

Alexander Somek

Wissen des Rechts



Fundamenta Juris Publici 7

Mohr Siebeck

Fundamenta Juris Publici

herausgegeben von
Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt
und Hans-Peter Schneider

7



Alexander Somek

Wissen des Rechts

mit Kommentaren von
Andreas Funke und Thomas Vesting

Mohr Siebeck

Alexander Somek, geb. 1961, ist Professor für Rechtsphilosophie und Methodenlehre der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.

Andreas Funke, geb. 1972, hat den Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg inne.

Thomas Vesting, geb. 1958, ist Professor für Öffentliches Recht, Recht und Theorie der Medien an der Universität Frankfurt am Main.

Zitierbeispiele:

Alexander Somek, Wissen des Rechts, Tübingen 2018 (FJP 7), S. 1 (17).

Thomas Vesting, Kommentar, in: *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018 (FJP 7), S. 127 (139).

ISBN 978-3-16-156489-5 / eISBN 978-3-16-156490-1

DOI 10.1628/978-3-16-156490-1

ISSN 2194-8364 / ISSN 2569-3948 (Fundamenta Juris Publici)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der MinionPro gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort der Herausgeber

Fundamenta Juris Publici (FJP) ist die Schriftenreihe des Gesprächskreises „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“, der sich 2011 als Sektion der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer konstituiert hat. Die im Jahresrhythmus erscheinenden Bände dokumentieren den in der Sektionssitzung gehaltenen Vortrag und die beiden dazu abgegebenen Kommentare. Der Reihentitel bekräftigt den Anspruch des Kreises, das wissenschaftliche Gespräch auf die „Grundlagen“ zu konzentrieren: auf die ideen-, verfassungs- und verwaltungsgeschichtlichen, die rechts-, sozial- und staatsphilosophischen sowie die rechtstheoretischen, -dogmatischen und -soziologischen Fundamente des *ius publicum*.

Thema des Gesprächskreises auf der Saarbrückener Staatsrechtslehrertagung Anfang Oktober 2017 war „Wissen des Rechts“. Das dazu vorgetragene und im vorliegenden Band abgedruckte Referat von Alexander Somek wird kommentiert von Andreas Funke und Thomas Vesting.

Nürnberg, Freiburg i. Br. und
Hannover, im April 2018

Rolf Gröschner
Matthias Jestaedt
Hans-Peter Schneider

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
-------------------------------	---

Wissen des Rechts

von *Alexander Somek*

§ 1. Das romantische Projekt	1
§ 2. Was ist „romantisch“?	4
§ 3. Spielen	7
§ 4. Achtzehn Thesen	9
§ 5. Rechtsgeltung	17
§ 6. Das souveräne Rechtsverfahren	19
§ 7. Ein Einwand	21
§ 8. Die notwendige Rechtssatzform	22
§ 9. Selbstbewusstsein	25
§ 10. Selbstbezug	27
§ 11. Eine partielle Perspektive	28
§ 12. Die Entdinglichung des Rechts	29
§ 13. Die Quelle als Deutungsschema	32
§ 14. Selbstdeutung	33
§ 15. Der Kampf um Anerkennung	35
§ 16. Gewohnheitsrecht	38
§ 17. Gesetze und andere Entscheidungen	40
§ 18. Wissenschaft	42
§ 19. Wissen oder Überleben	45
§ 20. Das doppelte Rechtsantlitz	47
§ 21. Gegenseitige Abhängigkeit	48

Inhaltsverzeichnis

§ 22. Die Überwindung des herrischen Wissens	50
§ 23. Konflikte	53
§ 24. Unbequeme Wahrheit	54
§ 25. Legitimitätsbedingungen	55
§ 26. Demokratische Rechtswissenschaft	56
§ 27. Subjektphilosophie?	59
§ 28. Unglückliches Bewusstsein	69
§ 29. Noch mehr Entdinglichung	72
§ 30. Die Konstitution des Gegenstands	73
§ 31. Zwei Dimensionen des moralischen Urteils	75
§ 32. Die Form der Begründung von Rechten	78
§ 33. Die Form der Form	79
§ 34. Die Funktion der Verfassung	81
§ 35. Die doppelte Aporie der Rechtsgeltung	83
§ 36. Das Problem des Verstehens	85
§ 37. Objektiver Geist	87
§ 38. Instabile Systematik	89
§ 39. Sittlichkeit	92
§ 40. Der Rechtszustand	96
§ 41. Entzweiungen	99
§ 42. Rechtswissenschaft als Ausdruck des Rechtsverhältnisses	102
§ 43. Eine weitere Aporie	104
§ 44. Legalität und Ironie	106
§ 45. Schluss	110
Kommentar von <i>Andreas Funke</i>	113
Kommentar von <i>Thomas Vesting</i>	127

