

## Zwischen Positivismus und Postmoderne: Herausforderungen für das Recht im 21. Jahrhundert

Auf der Suche nach Rationalitätsmaßstäben im postmodernen Recht

Gabriele Buchholtz\*

|  |    |  |     |
|--|----|--|-----|
| A. Rückbesinnung auf die Grundlagen des Rechts ..... | 97 | D. Rationalität durch Kontrolle? ..... | 100 |
| B. Rationalität als Fiktion? .....                   | 97 | E. Hilfe bei Hegel? .....              | 100 |
| C. Rationalität durch Interdisziplinarität? .....    | 98 | F. Fazit .....                         | 102 |

Am 27. Oktober fand an der Bucerius Law School eine rechtsphilosophische Tagung zum Thema „Zwischen Positivismus und Postmoderne: Herausforderungen für das Recht im 21. Jahrhundert“ statt – organisiert von drei jungen Wissenschaftlern der Hochschule Dr. Christian Becker, Dr. Gabriele Buchholtz und Dr. Johanna Croon-Gestefeld. Erklärtes Ziel der Veranstaltung war die Suche nach Rationalitätsmaßstäben im Recht – eine Suche, die sich in Zeiten von Globalisierung und einer zunehmenden Pluralisierung gesellschaftlicher Ordnungs- und Wertesysteme immer schwieriger gestaltet. Im Zuge dieser Entwicklung nimmt das Recht seine Steuerungsfunktion häufig nur noch in Randbereichen wahr und übt sich ansonsten in Selbstbeschränkung. Das einstige „Ideal“ einer strengen Gesetzesbindung und normtextorientierten Rechtsanwendung ist längst hinfällig geworden. Gleichzeitig – so der scheinbar paradoxe Befund – verlangt die Bevölkerung in Zeiten von Finanzkrisen und Terrorismus nach einem „starken“ Recht, das überprüfbar Rationalitätsmaßstäben folgt und in vorhersehbarer Weise auf gesellschaftliche Vorgänge einwirken kann. Zu klären war also: Wie kann das positive Recht – am „postmodernen Abgrund“ – weiterhin eine verlässliche Ordnung sein?

Ausgehend von der Erkenntnis, dass eine Rückbesinnung auf die Grundlagen des Rechts unerlässlich ist (A.), folgten vier Vorträge von Prof. Dr. Günther Ortmann (Universität Witten/Herdecke), Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem (Bucerius Law School), Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli (Universität Hamburg) und Prof. Dr. Jochen Bung (Universität Hamburg). Aus unterschiedlichen Perspektiven widmeten sich die Referenten der Rationalitätssuche im Recht – entlang der Fragen, ob Rationalität durch Fiktion (B.) und/oder eher durch ein interdisziplinäres Aus- und Umgreifen des Rechts zu gewinnen sei (C.), wie sich Rationalität und Kontrolle zueinander verhalten (D.). Und schließlich suchte man bei der Hegelschen Rechtsphilosophie nach Rationalitätsmaßstäben im Recht (E.).

\* Dr. Gabriele Buchholtz, LL.B. ist Habilitandin und Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (einschl. Europarecht), Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung bei Herrn Prof. Dr. Hermann Pünder LL.M. an der Bucerius Law School in Hamburg.

## A. Rückbesinnung auf die Grundlagen des Rechts

Zum Auftakt der Veranstaltung betonte Rechtsanwalt und Förderer der Veranstaltung Dr. Dr. Kai-Michael Hingst (White & Case LLP) die Notwendigkeit einer grundlagenorientierten Rechtswissenschaft. Zugegeben sei in der Rechtspraxis ein gewisses Maß an Pragmatismus unerlässlich. Im Übrigen verhindere der alltägliche Handlungs- und Entscheidungsdruck, dass beim Rechtspraktiker Zweifel am Gesamtsystem aufkämen. Gleichwohl – so Hingst – gebiete es die „Tugend des Denkens“, dass man sich „Rechenschaft“ über die Grundlagen der eigenen Disziplin ablege. Und was noch viel wichtiger sei: Die Grundlagenorientierung komme auch der Praxis selbst zu Gute. Es gehe nämlich darum, sich der eigenen Fallhöhe bewusst zu werden, nicht zuletzt, weil damit der (Über-)Mut beim Rechthaben und Rechtbekommen in Freude an der Rechtsfindung und Rechtsgestaltung verwandelt werden könne.

