

## Jurisprudenz und Überprüfbarkeit

Janine Dumont\*

### I. Einleitung

Erklärt ein Student der Rechtswissenschaften, er wolle nicht Anwalt oder Richter werden, sondern eine akademische Karriere verfolgen, also „in die Forschung gehen“, provoziert dies zwangsläufig die Frage: „Forschen denn Juristen überhaupt?“

Einer der Gründe hierfür mag darin liegen, dass das Bild, das man sich von einem Forscher macht, wohl komplizierte Gerätschaften oder bunte Flüssigkeiten in Reagenzgläsern enthält. Die Wissenschaftlichkeit der Naturwissenschaften ist sichtbar, greifbar und damit ‚gegeben‘. Im Bologna-System sind schließlich die Naturwissenschaften die *sciences*, während die Kulturwissenschaften als *arts* geführt werden.

Dass der Begriff der Wissenschaft nicht absolut ist, ist bekannt. Besonders eindeutig zeigt dies der fundamentale Wandel, den die Wissenschaftsdefinition historisch erlebt hat: Von *Aristoteles* bis zum Ausgang des Mittelalters dominierte die Frage nach dem inneren Wesen der Dinge, ihrer Bestimmung im Rahmen einer umfassenden Weltsicht.<sup>1</sup> In seiner Nikomachischen Ethik entwickelte *Aristoteles* die Lehre von den fünf Fähigkeiten der Seele. Diese seien: Wissenschaft (*episteme, scientia*), Kunst (*techne, ars*), Klugheit (*phronesis, prudentia*), Vernunft (*nous, intellectus* oder *intelligentia*) und Weisheit (*sophia, sapientia*).<sup>2</sup> Heute dagegen scheint die kausale<sup>3</sup> und funktionale Erklärung der Phänomene im Vordergrund. Seit dem 19. Jahrhundert werden die Naturwissenschaften als *sciences exactes* und die Geistes- oder Kulturwissenschaften als *sciences morales* getrennt.<sup>4</sup> Seither wird diskutiert, ob beide Zweige gleichrangig Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben können. Im Gegensatz zu genauen naturwissenschaftlichen Prognosen sind die Methoden der Kulturwissenschaften eher fließend und meist unbestimmt, ihre Ergebnisse wenig verlässlich. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die eine Wissenschaft zwingend „wissenschaftlicher“ als die andere ist. Entscheidend ist hier der „Gegenstand“ also die Materie oder Thematik, mit der sich die Wissenschaft befasst. Darüber hinaus sind auch die Naturwissenschaften nicht zweifelsfrei über die Wissenschaftsfrage erhaben, so wird teilweise gar die Physik als Kunst bezeichnet.<sup>5</sup>

---

\* Universität Basel, E-Mail: janine.dumont@unibas.ch.

<sup>1</sup> Müller, Jurisprudenz – eine Wissenschaft?, VSH Bulletin Nr. 4, November 2000, 1.

<sup>2</sup> *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, VI, 3.

<sup>3</sup> Sic! McKay/Russo/Williamson, Why look at causality in the sciences? A manifesto, in: dies. (Hrsg.): Causality in the Sciences, 2011, 4 (13).

<sup>4</sup> Müller, VSH Bulletin Nr. 4, November 2000, 1.

<sup>5</sup> Cavaillès, Über Logik und Theorie der Wissenschaft, 2011, 91.

### Larenz definiert Wissenschaft als

„jedes rational nachprüfbare Verfahren, das mit Hilfe bestimmter, am Gegenstand entwickelter Denkmethode geordnete Erkenntnisse zu gewinnen sucht.“<sup>6</sup>

Etwas allgemeiner hat es das Deutsche Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Hochschulurteil“ formuliert. Danach sei wissenschaftliche Tätigkeit alles, was nach Inhalt und Form als „ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“<sup>7</sup>. Zum Begriff der Forschung zitiert das Bundesverfassungsgericht einen Bundesbericht, der unter Forschung „die geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“<sup>8</sup>, versteht.