Wissen des Rechts

von *Alexander Somek**

§ 1. Das romantische Projekt

„The German Approach“ – das war der Titel, unter dem Christoph Schönberger vor drei Jahren in diesem Forum die deutsche Rechtswissenschaft als einen kulturhistorisch bemerkenswerten Sonderfall präsentierte.¹ Seines Erachtens zeichnet sich der *mos germanicus*² durch zwei miteinander verbundene Ansprüche aus, durch die er sich von anderen Traditionen der Rechtswissenschaft unterscheidet. Erstens werde die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle verstanden und dieser – zweitens – die Funktion zugeschrieben, Zukunftsentwürfe zu entwickeln. Die

* Für die kritische Durchsicht des Manuskripts danke ich Christoph Bezemek, Hanna Mosler und Jakob Rendl.

¹ Siehe *Christoph Schönberger*, Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, Tübingen 2015 (FJP 4).

² Diese Bezeichnung wähle ich, um im Geist der humanistischen Jurisprudenz die Methode unter Hinweis auf die Kultur, der sie entstammt, von anderen abzugrenzen (*mos gallicus*, *mos italicus*). Naheliegender wäre es erschienen, vom *mos teutonicus* zu sprechen; gleichwohl habe ich diese Bezeichnung vermieden, um sowohl die Verwechslung mit der gleichnamigen hochmittelalterlichen Begräbnismethode auszuschließen als auch ja nicht den Eindruck zu erwecken, ich wolle darauf anspielen.

deutsche Professorenschaft erarbeite induktiv und produktiv das deutsche Recht der Zukunft. Dieser „Glutkern“³ des „German Approach“ entstamme einer Wissenschaftslehre, die von der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ins *ius publicum* eingewandert sei.

Mit dieser Beobachtung verfolgt Schönberger keine apologetische Absicht. Ihm geht es vielmehr um die kritische Relativierung durch den Rechtsvergleich und um die Herausarbeitung der Kontextbedingungen, unter denen sich der *mos germanicus* bis heute erhalten hat, wenn auch mit beträchtlich größerer Demut vor Gesetz und Richterspruch als früher. Zu diesen Bedingungen gehören die einheitliche, an Universitäten etablierte Juristenausbildung und die Relevanz der systematischen Rechtswissenschaft für die Entscheidungsbegründung von Höchstgerichten.⁴

Hellsichtig und ein wenig spitz charakterisiert Schönberger die deutsche Rechtswissenschaft in diesem Sinne als ein romantisches Projekt. Sie zeichne sich durch ihren „poetischen Charakter“⁵ aus. Dieser halte sich, wenn auch aus der Verlegenheit der Nationsbildung geboren, historisch durch:⁶

Seit Savigny begreift sich die deutsche Rechtswissenschaft als eine Form der Poesie im Sinne der aristotelischen Ursprungsbedeutung von *Poiesis* als Machen und Schaffen.

Wegen der in ihr enthaltenen Generalisierung mag diese Behauptung vielleicht Widerspruch hervorrufen. Ob sie insbesondere mit Blick auf den staatsrechtlichen Positi-

³ Schönberger (Fn. 1), 2.

⁴ Siehe ebd., 11, 48–49.

⁵ Ebd., 19.

⁶ Ebd., 2.

vismus zutrifft oder sich angesichts der im Kontext der Debatte um das Richterrecht gezogenen Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und -fortbildung aufrechterhalten lässt,⁷ will ich nicht beurteilen. Der Faden, den ich aufnehmen möchte, betrifft das „romantische“ Projekt selbst, das ich im Gegensatz zu Schönberger nicht historisch-vergleichend relativiere. Denn ich bin wohl der Einzige – und damit wohl auch der Letzte –, der an es glaubt.

