

# Das Proprium der Rechtswissenschaft

Herausgegeben von  
CHRISTOPH ENGEL  
und WOLFGANG SCHÖN

*Recht – Wissenschaft – Theorie*

*1*

---

**Mohr Siebeck**

Recht – Wissenschaft – Theorie  
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,  
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

1



# Das Proprium der Rechtswissenschaft

Herausgegeben von  
Christoph Engel und Wolfgang Schön

Mohr Siebeck

*Christoph Engel*, geboren 1956; Direktor am MPI zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn; Professor an der Universität Bonn und Honorarprofessor an der Universität Osnabrück.

*Wolfgang Schön*, geboren 1961; Direktor am MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht; Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

ISBN 978-3-16-149377-5 / eISBN 978-3-16-160884-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2021  
ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

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

© 2007 Mohr Siebeck, Tübingen.

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 Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Geleitwort der Herausgeber der Schriftenreihe

Die vorliegende Reihe greift die weitgehend vergessene Frage nach Aufgabe und Status der Rechtswissenschaften aus verschiedenen Perspektiven auf. Sie will damit ein Forum der theoretischen Reflexion für eine vielfach binnendifferenzierte Disziplin bieten, die stets zwischen den kognitiven Anforderungen des Wissenschaftssystems und den Beratungserwartungen des Rechtssystems zu vermitteln hat. Dem Problem der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaften soll sich die Reihe auf verschiedenen Ebenen nähern: Methodisch geht es um die Entwicklung und Kritik von Standards im Umgang mit positivem Recht, die den Eigenwert juristischer Argumentation plausibel machen und die Abgrenzung gegenüber anderen – moralischen, politischen oder ökonomischen – Argumentationstechniken abzusichern helfen. Wissenschaftstheoretisch geht es um die Frage, inwieweit sich Probleme der Rechtswissenschaften in einen allgemeinen wissenschaftstheoretischen Zusammenhang einbetten lassen. Ist die Jurisprudenz eine Disziplin wie jede andere, sind ihre Aussagen in irgendeinem Sinn wahrheitsfähig oder wirft der Umgang mit der Normativität des Rechts ganz eigene Probleme auf?

Die Reflexion dieser Fragen kann dabei helfen, die Arbeitsteilung zwischen Theorie und Praxis neu zu justieren und deutlich zu machen, dass beide ihre Stärken nicht notwendig dadurch entfalten werden, dass sie sich einander annähern.

*Matthias Jestaedt*

*Oliver Lepsius*

*Christoph Möllers*

*Andreas Voßkuhle*

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	IX
---------------	----

### Zivilrecht

<i>Wolfgang Ernst</i> Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers . . . .	3
<i>Holger Fleischer</i> Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin – Das Proprium der Rechtswissenschaft .....	50
<i>Wolfgang Fikentscher</i> Wissenschaft und Recht im Kulturvergleich .....	77
<i>Mathias Reimann</i> Die Propria der Rechtswissenschaft .....	87

### Strafrecht

<i>Günther Jakobs</i> Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin .....	103
<i>Joachim Schulz</i> Die Strafrechtsdogmatik nach dem Ende der vor- und außerjuristischen Gerechtigkeit .....	136
<i>Wolfgang Frisch</i> Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens – am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts .....	156

<i>Winfried Hassemer</i>	
Das Proprium der Strafrechtswissenschaft . . . . .	185
<i>Stephan Tontrup</i>	
Zum unterschiedlichen Verhältnis der juristischen Teilfächer zu den Sozialwissenschaften . . . . .	192
 Öffentliches Recht	
<i>Christoph Engel</i>	
Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition – Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts . . . . .	205
<i>Matthias Jestaedt</i>	
„Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin . . . . .	241
<i>Gertrude Lübbe-Wolff</i>	
Expropriation der Jurisprudenz? . . . . .	282
<i>Christoph Grabenwarter</i>	
Das Proprium der Rechtswissenschaft – Öffentliches Recht . . . . .	293
<i>Stefan Magen</i>	
Entscheidungen unter begrenzter Rationalität als Proprium des öffentlichen Rechts . . . . .	303
 Schlusswort	
<i>Wolfgang Schön</i>	
Quellenforscher und Pragmatiker – Ein Schlusswort . . . . .	313
Autorenverzeichnis . . . . .	323
Sachregister . . . . .	325

## Vorwort

### I.

Juristen schreiben nicht auf Englisch. Juristen veröffentlichen keine *discussion papers*. Juristen stellen ihre Texte nicht im Internet zur Verfügung. Juristische Aufsätze sind nicht *peer reviewed*. Juristen achten nicht auf den *impact factor*. Juristen finanzieren ihre Forschung nicht aus Drittmitteln. Juristen haben keine Sonderforschungsbereiche. Juristen schreiben keine Modelle. Juristen verwenden keine Mathematik. Juristen falsifizieren keine Hypothesen. Juristen nutzen keine Statistiken. Juristen führen keine Interviews. Juristen machen keine Experimente.