Die genannten Beispiele zeigen, dass Systematik, methodischer Erkenntnisgewinn und die Überprüfbarkeit wiederkehrende Elemente der Wissenschaftsdefinition sind.<sup>9</sup> Eine weitere mögliche Definition bestimmt das Element der Überprüfbarkeit näher. So sei Wissenschaft

„jede intersubjektiv überprüfbare Untersuchung von Tatbeständen und die auf ihr beruhende systematische Beschreibung und wenn möglich Erklärung der untersuchten Tatbestände“.<sup>10</sup>

Die Systematik als Element der Wissenschaft ist übrigens schon zum Ende des 18. Jahrhunderts aufgetaucht. Eine Wissenschaft muss demnach aus zusammenhängenden Erkenntnissen bestehen.<sup>11</sup> Das Systemerfordernis ist dabei kennzeichnend für die Abkehr vom subjektiven hin zum objektiven Wissenschaftsbegriff im 18. Jahrhundert.<sup>12</sup> Hierbei unterlagen Begrifflichkeit und Geltung des Systemerfordernisses ständigem Wandel.<sup>13</sup>

Im Sinne weitgehender Einheitlichkeit mit der in der Literatur verwendeten Terminologie wird nachfolgend der Begriff der Jurisprudenz nur auf die nicht-praktische rechtsanwendende Tätigkeit bezogen. Die anderen (Disziplinen der) Rechtswissenschaften (Rechtstheorie, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie, Rechtsvergleichung) sollen dabei ausgeklammert bleiben, da die Fragestellung sich auf die Jurisprudenz bezieht, worunter nach herrschender Meinung der Bereich der Rechtsdogmatik verstanden wird.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> Larenz, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, 11.

<sup>7</sup> BVerfGE 35, 79 (128).

<sup>8</sup> Bundesbericht „Forschung III“, BT-Drucks. V/4335, 4.

<sup>9</sup> Ebenso Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 385 (386).

<sup>10</sup> Speck, „Intersubjektivität“, in: ders. (Hrsg.), Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe, Bd. 3, 1980, 726.

<sup>11</sup> Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, 43 f.

<sup>12</sup> Ibid., 45.

<sup>13</sup> Besonders beeinflusst durch Christian Wolff (äußerlich) und Immanuel Kant (innere Systematik); vgl. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, 99 ff.

<sup>14</sup> Auch wenn dieser Ausdruck unglücklich ist, vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 50.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegung wird in der vorliegenden Arbeit die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz im Hinblick auf das Kriterium der Überprüfbarkeit betrachtet. Anhand dreier identifizierter Besonderheiten der Jurisprudenz (II.2) wird aufgezeigt, welches Verfahren zur Überprüfbarkeit zur Verfügung steht und ob dieses den Anforderungen von Wissenschaftlichkeit gerecht werden kann. Die Darstellung schließt mit einer zusammenfassenden Stellungnahme (III.).

## II. Jurisprudenz als Wissenschaft

### 1. Überprüfbarkeit

Wie gezeigt, ist wesentliche Voraussetzung zur Anerkennung von Wissenschaftlichkeit die Überprüfbarkeit.<sup>15</sup> Die Überprüfbarkeit muss hierbei intersubjektiv sein, d.h. der Erkenntnisgewinn muss prinzipiell für alle Menschen beobachtbar, also wiederholbar sein. Auch die Schlussfolgerungen müssen für andere nachvollziehbar sein, etwa indem sie den Regeln der Logik folgen.<sup>16</sup>

#### a) Wahrheitsfähigkeit

##### *aa) (Empirische) Wahrheit als Überprüfungskriterium der Rechtsdogmatik*

Alle nicht logisch wahren bzw. logisch falschen Aussagen müssen nach modernem Empirismus überprüfbar bzw. bestätigungsfähig sein.<sup>17</sup> Im Bereich der Wiedergabe von Aussagen mit Verweis auf die Fundstelle, ist solche Wahrheitsfähigkeit gewährleistet. Wer sich an die vorgegebene Methodik bei der Erstellung einer juristischen Arbeit hält, d.h. alle Fundstellen korrekt angibt und keine Plagiate erstellt, dessen Werk kann schließlich – sogar empirisch – verifiziert werden. Die Fundstellen können nachgeschlagen werden, womit getroffene Aussagen der empirischen Wahrheit zugänglich sind.<sup>18</sup> *Adomeit* entwickelte hierzu folgendes Beispiel<sup>19</sup>: Steht in einem juristischen Lehrbuch, dass Paragraph 1 des BGB lautet: „die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt“, ist diese Aussage wahrheitsfähig, da der Leser ein BGB zur Hand nehmen und die Aussage verifizieren kann. Dies ist ein empirischer Vorgang, der erfahren werden kann. Anders ist es, wenn im juristischen Lehrbuch nur stehen würde: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“ Dies steht zwar so in Paragraph 1 des BGB, doch beginnt die Rechtsfähigkeit gemäß Lehre und Rechtsprechung schon als *nasciturus*. Dieses Beispiel zeigt, dass die *Rechtsdarstellung* wahrheitsfähig und somit auch überprüfbar ist, soweit sie eben wer-

<sup>15</sup> S. bereits oben I.; *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, 11; *Neumann* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 388.