Ich darf präzisieren, was ich damit meine. Selbst wenn ein Österreicher vielleicht noch aussprechen dürfte, was den Deutschen zu sagen untersagt ist, geht es mir nicht um eine an Fichte gemahnende These, dass das deutsche Verständnis von Rechtswissenschaft an die Ursprache des Rechts anschließt.⁸ Mir geht es um den allgemeinen Hintergrund des *mos germanicus*, nämlich den romantischen Imperativ,⁹ vor dem die vom juristischen Sachverstand

⁷ Siehe etwa die jüngeren Beiträge von *Clemens Jabloner*, Richterrecht im Verfassungsvergleich, in: *Europarecht und Rechtstheorie*, hrsg. v. G. Herzig et al., Wien 2017, 20–45; *Stefan Drechsler*, Grundlagen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, in: *Zeitschrift für das juristische Studium* 4 (2015), 344–355; *Herbert Wiedemann*, Richterliche Rechtsfortbildung, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (2014) 2407–2412; *Robert Schick*, Auslegung und Rechtsfortbildung, in: *Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, hrsg. v. S. Griller & H.-P. Rill, Wien 2011, 209–220; *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, hrsg. v. Ch. Bumke, Tübingen 2012; *Robert Rebhahn*, Auf der Suche nach der *ratio decidendi*, in: *Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift für Heinz Mayer*, hrsg. v. C. Jabloner et al., Wien 2011, 575–595.

⁸ Siehe *Johann Gottlieb Fichte*, Reden an die deutsche Nation, Hamburg 1978, 75.

⁹ Der romantische Imperativ wurde von Friedrich Schlegel formuliert und fordert unter anderem, dass alle Natur und Wissenschaft Kunst und die Kunst zu Natur und Wissenschaft werden sollen. Ein

bevorzugten Unterscheidungen immer schon erzittern, weil unter seinem Vorzeichen alles Finden ein Erfinden, alles Feststellen ein Herstellen und alles Beschreiben ein Bewerten ist. Die Grundgedanken, die im „Glutkern“ aufleuchten, leuchten mir, um beim Bild zu bleiben, ein.

Auf Schönbergers relativistische Diagnose folgt also nun die Apologie – nicht der deutschen Staatsrechtswissenschaften in ihren gegenwärtigen Gestalten, sondern ihrer metaphysischen Grundlage. Wenn rechtliches Wissen sich „romantisch“ versteht, versteht es sich richtig, nicht zuletzt, weil es unter dieser Bedingung das Recht selbst angemessen versteht.

§ 2. Was ist „romantisch“?

Was sich überhaupt sagen lässt, das lässt sich klar sagen.¹⁰ Dieses Vorurteil erfreut sich großer Beliebtheit. Deswegen obliegt es mir zu erklären, was in unserem rechtswissenschaftlichen Kontext unter dem „romantischen Projekt“ zu verstehen ist.

Schönberger hat uns schon in die richtige Richtung gewiesen. Es geht ums Schaffen. Es handelt sich aber nicht um ein Schaffen aus dem Nichts. Wir begegnen hier nicht der Dezision im Schmittschen Sinn.¹¹ Das hier relevante

Denkmal wurde ihm gesetzt von *Frederick C. Beiser*, *The Romantic Imperative: The Concept of Early German Romanticism*, Cambridge, Mass. 2003, inbes. 19–20.

¹⁰ *Ludwig Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt/Main 1976, 7.

¹¹ Siehe *Carl Schmitt*, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.

Schaffen ist ein Umschaffen. Es ist nicht ein Umschaffen um des Umschaffens willen. Das Umschaffen gilt als notwendig, damit sich etwas angemessen *auffassen* lässt. Dem Erkennen wird zugemutet, schöpferisch zu sein, um seine Leistung erbringen zu können. Es muss durch eine Aktivität des erkennenden Subjekts vermittelt werden, die über ein bloß passives Aufnehmen hinausgeht.

Wenn Manfred Frank recht hat,¹² begegnet man diesem Gedanken in der romantischen Lesart der Kantschen Erkenntnistheorie, etwa bei Novalis.¹³ Das Gegebensein der Objekte ist für das Subjekt immer schon durch die Anschauungs- und Urteilsformen vermittelt und insofern dessen eigenes Produkt. In der Konstitution der objektiven Welt wirkt die Einbildungskraft unbewusst. In der Kunst entfaltet sie sich bewusst, selbst wenn sie auch dort von einem Gefühl der Notwendigkeit begleitet sein mag.¹⁴ Der Abstand zwischen Erkennen und Erschaffen ist gering. Beide entstammen einem zutiefst schöpferischen Genus. Das Erkennen gilt daher als bloß aufgrund eines Erzeugens oder Umschaffens möglich. Das romantische Projekt hebt genau diese produktive Grundlage des Erkennens hervor.¹⁵

Dass das Auffassen ein Umschaffen voraussetzt und einschließt, versteht sich geradezu von selbst, wenn man von

¹² Siehe dazu Manfred Frank, Einführung in die frühromantische Ästhetik. Vorlesungen, Frankfurt/Main 1989, 42–43.