Zu jeder dieser Aussagen gibt es Ausnahmen. Aber die große Mehrheit der deutschen juristischen Wissenschaft ist damit angemessen beschrieben. Im Konzert der Fächer fallen die Juristen damit immer mehr auf. Ihr direkter Draht zur Macht hat sie einstweilen trotzdem relativ unbeschadet überleben lassen. Aber je mehr Verteilungsentscheidungen in die Wissenschaftsorganisationen selbst verlagert werden, desto stärker geraten sie unter Rechtfertigungsdruck.

Wichtiger noch als dieser äußere Anstoß zur Selbstvergewisserung sind Veränderungen von innen heraus. Der dominante Rechtserzeugungsprozess ist seit der Wende zum 20. Jahrhundert die förmliche Gesetzgebung. Recht ist dadurch beweglich geworden. Es kann offen an veränderte Verhältnisse, Befindlichkeiten und Wertungen angepasst werden. Positivistisches Recht muss aber vornehmlich funktionalistisch verstanden werden. Die Aufgabe des Rechts als Steuerungsinstrument überschattet seine übrigen Aufgaben immer mehr. Muss dann aber nicht auch die Rechtswissenschaft zur Steuerungswissenschaft mutieren? Und was könnte das andere sein als eine Sozialwissenschaft? Wo liegt dann noch ihr „Proprium“ im Verhältnis zu anderen Wissenschaften?

### II.

Schaut man näher hin, so war die Rechtswissenschaft schon immer eine anlehnungsbedürftige Disziplin. Dieser Umstand findet seinen sinnfälligsten Ausdruck darin, dass das Lehrprogramm für unsere Studierenden als „Grundlagenfächer“ solche Arbeitsgebiete nennt, in denen das Recht aus der Beziehung zu anderen Fächern Inspiration und Autorität gewinnt: Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte,

Rechtssoziologie oder Rechtsökonomie. Nur scheinbar eine Ausnahme bietet die Rechtstheorie, deren Namen am ehesten auf ein eigenständiges epistemologisches Fundament hindeutet. Sie leistet wenig mehr als die Übertragung begrenzter methodischer und formaler Ordnungsprinzipien aus anderen Bereichen – etwa der formalen Logik – auf die Wissenschaft vom Recht und schafft wenig inhaltliche Aussagekraft.

Dem Wandel der Zeiten unterliegt freilich die Auswahl der jeweiligen Leitwissenschaft. In der Begründung der modernen Rechtswissenschaft durch *Savigny* tritt uns mit Evidenz die geschichtliche Sicht entgegen, die im „unermesslichen Detail“ der Pandekten eine unerschöpfliche Quelle des Rechtsstoffs und in der Lehre vom Volksgeist eine organische Perspektive der Fortentwicklung dieses Materials fand. Das Programm der historischen Rechtsschule hat die Kodifikation des Bürgerlichen Rechts zum 1. 1. 1900 noch mühevoll überleben können, doch ist mit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 1. 1. 2002 in einem Kerngebiet unserer Zivilrechtsordnung die geschichtliche Rückbindung ein weiteres Mal wesentlich zurückgeführt worden. An die Stelle einer über Jahrtausende zurückreichenden Verwurzelung tritt ein begrenztes Konvolut aus Bundestags-Drucksachen und Kommissionsberichten. Mit dem geschichtlichen Tiefgang verliert die Rechtswissenschaft ein weiteres Stück Lebenskraft.

Auch die Philosophie hat die Rechtswissenschaft über die Zeiten begleitet. Neben *Savigny* treten im 19. Jahrhundert *Kant* und *Hegel*, im 20. Jahrhundert liest man (auch das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof) *Radbruch* und *Rawls*. Mehr noch als die geschichtliche Grundlegung der Rechtswissenschaft ist ihre philosophische Verortung jedoch dem Verdacht der Beliebigkeit und damit mangelnder Autorität ausgesetzt. Fehlt es einem sozialen Kollektiv an einer gemeinsamen Weltsicht im philosophischen Sinne, so fehlt es auch an einem verlässlichen philosophischen Fundament der Rechtslehre. Der philosophische Bezug gerät zum willkürlichen Zitat aus einer unübersichtlichen Fülle spekulativer Texte. An die Stelle einer philosophisch geprägten Zusammenschau der Rechtswelt tritt schließlich der Minimalkonsens einer „Wertordnung“, die ihre verbindliche Kraft nur noch aus positivem Recht – nämlich dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – bezieht. Die Versteinerungsklausel des Art.79 Abs.3 GG ersetzt für die Rechtsunterworfenen den gemeinsamen Glauben an das „eherne Gesetz in uns“ und den „gestirnten Himmel über uns“.