<sup>16</sup> *Brodbeck*, ABC der Wissenschaftstheorie für Betriebswirte, 1998 (5).

<sup>17</sup> *Neumann* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 389.

<sup>18</sup> *Adomeit*, Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, in: ders. (Hrsg.) Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie mit einer Einführung: Jurisprudenz und Wissenschaftstheorie, 1986, 20.

<sup>19</sup> *Ibid.*

tungsfreie Darstellung ist. Dagegen sind neue Gedanken nicht wahrheitsfähig, was aber nicht *per se* ihre Überprüfbarkeit ausschließen muss.

Die Jurisprudenz ist also insoweit wahrheitsfähig, als sie wiedergibt. *Adomeit* nennt zwei Ursachen hierfür:<sup>20</sup> die Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen und den besonderen Charakter von Normen.

#### *bb) (Un-)Möglichkeit der Verifizierung von Rechtsbegriffen und Normen*

Rechtsbegriffe sind zwingend unbestimmt, da sie gar nicht bestimmt sein können. Sie wären sonst nicht konsens- oder akzeptionsgeeignet, also politisch unmöglich.

Normen sind nicht wahrheitsfähig, da sie nicht Aussagen sind sondern Imperative.<sup>21</sup> Deshalb können Normen nach Ansicht *Adomeits* allenfalls ‚zertifiziert‘ werden.<sup>22</sup> Ein Kläger wird also allenfalls in seiner Rechtsbehauptung bestätigt, d.h. er erhält eine Stärkung seiner Position durch das Gericht. Eine solche Verifizierungsmöglichkeit sieht *Adomeit* auch auf abstrakter Ebene möglich.<sup>23</sup> Wenn der BGH einem Autor in einer abstrakten Rechtsfrage „recht gibt“, seiner Auffassung also entspricht, handelt es sich um eine Zertifizierung auf der Ebene einer abstrakten Rechtsfrage. Die Jurisprudenz ist also nicht zur Gänze wahrheitsfähig.<sup>24</sup> Etwas weiter geht hier *Neumann*, der neben der Beschreibung von Gesetzgebungsakten und richterlichen Entscheidungen auch die Prognose richterlicher Entscheidungen als überprüfbar ansieht.<sup>25</sup> In der Tat kann eine Aussage, der BGH oder das BVerfG würde wohl auf bestimmte Weise entscheiden, verifiziert werden. Der Wesensgehalt der Aussage selbst kann aber nicht vom Gericht als wahr bewiesen werden. Insoweit müsste also der interpretatorische und der Bereich der Entwicklung gesetztesergänzender Rechtsregeln „mangels empirischer Überprüfbarkeit aus dem Bereich der Rechtswissenschaft verbannt werden“, was allerdings auch zur „Verstümmelung“ derselben führen würde.<sup>26</sup> Diese rechtsrealistische Ansicht würde die „entscheidungsvorbereitende Funktion rechtswissenschaftlicher Arbeit“ ausklammern.<sup>27</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtsdogmatik nur in der Wiedergabe und Entscheidungsprognose wahrheitsfähig ist. *Adomeit* stellt aber auch heraus, dass es nicht zwingend schädlich ist, dass die Rechtsdogmatik wenig Wahrheitswerte enthält, schließlich sei Wahrheit nicht der einzige Wert.<sup>28</sup>

#### *cc) Falsifikation*

In seinem Falsifikationsmodell entwickelte *Karl Popper* die Theorie, dass wissenschaftliche Theorien nur durch ihre Widerlegung, nicht durch ihre Verifikation, überprüft werden können.<sup>29</sup> Dem ist so, weil Allsätze induktiv vorgehen, man sich ihrer

<sup>20</sup> Ibid., 22.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid., 23.

<sup>23</sup> Ibid., 24.

<sup>24</sup> Ibid., 29.

<sup>25</sup> *Neumann* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 389.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> *Adomeit* in: ders. (Hrsg.) Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie mit einer Einführung: Jurisprudenz und Wissenschaftstheorie, 1986, 29.

<sup>29</sup> *Popper*, Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, 3 ff.

Wahrheit auf jeden noch zu entdeckenden Fall also nie sicher sein kann, bis man mithilfe eines Gegenbeispiels ihre Falschheit beweisen kann.