¹³ Siehe *Novalis*, Fichte-Studien (1795/96) in: Werke, hrsg. v. H.-J. Mähl – R. Samuel, Bd. 2, München 1978, 7–120 (96–98).

¹⁴ Siehe *F. W. J. Schelling*, System des transzendentalen Idealismus, Hamburg 1957, 288.

¹⁵ Siehe dazu schon *Rudolf Haym*, Die romantische Schule. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Geistes, Berlin 1870 (Nachdruck Darmstadt 1961), 256–257.

ihm erwartet, eine schöpferische Aktivität fortzusetzen, die im Objekt zwar schon angelegt, aber noch unvollständig ausgeführt ist. Das Erkennen sieht sich vor die Herausforderung gestellt, einen Prozess voranzubringen, der im Objekt bereits begonnen worden ist. Im Kontext des Erkennens liegt es nahe, dass es sich um einen Klärungsprozess handelt.

Das Objekt als etwas zu denken, das sich über etwas Klarheit verschaffen will, setzt voraus, es als Subjekt aufzufassen. Ihm lässt sich eine praktische Tätigkeit zuschreiben. Indem das zu erkennende Objekt solcherart als Subjekt und damit als aktiv gedacht wird, erscheint es als handelnd. Es ist damit möglich, dem zu erkennenden Subjekt die Verfolgung von Zwecken zu unterstellen. Das als Subjekt aufgefasste Objekt schöpferisch zu erkennen, kann deswegen in die Aufgabe münden, ihm zu einem besseren Realisieren seiner Pläne zu verhelfen. Die einzige Voraussetzung, die sich das juristische romantische Projekt machen muss, ist die, dass das Recht ein Bestimmtes sein und also feststehen will. Das Recht will klar wissen, was in diesem oder jenem Fall rechtens ist, und will das auch mitteilen. Es will sich ein Dasein geben. Wenn die Realisation dieser Pläne voraussetzt, dass das Subjekt-Objekt lernt, sich besser Klarheit zu verschaffen und deutlicher mitzuteilen, wird dem erkennenden Subjekt die Aufgabe zufallen, das erste Subjekt besser zum Sprechen zu bringen, als es dies selbst vermag. Das erste Subjekt muss gewissermaßen zum zweiten Subjekt werden, um vollständig sein zu können, was es ist.¹⁶

¹⁶ *Christoph Bezemek* hat einen alternativen Formulierungsvorschlag gemacht, der so gelungen (und echt) ist, dass er der Nachwelt

§ 3. Spielen

Wegen der Emphase auf das Schaffen kommen die Kunst und die Ästhetik herein. So viel ist wahr. Aber sie kommen nicht in dem Sinne ins Spiel, dass die germanische Rechtswissenschaft sich rühmen dürfte, Kunstwerke zu produzieren. Es verhält sich nicht so, als ob sich in Lehrbüchern und Kommentaren „eine Unendlichkeit von Absichten“ manifestierte und diese also einer „unendlichen Auslegung fähig“ wären.¹⁷ Zumindest im Regelfall ist es nicht so, dass die Texte der Rechtswissenschaft in ihrem Sagen geheimnisvoll bleiben und sich in ihren Aussagen der letzte konstituierende Sinn verbirgt.¹⁸ Gleichwohl zeichnet sich das romantische Projekt durch einen ästhetischen Umgang mit dem Material aus. Es entlockt ihm Bedeutungsüberschüsse, die man ihm auf den ersten Blick nicht angesehen haben mag. Dies gelingt nur, indem man mit dem Material *spielt*. Man hebt gewisse Teile hervor, ignoriert andere und probiert verschiedenste Kombinationen aus.

Wenn man dieses Spielen unterlässt und das Material so liegen lässt, wie man es findet, dann bleibt es bei der Interpretation von Texten, womöglich in der Form der Suche nach dem Willen des historischen Gesetzgebers oder der ursprünglichen Wortbedeutung der Verfassungsbegriffe.¹⁹

unverloren bleiben muss: „Es muss, um sich selbst zu wissen, sich (im doppelten Wortsinn) im anderen wissen. Es ist ‚selbst-bewusst‘.“

¹⁷ Schelling (Fn. 11), 289.

¹⁸ Siehe Martin Heidegger, Der Ursprung des Kunstwerks, in: *ders.*, Holzwege, 5. Aufl. Frankfurt/Main 1972, 7–68 (49).

¹⁹ Eine durchaus anspruchsvolle Verteidigung des „originalism“ bietet Lawrence B. Solum, We are All Originalists Now, in: Robert