

Vom Ende der Methode*

Es ist eine besondere Pointe der Theorie-schöpfung Thomas S. Kuhns, dass man im Wissenschaftsdiskurs nach schnellem Abschied vom »Fortschrittsdenken« nunmehr in den »Paradigmenwechsel« geradezu vernarrt zu sein scheint – fast täglich kippen die Paradigmen wie die Pappkameraden, Paradigmenwechsel ist immer und überall. So auch in der ambitionierten Dissertation von Marietta Auer, die schon im Vorwort von der »hergebrachten« Methodenlehre spricht, »jenseits« deren »Wege« die Verfasserin »eine neue Antwort« (VII) geben will auf die Frage nach der Konkretisierbarkeit der berichtigten Generalklauseln im deutschen Privatrecht – immerhin, ein Megathema der (Privat-)Rechtsgeschichte. Und wer ein solches zu verhandeln hat, der schaut – das war früher so und ist offenbar auch heute noch so – besser in seinen Wieacker. Das hat auch Marietta Auer getan und sich Wieackers mittlerweile »klassischer« Kritik an der »positivistischen Betrachtung« der Generalklauseln angeschlossen, denn, so Wieacker vor nunmehr einem halben Jahrhundert, eine solche Betrachtung liefere »keine echten Kriterien« und lasse die Funktion der Generalklauseln »nicht einmal erkennen«; letztlich gehe es doch in Wahrheit nicht um vergebliche Anwendungsversuche einer positiven Rechtsnorm, sondern um die »unausweichlichen Antinomien des Rechtsbegriffs selbst«.¹ Das Zitat liefert nicht nur Motto wie Untertitel, Wieackers Hinweis ist die Generalthese der Arbeit. Marietta Auer will zeigen, dass die »hergebrachte« (= positivistische) Methodenlehre mit ihren Versuchen, Generalklauseln durch Konkretisierung, Prinzipienjonglur, Funktionspyramiden etc. einer rationalen Gesetzesanwendung zuzuführen, per se

zum Scheitern verurteilt ist. Denn statt rationaler (oder doch: rationalisierbarer) Prinzipien/Wertungen/Richtlinien lägen den Generalklauseln tatsächlich drei »Antinomien des Privatrechtsdenkens« zugrunde (Individualismus vs. Kollektivismus, Rechtssicherheit vs. Einzelfallgerechtigkeit, Richterbindung vs. richterliche Freiheit, siehe jeweils 10 ff., 46 ff., 64 ff.), die eben nicht miteinander in einem widerspruchsfreien System zu vereinbaren seien. Marietta Auer plädiert dafür, den »positivistischen« Glauben an die Operationalisierbarkeit einer Rechtsnorm wie § 242 BGB endgültig zu Grabe zu tragen, um stattdessen entlang jener »Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens« zu einer Privatrechtstheorie zu gelangen, die die »moralischen und rechtspolitischen Grundlagen des Privatrechtsdenkens« (218) nicht länger ausklammert.

Die Arbeit versteht sich so ausgesprochen »realistisch«, wenn sie, in der Tradition von Kantorowicz, vor allem aber von Oliver Wendell Holmes und des amerikanischen *Legal Realism* (siehe nur 173 f., 213 sowie das Motto von Holmes), immer wieder auf die »tatsächliche« (219 und anderswo) Situation der Generalklauseln, auf jenes »what the courts will do in fact«,² bezogen sein will. Zugleich ist sie aber im Kern ein rechtstheoretischer Beitrag, und dieses Spannungsverhältnis durchzieht die gesamte Arbeit. So bleibt der Nachweis, dass »tatsächlich«, wenn über Generalklauseln unter den Vorzeichen von »Materialisierung« u. ä. diskutiert wird, eigentlich die drei Antinomien des Privatrechtsdenkens verhandelt werden, prekär stecken zwischen Diskursanalyse und rechtstheoretischem Essay. Insbesondere zur Diskursanalyse fehlt nicht nur ein breiterer Zugriff auf

* MARIETTA AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, XXIII, 262 S., ISBN 3-16-148461-4