Ob die Rechtswissenschaft dem Falsifikationsmodell folgen sollte, ist umstritten.<sup>30</sup> Allenfalls kann festgehalten werden, dass die kritische Auseinandersetzung mit den Allsätzen des Rechts ja gerade Aufgabe der Rechtswissenschaft ist. Es ist Aufgabe der Dogmatik, sich mit dem geltenden Recht und den norm-propositiven Weiterentwicklungen auseinanderzusetzen. Der Zweck – die Verfeinerung, ja Verbesserung, des Rechts – besteht in der teilweisen Falsifikation von Allsätzen; der Ausklammerung von Fallgruppen, die nicht zutreffen.<sup>31</sup> Tatsächlich ist es ständige Praxis, dass dogmatische Sätze durch zunächst nicht bedachte Fallgruppen aufgegeben oder beschränkt werden.<sup>32</sup> Schließlich kann man sich „angesichts des praktisch unendlichen Bereichs von dogmatischen Hypothesen niemals sicher“ sein, „die Lösung für sämtliche Fälle, für welche sie einschlägig sind, überprüft zu haben“.<sup>33</sup> Zentral bleibt auch hier die Verpflichtung zur Begründung. Die Angabe der noch nicht erfolgten Falsifikation reicht nicht zur Verteidigung aus.<sup>34</sup> Ausgehend von Poppers Annahme, dass die Möglichkeit der Falsifikation ein Element der Wissenschaftlichkeit ist,<sup>35</sup> und Jurisprudenz wie gesehen – zu einem bestimmten Grad – falsifizierbar ist, ist ein Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz denkbar.

## b) Institutionalisierte Überprüfbarkeit durch die Rechtsprechung

Die institutionalisierte Überprüfung der Jurisprudenz durch die Rechtsprechung gründet primär im zwingenden Element des Rechts. Was auch gegen den Willen des Einzelnen durchgesetzt und sanktioniert werden kann, muss sich ständiger Überprüfung stellen.<sup>36</sup> Dies entspricht dem Verständnis eines Rechtsstaates und ist auch im Prinzip des rechtmäßigen und willkürfreien öffentlichen Handelns festgehalten. Zum Großteil der Fälle ist auch die Überprüfbarkeit der Doktrin institutionalisiert. Eine jede Rechtsfrage könnte einmal zu gerichtlicher Überprüfung gelangen. Allerdings spricht das hoheitliche Auftreten der Rechtsprechung gegen die Annahme einer *wissenschaftlichen* Überprüfung.

## c) Überprüfbarkeit juristischer Argumentation durch Logik

Sofern die juristische Argumentation offengelegt wird, ist diese durch Logik überprüfbar. Allerdings ist zu beachten, dass die Logik keine neuen Informationen schafft, sondern nur aufzeigen kann, „was nicht wahr sein kann“.<sup>37</sup> Im äußersten Fall kann eine

<sup>30</sup> Neumann in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 391.

<sup>31</sup> Ähnlich Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 8.

<sup>32</sup> Neumann in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 392.

<sup>33</sup> Savigny, Übereinstimmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und empirischer Argumentation, in: Neumann/Ralf/von Savigny (Hrsg.), Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, 120 (127).

<sup>34</sup> Neumann in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 392.

<sup>35</sup> Popper, Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, 16 ff.

<sup>36</sup> Adomeit in: ders. (Hrsg.), Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitikologie, Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie mit einer Einführung: Jurisprudenz und Wissenschaftstheorie, 1986, 30.

<sup>37</sup> Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 36; vgl. auch Larenz/Canaris (Fn. 14), 47.

Aussage mittels *reductio ad absurdum* logisch überprüft werden. Diese Technik der indirekten Beweisführung wird auch ‚apagogischer Beweis‘ genannt.<sup>38</sup> Es handelt sich um einen Beweis durch Aufzeigen der Unmöglichkeit der Alternative.<sup>39</sup>

Allerdings wird die Überprüfungsmöglichkeit der Jurisprudenz durch Logik durch eine Tatsache dramatisch limitiert: „Die Logik juristischer Gedankengänge kann aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten (pragmatisch) durchbrochen werden.“<sup>40</sup>

Dieses Problem könnte folgendermassen gelöst werden: Nimmt man an, der Jurisprudenz stünde, wie allen Wissenschaften, eine *Basis* i.S. einer Summe von Naturgesetzmäßigkeiten vor, enthielte diese Basis diejenigen Zusatzregeln, die bei der logischen Argumentation zu berücksichtigen wären. Diese Regeln – oder überpositiven Richtigkeitskriterien – stünden nicht nur über dem Gesetz sondern würden auch die (System-) Logik begrenzen. Logisches Beweisen wäre also nur unter Berücksichtigung der überpositiven Richtigkeitskriterien *möglich*. Das bleibende Problem hierbei wäre die konkrete Bestimmung der überpositiven Richtigkeitskriterien. Dies ist allerdings Aufgabe der Rechtsphilosophie.