Wie anspruchsvoll dieses Unterfangen ist, zumal das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis ein antagonistisches ist, veranschaulichte Hingst eindrücklich. Er verwies auf das Märchen von „Hans im Glück“: Bekanntlich tauschte Hans einen zum Lohn erhaltenen Goldklumpen nach und nach gegen vermeintlich geringwertigere Güter ein – erst gegen ein Pferd, dann gegen eine Kuh, später gegen ein Schwein, anschließend gegen eine Gans und am Ende gegen einen Wetzstein. Doch auch der Besitz des Wetzsteins – er fiel in einen Brunnen – war nur von kurzer Dauer. So steht Hans schließlich mit leeren Händen da. Aber – und darin liegt laut Hingst die Pointe des Märchens – Hans ist angesichts dieses Verlustes nicht betrübt, sondern fühlt sich frei von aller Last und geht fröhlich seiner Wege. Hier schlägt Hingst nun den Bogen zum Recht, muss aber erkennen, dass der Jurist das glückliche Schicksal des „Hans“ nicht teilen kann. Wenn nämlich die vermeintlichen Sicherheiten der Rechtsmethode und Rechtsphilosophie plötzlich fehlten – versinnbildlicht durch den Verlust des Goldklumpens und des Pferds bis hin zum Verlust des Wetzsteins –, stehe der Jurist im „postmodernen Nichts“. Was bleibe, sei Ernüchterung. Doch in den Zustand einer „präanalytischen Unschuld“ – so Hingst – könne sich der Jurist nicht zurückversetzen und es wäre auch nicht wünschenswert, all die gewonnenen erkenntnis- und sprachtheoretischen Einsichten aus dem Bewusstsein zu verbannen. Vor diesem Dilemma stehe der Jurist – quasi im Spagat zwischen Positivismus und Postmoderne. Abhilfe könne nur eine Rückbesinnung auf die Grundlagen des Rechts schaffen. Getragen von dieser Einsicht widmeten sich die nachfolgenden Vorträge der Rationalitätssuche im Recht.

## B. Rationalität als Fiktion?

Wie tief der Jurist fallen kann – nämlich ins Bodenlose –, veranschaulichte sogleich Prof. Dr. Günther Ortmann, Leiter des Reinhard-Mohn-Instituts der Universität

Witten/Herdecke. In seinem Referat „Als ob. Fiktionen in Alltag, Ökonomie und Recht“ erklärte Ortmann jegliche Rationalität für eine „notwendige Fiktion“. Es bestehe jedoch kein Anlass zur Trauer, denn die notwendige Fiktion könne Wirklichkeit – also auch Rationalität – nachträglich schaffen. Getreu dem Motto: Alles, was man fingiert, wirkt im Sinne eines konstruierten Prozesses nach und lässt das Fingierte retrospektiv wirklich werden. Zur Veranschaulichung einer notwendigen Fiktion bemühte Ortmann das „Bootstrapping-Paradoxon“. Beim „Bootstrapping“ geht es um das eigentlich unmögliche Unterfangen, sich selbst am eigenen Schopfe aus dem Sumpf zu ziehen. Oder – wie einst Heinrich von Kleist formulierte – um die „allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden“.<sup>1</sup> Ähnlich – so Ortmann – verhalte es sich mit dem Erlernen von Sprache durch den Akt des Sprechens. Auch die Selbstreferentialität des Rechts – hier griff Ortmann auf einen Ausspruch von Gunther Teuber zurück – zeige sich darin, dass „sich der Staat als juristische Person wie einst Münchhausen am eigenen Schopfe aus dem Sumpf zieht, indem der Staat als Fiktion sich selbst fingiert“.<sup>2</sup> In all den genannten Fällen gehe es um „zirkulär gebaute Selbstverursachung und Selbstbegründung“.<sup>3</sup> Denke man diesen Gedanken konsequent fort, so sei letztlich auch die „Menschenwürde“ oder das „Eigentum“ und die „Erbschaft“ ebenso wie die „natürliche Person“ eine Fiktion; denn „der Rechtsbegriff der Person ist stets ein juristischer“. Folglich sei die „juristische Person“ – wie bereits Max Weber festgestellt habe – eine „Tautologie“.<sup>4</sup> Im Prinzip stelle auch jegliche Fundierung des Rechts – einschließlich der Theoriebildung – eine notwendige Fiktion dar.