1 FRANZ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen 1956, 10.

2 So legendär O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, in: *Harvard Law Review* 10 (1897) 457, 461.

die Diskussion (geschweige denn auf die Rechtsprechung), was ohnehin den Rahmen gesprengt hätte, sondern vor allem die Loslösung von theoretischen Modellen, die bei Marietta Auer eher in die jeweiligen Beiträge hineingelesen denn aus ihnen entnommen werden. In der Tat bleibt die angeblich »materielle Antinomie« von individualistischen und kollektivistischen Tendenzen im »Privatrechtsdenken« das, was sie ist: ein Modell, das die Wirklichkeit im besten Fall nur knapp, aber selbst dann naturgemäß sicher verfehlt. So ist insbesondere der heuristische Wert gering, der Zirkel aber geschlossen, wenn anhand der historischen Generalklauseldebatte zu § 1 UWG a.F. solche und andere Modelle angelegt werden, um wiederum historische Belege für diese Modelle zu gewinnen. Hier zeigt sich die Arbeit befangen in der spätestens seit Kantorowicz gepflegten und durch Dieter Grimm im Anschluss an Wieacker zu geistiger Blüte gebrachten Tradition des rechtshistorischen Arbeitens mit dem Modell einer liberal-individualistischen/material-kollektivistischen Grundspannung in der Privatrechtsgeschichte.³ So reizvoll und (vor allem didaktisch) ertragreich diese Versuche waren und sind – die Achilles-Ferse dieser Modelle blieb immer der (nicht immer mühsame) empirische Nachweis, dass sich die jeweiligen Diskussionen keineswegs auf das Modell reduzieren lassen, oder manchmal sogar von ihren vermeintlichen »Themen« ganz unbeeindruckt blieben.⁴

Die so recht apodiktisch gebliebene Prämisse vom individualistisch-kollektivistischen Kampf um die Rechtswissenschaft wird zugleich enorm bedeutungsvoll, wenn sie als Argument herhalten soll, die Methodenlehre *als solche* ad acta zu legen. Das Aufgehen von »Privatrechtstheorie« in Methodenlehre, immerhin ein *essential* des liberalen/demokratischen Projekts seit der zwei-

ten Hälfte des 19. Jahrhunderts, wird, wieder im Gefolge Wieackers, als Missstand empfunden (siehe nur bei 1 mit Fn. 3); Methodenlehre soll stattdessen durch »Privatrechtstheorie« ersetzt werden. Natürlich kann eine moderne Rechtswissenschaft nicht an den (überzeugenden) postmodernen Zweifeln an der Bindungswirkung positiven Rechts vorbeigehen; den entsprechenden Desillusionierungen ist in der Tat vor allem in der amerikanischen Rechtstheorie mehr nachgegangen worden als hierzulande, vehement durch Duncan Kennedy, jenem Rechtswissenschaftler, der neben Wieacker und Canaris die dritte große Stütze der Arbeit ausmacht (siehe nur das Literaturverzeichnis). Die Ernüchterungen amerikanischer Rechtstheoretiker⁵ in die deutsche Diskussion gebracht zu haben, ist daher auch ein ganz wesentliches Verdienst der Arbeit (siehe nur bei 12 ff.). In den USA steht jemand wie Duncan Kennedy tatsächlich für eine realistische Tradition, die, möglichst schon in der Ausbildung,⁶ eben jene politisch-moralischen Argumente transparent zu machen versucht, die in deutschen Debatten um das Recht regelmäßig und gerne mit »rechtsethischem« Wertungsgerede zugedeckt werden.⁷ Solche Aufklärung ist nötig, und sie minimiert nicht die Rationalität von Rechtsfindung, sondern steigert sie. Schon die frühen Vorwegnahmen postmoderner Zweifel an der Bindungsmöglichkeit richterlicher Entscheidung durch die Freirechtsschule können und müssen in diesem Licht gelesen werden.⁸ Aber die amerikanische Diskussion, die ihre realistischen Gehalte nicht unbeträchtlich in der Auseinandersetzung mit diesen frühen Kritiken gewann,⁹ hat sich doch immer wieder auf die »positivistische«, »formalistische« Seite der Rechtsfindung zurückbezogen.¹⁰ Ein vermeintlich so »soziologischer« Formalismus-Kritiker wie Roscoe Pound hat die Suche nach einer

3 DIETER GRIMM, *Recht und Staat der Bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1987; FRANZ WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1952.
4 TILMAN REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Tübingen 2001; SIBYLLE HOFER, *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen 2001.

5 S. v. a. DUNCAN KENNEDY, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Cambridge, Mass. 1997.

6 DERS., *Politicizing the Classroom*, in: *USC Review of Law and Women's Studies* 4 (1995) 81.

7 Dazu eingehend VIKTOR WINKLER, *Dubious Heritage. The German Debate on the Anti-Discrimination Law*, in: *Iowa Journal of Transnational Law and Contemporary Problems* 15 (2005) 1007.