## 2. Besonderheiten der Jurisprudenz

Der Jurisprudenz wohnen drei Hauptbesonderheiten inne. Sie zeichnet sich erstens durch ein autoritatives Element aus, das bedeutet, ihre Inhalte beschäftigen sich mit einem Überordnungsverhältnis, das nötigenfalls auch mit Zwang durchgesetzt werden kann. Zweitens, die Jurisprudenz ist wertgebunden. Darüber hinaus ist drittens der Gegenstand der Jurisprudenz nicht unveränderlich.

### a) Autoritatives Element

Wie die Theologie beschäftigt sich die Jurisprudenz mit autoritativen Texten. Dies erklärt wohl auch, wieso *Ulpian* die Jurisprudenz als sich mit „göttlichen Angelegenheiten“ befassend definiert hat.<sup>41</sup> In der Jurisprudenz werden Normen auch gegen den Willen des Individuums durchgesetzt. Deshalb ist die Überprüfung der Rechtswissenschaft auch durch die Rechtsprechung institutionalisiert. Ein weiteres entscheidendes Kriterium hierzu wird wohl die eingeschränkte Wahrheitsfähigkeit der Jurisprudenz sein. Die Autorität der Rechtsprechungsinstantz scheint einen Ausgleich zu schaffen.<sup>42</sup> Klar ist, dass die Autorität keine Wahrheit schafft, sondern, wie oben (II.1.b) beschrieben, zertifiziert. Natürlich wird dieses Zertifikat wieder zum Gegenstand von Kritik durch die Dogmatik und entwickelt sich möglicherweise fort.

### b) Wertorientierung

Eine weitere Besonderheit der Jurisprudenz liegt darin, dass sie zwangsläufig Wertungen vornehmen muss. Der Jurist wertet bereits bei der Sachverhaltserfassung, weiter bei der Auswahl der infrage kommenden Tatbestände.<sup>43</sup> Auch muss der Rechtsanwender Wertbegriffe – etwa „zumutbar“, „angemessen“ – interpretieren, die jeweils eine indi-

<sup>38</sup> Von gr.: *ἀπάγειν* – wegreiben.

<sup>39</sup> *Bucher*, Der von Juristen verkannte apagogische Beweis – Dazu auch *Kant* und *Kelsen*, FS Canaris, 2007, 991 (m. Fn. 1).

<sup>40</sup> *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 38.

<sup>41</sup> „*Rerum divinarum*“, Inst. 1.1.1; Dig. 1.1.10.2.

<sup>42</sup> *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 11.

<sup>43</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 33.



rekte Bewertungsermächtigung des Rechtsanwenders durch den Rechtsetzenden für den Bereich eines Wertbegriffs darstellen.<sup>44</sup> Darüber hinaus nutzt der Jurist sein Vorverständnis, was auch positiv als „Judiz“ oder Rechtsgefühl bezeichnet werden kann. Hierbei unterscheidet sich das Vorverständnis – oder Vorurteil – möglicherweise auch, ist jedenfalls subjektiv beeinflusst und variiert zwischen den Rechtsanwendern.<sup>45</sup> *Kramer* unterscheidet verschiedene Schichten des Vorverständnisses:<sup>46</sup> Er nennt hierbei zunächst das *individual-psychologische* ‚Vorurteil‘. Ein Beispiel könnte etwa generelle Frauenfeindlichkeit sein. Etwas kollektiver folgt dann das *schichtenspezifische* Vorverständnis, das beispielsweise durch konservativ-bürgerliche, parteipolitische oder religiöse Zugehörigkeit bedingt ist. Kollektiv ist außerdem der ‚Zeitgeist‘, der sich aus moralischen, rechtsphilosophischen und politischen Überzeugungen zusammensetzt, die in der betreffenden Gesellschaft von weiten Teilen der Bevölkerung geteilt werden und so deren ‚Rechtsparadigma‘ prägt. Rechtsparadigma meint hierbei die Einstellung der Bevölkerung zu rechtlichen, insbesondere rechtspolitischen Fragestellungen.<sup>47</sup> Als dem Ideal der objektiven Rechtsfindung nicht gegensätzlich wird das *professionelle* Vorverständnis verstanden.<sup>48</sup> Das professionelle Vorverständnis eines geschulten Richters soll von „durchaus rationalen Elementen und einer oft jahrzehntelangen Begegnung mit allen Problemen des Rechtes“ beeinflusst sein.<sup>49</sup> Die Professionalität setzt sich einerseits aus dem fachspezifischen Vorverständnis, dem sogenannten ‚Judiz‘ und andererseits aus den Grundgedanken der Rechtsordnung, die der Interpretierende verinnerlicht hat, zusammen.<sup>50</sup> Insofern ist also die Jurisprudenz zwar wertbezogen, dies schließt jedoch nicht *per se* die intersubjektive Überprüfbarkeit aus. Rationales Argumentieren erfordert nämlich, dass die Basis der Bewertung offengelegt wird. Wenn dies geschieht, kann anschließend über das Urteil rational gesprochen werden, selbst wenn keine Einigkeit über die zugrunde gelegten Werte besteht.<sup>51</sup> Hierbei liegt die Rationalität der Rechtswissenschaft in der „Möglichkeit, juristische Argumente am Maßstab rationalen Argumentierens zu überprüfen“. <sup>52</sup> Wiederum muss in diesem Zusammenhang die Begründung als zentral betrachtet werden. *Eike von Savigny* sieht gar die dogmatische Tätigkeit selbst in der Begründung:

