstrakte Gesetzesnorm und der amorphe Fall, nur Rohmaterialien. Das konkrete Recht wird erst im Verstehensprozeß hergestellt. Folglich kann es auch eine "Richtigkeit" des Rechts außerhalb dieses Prozesses nicht geben.²² Was aber verbürgt, daß in diesem Prozeß wirklich "Recht", "richtiges Recht", entsteht? Für das naive objektivistische Verständnis ist das kein Problem: Recht wird einfach aus dem Gesetz deduziert, und damit ist es eo ipso "Recht". Wenn aber Recht nicht eine fertige objektive Größe, sondern das Ergebnis eines Prozesses ist, läßt sich diese Frage nicht so leicht beantworten. Mit naturrechtlichen oder positivistischen Denkansätzen ist ganz offensichtlich nicht weiterzukommen.²³

Eine notwendige Bedingung des Verstehens ist eine "Sache", die verstanden werden soll. So spricht Joachim Hruschka von der "Sache Recht", als die er jene "Strukturen" versteht, "die schon allem Fragen nach dem Recht notwendig zugrunde liegen und von denen daher jeder, der sich mit der 'Sache Recht' theoretisch wie praktisch befaßt, schon immer ein mehr oder weniger artikuliertes Vorwissen hat."²⁴ Dem ist gewiß zuzustimmen. Die entscheidende Frage ist nun aber, wie diese "Sache Recht" aufzufassen ist. Handelt es sich lediglich um eine transzendente Bedingung des Verstehens entsprechend Kants "Ding an sich", oder ist die "Sache Recht" gleichsam "sachhaltig", so daß sie irgendwo festgemacht werden kann? Hruschkas Ausführungen läßt sich diesbezüglich keine klare Antwort entnehmen. Von dieser Frage jedoch hängt es ab, ob die "Sache Recht" nur die Struktur des Rechtsfindungsprozesses erklärt, oder ob sie diesen Prozeß selbst inhaltlich bestimmt und damit seine Willkür begrenzt. Anders ausgedrückt: Liegt dem Rechtsfindungsprozeß ein Nichtverfügbares zugrunde?

²¹ Vor allem Stegmüller, Der sogenannte Zirkel des Verstehens, in: Natur und Geschichte; X. Deutscher Kongreß für Philosophie, 1973, S. 21 ff. (Nachdruck Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, S. 63 ff.). Vgl. dazu Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, 1981, S. 17 ff.

²² Siehe Engisch (Fn. 6), S. 14 ff.; Hassemer (Fn. 14), S. 135.

²³ Erste Ansätze: Arthur Kaufmann, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, in: Juristenzeitung 1975, 337 ff.

²⁴ Hruschka (Fn. 9), S. 56.

III

Mit dieser Frage ist die Ontologie aufgerufen. Ontologie in dem hier verstandenen weiten Sinne “bezeichnet die Vorstellung eines Vorgegebenen, Nichtdispositiven, eines An-Sich, das die Autonomie des Subjekts... begrenzt”, kurz: “die Idee des Nichtverfügbaren”.²⁵ Dieses Verständnis von Ontologie läßt offen, als wie beschaffen ein solches Unverfügbare zu begreifen ist.

Das Denken der klassischen Ontologie, das die abendländische Philosophie von der griechischen Seinsmetaphysik bis in die jüngste Vergangenheit maßgeblich geprägt hat, ist substantielles, dingliches Denken, auf ein gegenständlich faßbares, dem Erkenntnissubjekt gegenüberstehendes Objekt gerichtet. Auch die Person erscheint als eine solche “res”, als ein dem Erkennenden entgegenstehendes Objekt. Und nichts anderes gilt für das Recht, das man in der “Natur” – was immer man darunter auch versteht – dinghaft zu machen sucht. Daß dieses substantielle Denken zumindest immateriellen Entitäten – Person, Recht – nicht angemessen ist, daß es zu deren Versteinerung und Erstarrung, eben zur “Ontologisierung” führt, kann heute als communis opinio gelten. Es wäre jedoch falsch, damit die Ontologie überhaupt abzutun.

Seit Kant gewinnt die Auffassung an Boden, daß Person nicht nur Gegenstand, sondern immer auch Beziehung ist. Der Mensch, das “sprechende Wesen”, ist auf den anderen verwiesen, dessen Verstehenswelt geht in den eigenen Verstehenshorizont mit ein. Das heißt: Der Mitmensch läßt sich nicht subsumieren unter den Bereich des Gegenständlichen, sondern er bildet mit mir einen gesellschaftlich-gesitigen Raum, der für mein eigenes Personsein mitkonstitutiv ist. Für personales Denken ist Person das Andersartige gegenüber dem dinglichen Sein: relationales Sein. Aus dieser Einsicht folgt die Notwendigkeit der Wende von der Substanzontologie zur Relationenontologie.²⁶

Der Begriff der Relation meint das Mitkonstituiertsein eines Seinden durch seine Beziehungen zu anderen Seienden.²⁷ Die Betonung liegt auf *Mit*konstituiertsein. Dadurch nämlich hebt sich das relationale Denken vom Funktionalismus ab, demzufolge ein Seiendes völlig

²⁵ *Ulfrid Neumann, Rechtsontologie und juristische Argumentation*, 1978, S. 1, mit Verweisung auf *Adorno (Negative Dialektik)*.