So faszinierend die Gedankenexperimente von Ortmann sind, kommt doch bald eine gewisse Ernüchterung auf. Bei einem derart weiten – gar uferlosen – Fiktionalitätsverständnis stellt sich nicht nur die Frage nach dem Unterschied zwischen Normativität und Fiktion, sondern auch danach, ob nicht letztlich alles eine Fiktion sei. Ortmann beantwortete diese Frage – man hätte es ahnen können – damit, dass Normativität nur ein Sonderfall der Fiktion sei. In allem stecke ein „Funke“ Fiktionalität. So sei eine Abgrenzung zwischen Fiktion und Nichtfiktion quasi unmöglich. Ob dem Rechtsanwender mit dieser kühnen Feststellung tatsächlich geholfen ist, mag man bestreiten. Trotzdem, und das ist einsichtig, sind Fiktionen für die Funktionsfähigkeit von Systemen und Gesellschaften unerlässlich.

### C. Rationalität durch Interdisziplinarität?

Für den nach Rationalität suchenden Juristen hatte auch Wolfgang Hoffmann-Riem, ehemaliger Bundesverfassungsrichter und Affiliate Professor für öffentliches

1 Heinrich von Kleist, Über die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden, 1805.

2 Gunther Teuber, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 11.

3 Günther Ortmann, Als Ob: Fiktionen und Organisationen, 2004, S. 58.

4 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 424.

Recht an der Bucerius Law School, zunächst eine eher nüchterne Botschaft. Die uns bekannte juristische Methodik liefere keine tauglichen Rationalitätsmaßstäbe mehr. Was bietet uns Hoffmann-Riem als Lösung an? Unter dem Titel „Kontextoffenheit von Recht – Kontextoffenheit von Rationalität“ verdeutlichte er, dass ein Rückgewinn an Rationalität nur möglich sei, wenn das Recht seine vertrauten Gefilde verlasse. Erforderlich sei – so Hoffmann-Riem – die Einsichten in das Zusammenspiel von Normen und sozialer Realität. Nur durch interdisziplinäre Maßstabsergänzung beim Herstellungs- und Darstellungsprozess einer Entscheidung könne der Jurist die Legalität des Handelns und normative Legitimation sichern. Auch die juristische Methodenlehre habe diesen Befund in sich aufgenommen, um heute rational zu sein. Daher müsse die traditionell linear gedachte Legitimationskette durch die „bessere Fiktion“ des Legitimationsnetzwerks ersetzt werden.

Wie aber sieht die Zukunft der Rechtsanwendung aus? Hier nun schlägt Hoffmann-Riem den Bogen zu seinem aktuellen Forschungsgegenstand: Legal Tech und dem wachsenden Einfluss von Algorithmen auf die Rechtsanwendung. In der Tat – so Hoffmann-Riem – könnten programmierte Standardverträge, sog. smart contracts und algorithmengesteuerte Analysen von gerichtlichen Entscheidungen dem Rechtsanwender einen Rationalitätsgewinn bescheren. Gleichwohl berge dieser „digitale Neopositivismus“ – hiermit gelingt Hoffmann-Riem eine treffende Wortneuschöpfung – erhebliche Gefahren. Während die Anwendung rechtlicher Regelungen ein Akt sozialer Sinndeutung sei, stelle die Anwendung von Algorithmen einen rein technischen Akt dar. Zwar sei auch der Algorithmus im Schöpfungsakt „menschengemacht“, er vollziehe sich aber fernab rechtsstaatlicher Kontrolle in einer „digitalen Dunkelkammer“. Die Gefahren für den Rechtsschutz, insbesondere rechtliches Gehör, Beteiligung und Begründung, liegen laut Hoffmann-Riem auf der Hand. Auch der Anwendungsakt berge Gefahren: Für soziale Erwägungen sei bei der Anwendung von Algorithmen nämlich kein Raum, denn eine technische Selektion der zu erfassenden Kontexte sei nicht möglich und eine angemessene Rationalitätssicherung durch Algorithmen nicht zu erwarten.

Was bleibt? Trotz der angesprochenen Bedenken ist die Zukunft nicht so düster wie es scheint. Um die Chancen von Legal Tech zu nutzen, müsse die technische Entwicklung juristisch determiniert und begleitet werden. Man müsse die Chancen der digitalen Rechtsanwendung – so Hoffmann-Riem – ausreichend rechtsstaatlich umhegen. Hier hilft auch eine Rückbesinnung auf die Frage, was „Rechtsmachen“ als ein sozialer Akt tatsächlich bedeutet. Sicherlich wird man sich auch bemühen müssen, Rationalität, Legitimität und Legitimation „algorithmengerecht“ zu definieren.