8 Dazu VIVIAN CURRAN, *Fear of Formalism*, in: *Cornell International Law Journal* 35 (2002) 101.

9 JAMES E. HERGET, STEPHEN WALLACE, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, in: *Virginia Law Review* 73 (1987) 399.

10 Zum »Positivismen« Holmes siehe H. L. A. HART, *Holmes' Positivism – An Addendum*, in: *Harvard Law Review* 64 (1951) 929.

rationalen – und insoweit jedenfalls in der Tendenz »formalen« – Rechtsfindung nie aufzugeben.¹¹ Aber selbst so sind die Bindungen an ein *Case Law* dort und jene an ein *Code Law* hier so andersartig, dass sie einfache Transfers rechtstheoretischer Einsichten schwer, vielleicht sogar unmöglich machen. Denn maßgeblich bleibt, dass trotz aller rechtstheoretischen Ernüchterung jedenfalls nach deutschem Recht die Aufgabe positiver Rechtsanwendung zugunsten eines nicht mehr methodisch sondern rechtspolitisch angeleiteten Hantierens mit theoretischen Antinomie-Bausteinen schlicht verfassungswidrig ist. Marietta Auers Arbeit gehört dagegen zu einer neuen Generation von Arbeiten, die (mal mehr, mal weniger entspannt) über die alten Dichotomien von Positivismus und Naturrecht pragmatisch hinweggehen,¹² und so zwar das berüchtigte Gorgonenhaupt hinter dem Recht mutig (und zu Recht) freilegen, zugleich aber die Unterscheidung zwischen Recht und Rechtslehre, zwischen positivem Text und Meta-Ebene, zwischen juristischen und nicht-juristischen Argumenten völlig einebnen, ja gar nicht mehr beachten. »Akzeptieren« will man stattdessen, dass »Aussagen über den ... zulässigen Anwendungsbereich der Generalklauseln nur bedingt möglich« seien (179). Akzeptiert man so auch, dass,

wie Auer selbst (nochmal im Anschluss an Wieacker) freimütig einräumt, ein ganz wesentlicher Teil der richterlichen Generalklausel-Anwendung *contra legem* erfolgt (174 f.), hat man einen bedenklichen Schritt gemacht, der, anders als der Hinweis auf die jeder Rechtsentscheidung zugrunde liegenden politisch-moralischen Implikationen, zur Rationalität der Rechtsfindung nichts beiträgt, sondern sie im Gegenteil noch mit dem Mäntelchen der rechtstheoretischen Notwendigkeit behängt. So ist zu befürchten, dass »jenseits von Naturrecht und Positivismus« ein Pragmatismus lauert, der nach dem Ende der Methode nur noch »Wertungen«, »Wertungsstrukturen« und »Privatrechtsdenken« verhandelt – und so letztlich wenig pragmatisch Recht-Fertigung weiterhin über Glaubenssätze erreichen will. Das Problem der Gesetzesbindung ist dann endgültig nicht mehr eines der Demokratie,¹³ sondern des »Privatrechtsdenkens«, das von akademischen Rechtswissenschaftlern verwaltet wird – auf die es dann *sehr* ankommt. Die Furcht hier vor wird freilich mit der Rechtsgeschichte des letzten Jahrhunderts im Nacken wohl größer empfunden werden als ohne sie.

Viktor Winkler

Irritationspotential: unsicher*

622 Seiten, 44 Seiten Literaturverzeichnis, über 1000 zitierte Werke – eine »Untersuchung, die sich in Umfang und technischer Ausführung wohl eindeutig als Habilitationsschrift zu erkennen gibt«. Schrieb Alexander Somek 1992 über

seine eigene Arbeit *Rechtssystem und Republik*. Und nun: 801 Seiten, 87 Seiten Literaturverzeichnis, wahrscheinlich mehr als 2000 zitierte Werke – »dass der ein oder andere sich versucht sieht, das Buch trotz seines leider nicht uner-

11 VIKTOR WINKLER, In Memoriam Roscoe Pound (1870–1964), in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht (2005) 105 ff.

12 S. nur THOMAS OSTERKAMP, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004.

13 ALEXANDER SOMEK, Gesetzesbindung als Problem der Demokratie,

in: Journal für Rechtspolitik 6 (1998) 41 ff.

* ANDREAS VON ARNAULD, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts (Jus Publicum, Bd. 148), Tübingen: Mohr Siebeck 2006, XXVI, 801 S., ISBN 3-16-148870-9