²⁶ Der “Strukturontologie” von *Heinrich Rombach* (1971) verdankt der Verfasser manche Anregungen, doch geht er letztlich eigene Wege.

²⁷ Ausführlich zum Begriff der Relation: *Patzig*, in: *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Band 4, 1973. S. 1220 ff.

in der Gesamtheit seiner Beziehungen aufget. Für den Funktionalismus gibt es keine Polarität mehr zwischen dem, was in Bezug steht, unter dem Bezug selbst übrig bleibt allein der Bezug als solcher, der dadurch verselbständigt wird und so gleichsam als neue Form der Substanz erscheint. Die unausweichliche Konsequenz ist, daß das Seiende total ersetzbar wird.

In der Systemtheorie von Niklas Luhmann zeigt sich diese Konsequenz des Funktionalismus am Beispiel des Rechts besonders deutlich.²⁸ Für Luhmann haben soziale Systeme – wie namentlich das Recht – die Komplexität der Umwelt nicht nur aufzunehmen, sondern sie reduzieren bzw. absorbieren sie auch, damit sie handlungsfähig und überschaubar bleiben. Leitendes Interesse ist das reibungslose Funktionieren des Systems. Das soll auf zweifache Weise erreicht werden. Erstens wird die Rechtsordnung als ein umfassendes System begriffen, in das auch alle Wahrheits- und Gerechtigkeitsvorstellungen integriert sind. Diese verlieren dadurch ihren Maßstabcharakter, denn sie sind vom System immer schon eingebolt, sie haben keine kritische, innovative Funktions mehr, sondern nur noch eine Symbolfunktion, indem sie gute Absichten beteuern, an guten Willen appellieren, vorausgesetzten Konsens ausdrücken und Verständigungsmöglichkeiten postulieren. Zu dieser Funktionalisierung der Werte tritt zweitens die Funktionalisierung des Legitimationsprozesses. Luhmann folgt dabei der soziologischen Tradition insofern, als er das Recht durch die Anerkennung seitens der Rechtsunterworfenen legitimieren will. Aber Anerkennung bedeutet für ihn nicht Zustimmung aus Überzeugung von der Richtigkeit der rechtlichen Entscheidung. In einer komplexen Gesellschaft kann, so meint er, das System nur funktionieren, wenn auch der Rechtsunterworfenen funktioniert, wenn er möglichst störungsfrei lernt und sich in das System einfügt. Denn auch er ist Teil des Gesamtsystems, so daß letztlich das System selbst die Anerkennung produziert. Das aber heißt: Die Legitimation des Rechts geschieht hier nicht bloß *im* Verfahren, sondern *durch* Verfahren. Die Richtigkeit ist mit dem Verfahren identisch-neues “Naturrecht”!

Dem Dilemma von völliger Versteinerung des Rechts durch ein dinglich-ontologisches, statisches Denken auf der einen Seite und to-

²⁸ Von den zahlreichen Schriften *Luhmanns* interessieren hier vor allem: *Positives Recht und Ideologie*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 53 (1967), S. 531 ff.; *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, in: *Kölner Zeitschriften für Soziologie und Sozialpsychologie* 19 (1967), S. 615 ff.; *Legitimation durch Verfahren*, 1969. Eine eingehendere Darstellung findet sich bei *Kaufmann-Hassemer*, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, S. 27 ff.

taler Fungibilität des Rechts durch ein funktionales, nicht-ontologisches, dynamisches Denken auf der anderen Seite ist nur zu entrinnen, wenn es gelingt, im zwischenmenschlichen Bereich, in dem das Recht angesiedelt ist, eine seinsmäßige, nicht beliebig manipulierbare, Identität konstituierende Wirklichkeit zu entdecken. Dieses Gesuchte ist die Person als das Schnittpunktphänomen von Gegenstand und Beziehung, von Statik und Dynamik. In der Person ist die Relationalität, die Struktureinheit von Relatio und Relata, konkret verwirklicht. Die oben angesprochene Ontologie des Relationalen muß daher in ihrer Ausgestaltung eine Ontologie des Personalen sein, eine Ontologie, die nicht mehr das Ding, sondern die Person als Modellfall von Sein erkennt. Und somit muß sich auch eine Ontologie des Rechts als relational-personale Ontologie konstituieren. Was das heißt, kann hier nur mit einigen wenigen Sätzen angedeutet werden.