## D. Rationalität durch Kontrolle?

Anknüpfend an die bereits aufgeworfenen Fragen der Rationalitätskontrolle bei der Rechtsanwendung lieferte Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli von der Universität Hamburg einen Beitrag aus der Perspektive des Strafrechts („Rationalitätskontrolle bei strafrechtlichen Wertungsakten“). Es ging um strafgerichtliche Entscheidungen darüber, ob ein wertendes Gesetzesmerkmal wie etwa das der „niedrigen Beweggründe“ (§ 211 Abs. 2 StGB) erfüllt ist. Eine diesbezügliche Rationalitätskontrolle findet im Rahmen der Revision gemäß § 337 StPO statt. Die Revisionsinstanz prüft, ob eine Norm nicht oder nicht „richtig angewendet“ worden ist. Diese Kontrolle – so Kuhli – erweise sich aber häufig als defizitär. Sie stoße an ihre Grenzen, wenn die Revisionsinstanz den Vorinstanzen bei wertenden Tatbestandsmerkmalen einen nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum einräume. Dieser greife nach ständiger Rechtsprechungspraxis des BGH nicht nur dann ein, „wenn auch eine andere tatrichterliche Wertung möglich gewesen wäre“, sondern – was laut Kuhli besonders bedenklich ist – auch dann, wenn „ein anderes Ergebnis möglich oder näherliegend gewesen wäre“.

Kuhli widmete sich nun der Frage, wie es zu der eingeschränkten Überprüfbarkeit strafrichtlicher Wertungsakte komme: Dies sei einerseits dem notwendigen „Hin- und Herwandern“<sup>5</sup> zwischen Sachverhalt und Norm bei der Rechtsanwendung geschuldet, wobei immer nur eine gewisse Annäherung beider Bereiche erzielt werden könne. Eine weitere Grenze der Überprüfbarkeit folge aus der Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage. Gerade bei wertenden Tatbestandsmerkmalen gestalte sich diese Abgrenzung als schwierig, weil die Anwendung wertender Tatbestandsmerkmale letztlich höchstpersönlicher Natur sei und deshalb bis zu einem bestimmten Grad nicht regelgeleitet ablaufen könne. Dies sei rechtsstaatlich problematisch, wenn der Anteil höchstpersönlicher Wertung verhältnismäßig groß sei. Es gelte daher, diese wertenden Anteile möglichst zu reduzieren und jede Einschränkung der Rationalitätskontrolle zu begründen. Ein gewisses Maß an Konsistenz oder Vertretbarkeit könne hilfreich sein, um höchstpersönliche Anteile zu reduzieren. Ein wirklich tauglicher Rationalitätsmaßstab sei damit aber nicht gewonnen. Kuhlis überzeugendes Fazit lautete also, dass die Nicht-Überprüfbarkeit einer rechtlichen Entscheidung eine gut zu begründende (!) Ausnahme bleiben müsse.

## E. Hilfe bei Hegel?

Prof. Dr. Jochen Bung von der Universität Hamburg beschloss das Symposium mit seinem vielversprechenden Vortrag „Rechtsreflexe und reflexives Recht: Wer hat Angst vor Georg Hegel?“. Die Erwartungen wurden nicht enttäuscht. Bung begeisterte zunächst mit einer Tour d' Horizon über die „Grundlinien der Philosophie

5 Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 15.

des Rechts“ und verdeutlichte, wie nützlich dem Juristen eine Auseinandersetzung mit der Hegelschen Rechtsphilosophie sein kann. Sodann wies Bung auf die Unterscheidung zwischen Reflex und Reflexion hin: hier die Gedankenlosigkeit, dort das Denken. Die Gedankenlosigkeit, die Hingst einleitend mit Pragmatismus umschrieben hatte, sei wesentlich für die Rechtspraxis. Gleichwohl fordere das Recht stets zum Nachdenken auf und lasse keine absolute Gedankenlosigkeit zu. Recht sei also zugleich Reflex und Reflexion, einerseits „besinnungsloser Ablauf“, andererseits „reflexives Recht“.

Es lohne sich – und hier schloss sich der Kreis zum Impulsreferat von Hingst – nachzuvollziehen, wie reflexhaftes Recht in reflexives Recht übergehe. Eine Hilfestellung biete die Rechtsphilosophie, insbesondere die Hegelsche. Zunächst – so Bungs Appell – gelte es, die Hegel-Ehrfurcht abzulegen. Zugegeben treffe man bei Hegel in stärkerem Maße als bei anderen Autoren auf eine „aversive“ Haltung des Lesers. Habe man aber diese Scheu einmal abgelegt, stelle man fest, dass Hegel dem postmodernen Juristen eine wahre Hilfestellung biete. In seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ habe Hegel eindrucksvoll dargestellt, dass die Rechtsphilosophie eine bessere Verhältnisbeschreibung des Rechts zu sich selbst ermögliche. Es gehe darum, das Wesentliche am Recht zu erfassen. Vor allem Hegels „spekulativen Methode“ helfe dabei, die wesentlichen Zusammenhänge zu begreifen. Der Sinn dieser Methode entfalte sich am Gegenstand selbst. Spekulatives Denken bedeute, dass man in unbefangener Weise den notwendigen Zusammenhang zwischen einzelnen Erscheinungen erkenne und dadurch das „sich entwickelnde Ganze“ erfasse – wobei die Entwicklung des Ganzen als immanente Notwendigkeit und nicht als sukzessive Abfolge von Ereignissen zu verstehen sei.