„Die Forderung nach Gleichbehandlung schließt also aus, daß durch Münzwurf entschieden wird, und verlangt irgendetwas, das Ungleichbehandlung vermeidet: dieses Etwas hat die Dogmatik zu liefern.“<sup>53</sup>

<sup>44</sup> *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2010, 119.

<sup>45</sup> *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – Eine rationale Analyse, 1999, 30 ff.

<sup>46</sup> *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, 310.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 311 mit weiteren Hinweisen.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 312.

<sup>49</sup> *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – Eine rationale Analyse, 1999, 372.

<sup>50</sup> *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, 311.

<sup>51</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 6.

<sup>52</sup> *Neumann* in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 400.

<sup>53</sup> *Savigny*, Die Rolle der Dogmatik – wissenschaftstheoretisch gesehen, in: Neumann/Ralf/von Savigny (Hrsg.), Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, 100 (104 – im Original kursiv).

Diese Begründung schaffe Gleichbehandlung und Nachprüfbarkeit.<sup>54</sup> *Seelmann* anerkennt die Notwendigkeit der Orientierung an nichtpositiven Richtigkeitskriterien und stimmt wohl mit *Kaufmann* darüber ein, dass die möglichst rationale Erörterung nichtpositiver Richtigkeitskriterien Willkür vermeidet;<sup>55</sup> also Überprüfbarkeit; also Wissenschaftlichkeit schafft. Weiter geht *Eike von Savigny*, der das „Rechtsgefühl“<sup>56</sup> ganz positiv als mögliche Kontrollinstanz sieht, die den hohen Grad an Intersubjektivität, wie er der Beobachtungsevidenz in den empirischen Wissenschaften innewohnt,<sup>57</sup> übernimmt. Solange der subjektive Faktor der Jurisprudenz „gezügelt“ bleibe, sei er nicht *per se* gefährlich für die Wissenschaftlichkeit.<sup>58</sup> Hierzu betont *Savigny* die notwendige Unterscheidung zwischen „Überreden“ und „Überzeugen“, da diese im Zusammenhang mit Diskussionen über Wertungen leicht „verwischt“ werde.<sup>59</sup>

### c) Veränderlichkeit des Gegenstandes

In seiner Lehre von den fünf Fähigkeiten der Seele beschrieb *Aristoteles* den Gegenstand vernünftiger, weiser und wissenschaftlicher Erkenntnis als ewig,<sup>60</sup> also als ein notwendiges – vorgegebenes und unveränderliches – Objekt.<sup>61</sup> Dies gilt für den Gegenstand der Rechtsdogmatik ja nun gerade nicht, da sie sich überwiegend mit einer – historischem Wandel unterliegenden – Rechtsordnung beschäftigt. Allerdings geht die Jurisprudenz mitunter auch von der „Idee einer vorgegebenen Ordnung unwandelbarer Rechtsprinzipien aus“.<sup>62</sup> Nur im Ausmaß dieses – naturrechtlich orientierten – Bereichs kann der Gegenstand also das Ewigkeitserfordernis nach *Aristoteles* erfüllen. Ansonsten könnte die Rechtsdogmatik nur „als Kunst“ (*τέχνη, ars*) oder „Klugheit“ (*φρόνησις, prudentia*) behandelt werden.<sup>63</sup> Dies hat wohl *Kirchmann* angesprochen, als er die Rechtswissenschaft als Disziplin, „die das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht“ beschreibt.<sup>64</sup> Unter Verweisung auf die Konstanz bestimmter Probleme im Sozialbereich bzw. auf „sachlogisch bedingte Strukturen“ im Recht sucht *Larenz* die wissenschaftliche Objekteigenschaft des Gegenstandes der Rechtswissenschaft in seiner Entgegnung zu *Kirchmann* zu beweisen.<sup>65</sup> *Neumann* sieht hier allerdings nur wenig