Der Mensch vollbringt sich als Person in seiner Verwiesenheit und Angewiesenheit auf andere Personen und Dinge, im Guten wie im Bösen: er ist Vater und Sohn, Käufer und Verkäufer, Schädiger und Geschädigter, Eigentümer und Dieb. Diese personalen Bezüge bilden das Fundament, gleichsam den "Stoff" der Rechtsordnung, so daß Werner Maihofer Rechtsordnung geradezu als ein "Gefüge von Entsprechungen" definieren kann.²⁹ Oder um an die obigen Erörterungen anzuknüpfen: Die "Sache Recht" ist nicht das transzendente "Recht an sich", sondern der konkrete personale Bezug zwischen Menschen und Dingen. Er ist das, was jede Rechtserscheinung als solche identifiziert. Da dieser Bezug konkret und wirklich ist, ist er nicht wertfrei. Aber er steht nicht zur beliebigen Disposition. Das heißt nicht, daß er nicht auch durch Zeit und Situation bestimmt ist. Der Selbstvollzug des Menschen geschieht notwendig in der Geschichte. Darum ist auch das Recht geschichtlich. Aber immer wird sich Recht nur dadurch legitimieren können, daß es dem Menschen das ihn als Person Zustehende gewährt.

Damit endet diese kleine Studie. Die Ausarbeitung einer Ontologie des Rechts auf der Grundlage der vorgetragenen Gedanken ist eine Aufgabe, die noch bewältigt werden muß. Daß schon wichtige Vorarbeiten erbracht sind, ist bekannt.³⁰ Überhaupt wird man nicht ver-

²⁹ Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 64. Vgl. schon Thomas v. Aquin, *Summa theologiae* I, 116, 2: *Ordo non est substantia, sed relatio.*

³⁰ Ich nenne nur: Maihofer, *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954; Philipps, *Zur Ontologie der sozialen Rolle*, 1963. – Der Text macht auch signifikant, in welcher Weise ich meine Ausführungen zur Rechtsontologie modifiziere; vgl. z.B. Die ontologische Struktur des Rechts, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, S. 470 ff.

kennen, daß in dem hier vorgelgten Entwurf ehrwürdige Traditionen der abendländischen Philosophie aufgehoben sind.

ZUSAMMENFASSUNG

Die traditionelle juristische Methodenlehre faßt Rechtsfindung als einen streng logisch vonstatten gehenden Schluß vom Ober— auf den Untersatz auf, die sogenannte Subsumtion; der Rechtsfindende als Subjekt bleibt dabei ganz aus dem Spiel, er ordnet lediglich zwei objektive Größen, Gesetz und Fall, einander zu, die ihrerseits durch diesen Akt keinerlei Veränderung erfahren. Demgegenüber haben schon Interessenjurisprudenz, Freirechtslehre und soziologische Rechtswissenschaft erkannt, daß die Rolle des Richters im Rechtsfindungsprozeß keineswegs nur eine reproduktive ist, sondern daß sie produktive, schöpferische Momente einschließt. Aber erst die neuere juristische Hermeneutik hat den Nachweis erbracht, daß Rechtsfindung ganz grundsätzlich nicht nach dem Subjekt-Objekt-Schema verläuft, daß vielmehr der Richter als Rechtsfindender immer und notwendig in den hermeneutischen Prozeß eingeht und dort das Recht allererst hervorbringt. Mit anderen Worten: das konkrete Recht existiert nicht (nur) irgendwo außerhalb des Rechtsfindungsverfahrens, sondern kommt erst in diesem Prozeß zustande.

Das Problem ist, ob es nicht eine Wirklichkeit gibt, die den Rechtsfindungsprozeß inhaltlich bestimmt und damit seine Willkür begrenzt, ein Nichtverfügbares, eine “Sache Recht”. Eine funktionalistische nicht-ontologische Rechtstheorie muß das verneinen. Für sie wird Recht allein *durch* Verfahren, d.h. das Recht ist mit dem Verfahren identisch und daher total fungibel.

Eine Substanzontologie hilft aus diesem Dilemma nicht heraus, denn sie müßte zu einer völligen Versteinerung und Erstarrung des Rechts führen. Der richtige Ansatz liegt in einer Ontologie der Person als dem Schnittpunktphänomen von Gegenstand und Beziehung von Statik und Dynamik. Es ist eine Ontologie der Relationalität, denn in der Person ist die Struktureinheit von Relatio und Relata konkret verwirklicht. In der Ontologie des Personalen ist nicht mehr das Ding, sondern die Person als Modellfall von Sein, und also auch von Recht, erkannt.

Fundament und gleichsam “Stoff” des Rechts sind die personalen Bezüge der Person zu anderen Personen und zu Dingen. Sie sind die “Sache Recht”, durch die sich Rechtserscheinungen als solche identifizieren.