Lege man dem Recht diese spekulativen Denkungsart zugrunde, zeige sich, dass eine strikte Trennung von positivem und natürlichem Recht sinnlos sei. Das Dilemma zwischen Positivismus und Postmoderne wird damit relativiert, wenn nicht sogar vollständig negiert. An dieser Stelle verwies Bung auf ein Hegel-Zitat, wo es heißt: „Dass das Naturrecht oder das philosophische Recht vom positiven verschieden ist, dies darein zu verkehren, dass sie einander entgegengesetzt und widerstreitend sind, wäre ein großes Missverständnis“.⁶ Auch der „Staat“ sei nach dem Hegelschen Verständnis nur eine „spekulativen Erscheinung“. Der Hegelsche „Not- und Verstandesstaat“ stehe für die institutionelle und soziale Gesamtheit einer Gesellschaft – eine Feststellung, die ein zutiefst rechtssoziologisches Verständnis der Hegelschen Rechtsphilosophie offenbare. Man müsse sich also von einem rein formalen, staatsorganisationsrechtlichen Begriff des Staates abkehren und einem soziologischen Verständnis zuwenden, um Hegels Idee vom Staat zu begreifen. Verfehlt

6 G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werkausgabe Bd. 7, hrsg. v. E. Moldenhauer und K. M. Michel, Frankfurt am Main 1986, S. 35.

wäre es daher, wenn man der gängigen Kritik am „Staat“ ein Hegelsches Staatsverständnis zugrunde lege. Freilich habe auch Hegel die Ansicht geteilt, dass der „Staat“ (nach herkömmlichem Verständnis) eine Gefahr für die bürgerliche Freiheit darstellen könne. Darum sei es Hegel aber nicht gegangen. Ihn habe nämlich die Erkenntnis geleitet, dass Freiheit nur in organisierter und strukturierter Form – nämlich in *Staatsform* – verwirklicht werden könne. Nur in dieser Form könne der Staat für gesamtgesellschaftliche Gerechtigkeit sorgen. Nach dieser „spekulativen Denkungsart“ sei der Staat als Reflexionsform zu begreifen und deswegen müsse man das Recht immer auch als „*Weltrecht*“ denken.

Diese letzte Einsicht beflogt den postmodernen Juristen. Führt man die Hegelsche Idee fort, so lädt sie ein zu einem transnationalen „spekulativen“ Austausch über das Recht in seinen (rechtssoziologischen) Kontexten. Mit dieser spekulativen Haltung wird der Rationalitätssuchende fündig, wenn er sich nämlich von der Vorstellung eines starren positiven Rechts verabschiedet. Nur so kann er die einzelnen sozialen und gesellschaftlichen „Erscheinungen“ in ihrer Entwicklung zum „Ganzen“ erfassen.

## F. Fazit

Die Veranstaltung hat gezeigt, wie sinnvoll eine Beschäftigung mit den Grundlagen des Rechts ist. Wer jedoch annimmt, dass Rationalität allein im positiven Recht zu suchen sei, der irrt. Die Postmoderne zeichnet sich gerade dadurch aus, dass Rationalität allenfalls contingent ist. Die Hegelsche Denkungsart liefert hier Impulse, die den Zeitgeist nicht besser treffen könnten. Längst ist die Einsicht verbreitet, dass Recht sich nur im „Ensemble seiner Kontexte“<sup>7</sup> als starke Ordnung behaupten kann. Der Jurist ist eingeladen, seine Gefilde zu verlassen und das Recht mit trans- und interdisziplinären Erkenntnissen anzureichern. Auch in Zeiten des „digitalen Neopositivismus“ bleibt es dabei, dass das Recht seine ordnende Kraft nur aus der Fülle seiner Kontexte schöpfen kann. Diesen Prozess muss das Recht ständig reflektieren und dabei transparent und kontrollierbar sein. Nur so kann das Recht als „verlässliche Ordnung“ in postmodernen Zeiten sein Gesicht wahren.

<sup>7</sup> Begriff nach Wolfgang Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte, 2016.