<sup>54</sup> *Savigny*, Methodologie der Dogmatik: Wissenschaftstheoretische Fragen, in: Neumann/Ralf/von Savigny (Hrsg.), Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, 7 (8).

<sup>55</sup> *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2010, 123; ähnlich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 61.

<sup>56</sup> *Savigny*, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze, Eine Untersuchung wissenschaftlichen Argumentierens, 1967, 95.

<sup>57</sup> *Neumann* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 390.

<sup>58</sup> *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 18.

<sup>59</sup> *Savigny*, in: Neumann/Ralf/von Savigny (Hrsg.), Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, 142.

<sup>60</sup> *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, VI, 1139 b; vgl. auch *Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, 15.

<sup>61</sup> *Neumann* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 387.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*; vgl. auch *Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, 49.

<sup>64</sup> *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Ein Vortrag 1848 gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Schäfer, Anton (Hrsg.), 1. Aufl. Nachdruck v. 2003, 25.

<sup>65</sup> *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, 23.



Abhilfe, da sie „den weithin kontingenten [...] Charakter“ des positiven Rechts, das den überwiegenden Gegenstandsbereich der Jurisprudenz darstellt, „nicht infrage stellen können“.<sup>66</sup> Dennoch gilt die Nichtnotwendigkeit des Gegenstandes nicht nur für die Jurisprudenz sondern auch für „weite Teile der Geisteswissenschaften“.<sup>67</sup> Neumann erachtet daher – scheinbar – eine Nachfolge des Neukantianismus als angemessen, die die Wissenschaften einerseits in nomothetische Wissenschaften, andererseits in idiographische Wissenschaften einteilt.<sup>68</sup> Danach sind nomothetische Disziplinen solche, die über den Gegenstandsbereich allgemeine Gesetze aufstellen. Idiographische Wissenschaften sind dagegen diejenigen, die nur singuläre Beschreibungen formulieren; hierunter wäre auch die Rechtswissenschaft zu ordnen. Da die Rechtsdogmatik jedoch neben ihrer beschreibenden Funktion auch eine kreative Funktion erfüllt, nämlich die Erarbeitung nicht vorgegebener rechtlicher Regeln, kann sie nicht nur als graphische Wissenschaft eingeordnet werden.<sup>69</sup> Neumann beendet seine Darlegung der Gegenstandsproblematik mit der Verlegung des Diskussionsschwerpunktes auf die Methodik.<sup>70</sup>

Besonders an der Jurisprudenz ist, dass sich nicht nur ihr Gegenstand verändert, sie selbst verändert ihren Gegenstand.<sup>71</sup> Hier leidet scheinbar die dem scientistischen Wissenschaftsbegriff notwendige Unabhängigkeit des Erkenntnisobjekts vom erkennenden Subjekt.<sup>72</sup> Dem ist allerdings nur so, wenn man das Recht als vollendet, die Regeln als bestimmt und bekannt betrachtet. Betrachtet man die Tätigkeit der Jurisprudenz als darauf gerichtet, das Recht weiter zu entwickeln, bzw. die innere Systematik des Rechts offenzulegen und das geltende Recht entsprechend der inneren Systematik zu interpretieren, beeinflusst die Jurisprudenz nicht ihren Gegenstand sondern nur die Arbeits-hypothesen auf dem Weg zur Feststellung des Gegenstandes. Das perfekte Recht würde schließlich die Wahrheit sein, die nach Falsifikation bzw. Aussparen aller nicht zutreffenden Fallgruppen übrig bliebe. Da sich die Gesellschaft aber fortentwickelt, wird sich auch der Gegenstand der Jurisprudenz fortentwickeln.<sup>73</sup> Die Jurisprudenz muss sich selbst überprüfen.<sup>74</sup>

### III. Zusammenfassende Stellungnahme

Nach allgemeinem Verständnis setzt sich Wissenschaftlichkeit aus drei Elementen in unterschiedlich starker Ausprägung zusammen. Diese sind: Erkenntnisorientierung,

---

<sup>66</sup> Neumann in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 387.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid., 387 f.

<sup>69</sup> Ibid., 388.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Vgl. das Beispiel der Entwicklung der *culpa in contrahendo* u.a. bei Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 16.

<sup>72</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 17.

<sup>73</sup> Neumann in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 393.

<sup>74</sup> Hierzu auch Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008, Rn. 17 in einer Klammer: „Während das Objekt der Rechtsdogmatik eigentlich nicht Normen, sondern Rechtsfragen sind“.

Methodik und Überprüfbarkeit, wobei die Überprüfbarkeit in gewissem Sinne auch in der Ausgestaltung der Methodik zu beachten ist.

Unter dem Begriff der Jurisprudenz wird zumeist die Rechtsdogmatik, also die Beschäftigung mit dem geltenden Recht und seinen Prinzipien sowie norm-propositive Tätigkeit verstanden – wobei die Rechtsprechung, also die Praxis, unter Berücksichtigung der Unterscheidung zwischen Wissenschaft und Praxis in allen Disziplinen ausklammert wird.

Als zentrales Kriterium der Wissenschaftlichkeit stellt sich die Frage, ob die Überprüfbarkeit der Jurisprudenz möglich ist, ob sie also Wissenschaft ist. Eine Möglichkeit der Überprüfung ist der Wahrheitsbeweis. Empirische Überprüfbarkeit der Rechtsdogmatik durch Verifikation ist jedoch nur insoweit möglich, als sie wiedergebend oder norm-propositiv verfährt.

Rechtsbehauptungen dagegen können durch richterliche Tätigkeit *zertifiziert* werden, dies macht sie jedoch nicht wahr, sondern lediglich durchsetzbar.

Die Folgerichtigkeit juristischer Argumentation kann durch einfachen logischen Nachvollzug überprüft werden, sofern die Entscheidungsgrundlage offengelegt wird. Interessant ist, dass die Überprüfung der Jurisprudenz nicht nur auf wissenschaftlicher Ebene durchgeführt wird – also durch logisches Nachempfinden der Gedankengänge – sondern institutionalisiert ist. Dies ist wohl mit dem besonderen Charakter des Rechts zu erklären: Es legt Verhaltensregeln auf, die zwingend sind und im Regelfall auch gegen den Willen des Einzelnen durchgesetzt werden können.

Das Falsifikationsmodell von *Popper* scheint für die Jurisprudenz unangemessen, da sie, wie dargestellt, nicht der Notwendigkeit des Wahrheitsbegriffs unterliegt. Juristische Allsätze – solange es sich nicht um überpositive Richtigkeitskriterien handelt – sind nie vollendet, weshalb sie angepasst werden müssen. Dies erfolgt regelmäßig durch die Dogmatik und die Rechtsprechung, womit der „Verbesserungspflicht“ durch das Falsifikationsmodell trotzdem entsprochen wird.

Drei Besonderheiten determinieren die Jurisprudenz als Wissenschaft: ihr autoritatives Element, ihre Wertgebundenheit und die Veränderlichkeit ihres Gegenstandes. Diese hindern jedoch nicht die intersubjektive Überprüfbarkeit, das heißt die wiederholbare Nachvollziehbarkeit durch jeden anderen. Sind die zu diskutierenden Elemente klar herausgestellt, ihr Inhalt für den verwendeten Zweck erläutert und insbesondere die dem Verfahren der Erkenntnisgewinnung zugrunde gelegten Werte aufgezeigt, so ist logische Nachvollziehbarkeit immer gegeben. Dadurch wird juristischer Erkenntnisgewinn überprüfbar und somit wissenschaftlich.

Der Wissenschaftsbegriff kann ausschließlich methodisch erklärt werden, nämlich als in einem besonderen überprüfbaren Verfahren durchgeführte Tätigkeit zum Erkenntnisgewinn. Hierbei kann von der Unveränderlichkeit des Untersuchungsgegenstandes als Voraussetzung des aristotelischen Wissenschaftsbegriffs abgesehen werden. Die vorliegende Darstellung kann damit geschlossen werden, dass die Jurisprudenz als Rechtsdogmatik eine Wissenschaft ist, da sie sich wissenschaftlicher, d.h. überprüfbarer, Methodik bedient und systematisch Erkenntnisse zu gewinnen sucht. „Ein Federstrich des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur!“<sup>75</sup> – Zum Glück, denn dies bedeutet, dass sich das Phänomen Recht weiterentwickelt und zu neuer Erkenntnisuche Stoff gibt!

---

<sup>75</sup> Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848 (Nachdruck 2003), 23.