Stärker der Realität der Lebenswelt zugeordnet erscheinen die Versuche, die Rechtswissenschaft auf der Grundlage der Rechtssoziologie zu stützen, die bereits in den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts ihren Ausgang nahmen. Doch scheint auch hier Ernüchterung eingetreten zu sein. Zwischen den Extremen einer Rechtssoziologie als empirischer Hilfswissenschaft (etwa im Bereich der Kriminologie) und einer auf Selbstreferenz hin konzipierten Systemtheorie findet sich wenig, was der Rechtswissenschaftler in seinem Tun verwerten kann. Diese Rolle hat weitgehend die Rechtsökonomie eingenommen, die gegenüber der Soziologie einerseits

den Vorteil härterer Methodik und andererseits den Vorzug einer natürlichen Verbindung zwischen den bedeutenden Subsystemen Recht und Wirtschaft aufweist. Die Rechtsökonomie hat in den vergangenen dreißig Jahren eine Expansion erfahren, die von Sachkennern bereits als „imperialistisch“ bezeichnet worden ist. Die Wirtschaftswissenschaften verfügen über ein breites methodisches Arsenal, das von umfangreichen statistischen Erfassungen bis hin zu hochkomplexen formalen Modellierungen reicht. Sie haben ihren Gegenstand weit über die traditionell volkswirtschaftlichen Vorgänge hinaus erweitert. Zugleich hat sie ihre Methodik verfeinert: Vorwürfe gegen einen schematisch profitorientierten *homo oeconomicus*, die aus Kreisen der Rechtswissenschaft nach wie vor erhoben werden, treffen den heutigen – verhaltenstheoretisch verbesserten – Stand nicht mehr. Es fällt Juristen schwer, gegen die folgen- und anreizorientierten Betrachtungen der Ökonomie (einschließlich ihrer entscheidungstheoretischen Grundlagen) mehr aufzubieten als Detailkenntnis des normativen Umfeldes und eine praktische – in jahrelanger konkreter Fallarbeit entwickelte – Urteilskraft.

### III.

Dass die Rechtswissenschaft diese Grundlagenfächer in den vergangenen einhundert Jahren dennoch aus dem Kernbereich ihrer Arbeit weitgehend verdrängen konnte, scheint seinen wesentlichen Grund in der relativen Stabilität des Forschungsgegenstandes zu besitzen. Wenn Kerngebiete des Rechts – etwa der Grundrechtsabschnitt der Verfassung oder die allgemeinen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts und des Strafrechts – in ihrer positivrechtlichen Fassung über Jahrzehnte unverändert bleiben, treten die außerrechtlichen Konstituenten dieser Normensysteme zunehmend in den Hintergrund. In Rechtsprechung und Literatur entwickelt sich ein selbsttragendes Kontinuum von Präzedenzfällen und „Meinungen“, das die Fähigkeit zu derjenigen organischen Fortentwicklung in sich trägt, die – wie *Savigny* und *Luhmann* übereinstimmend betonen – für einen Urteilsspruch „ohne Willkür und Absicht“ die zwingende Voraussetzung bildet. Man arbeitet zugleich an der Einzelfallgerechtigkeit der Lösung sowie an der Widerspruchsfreiheit des Systems und kann sich dafür auf einen soliden Methodenkanon verlassen. Außerrechtliche Elemente können nur durch den Filter der Auslegungsmethoden Zugang zum rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozess erhalten – etwa wenn ökonomische Überlegungen die subjektiven Entscheidungen des historischen Gesetzgebers hervorgebracht oder philosophische Überzeugungen die Werteordnung des Grundgesetzes geprägt haben. Die Immobilität der positiven Rechtsordnung, verbunden mit dem hohen Lern- und Gedankenaufwand, den ihre Bewahrung und Fortentwicklung erfordern, vermittelt den Juristen das (trägerische?) Empfinden wissenschaftlicher Eigenständigkeit.

In diesem Umfeld konnte sich die Juristerei als Textwissenschaft bewähren. Das Anliegen der juristischen Dogmatik ist Verstehen. Dogmatik ist also hermeneutisch. Text und Wirklichkeit können sich niemals vollständig decken. Zur Dogmatik gehört immer auch einen Schuss Kreativität. Einem strengen Objektivitätsideal kann die Rechtswissenschaft nicht genügen. Ohne Urteilskraft geht es nicht. Rechtsanwendung ist im Letzten Kunst, nicht Wissenschaft. Wenn er rechtspolitisch tätig wird, kann sich der Rechtswissenschaftler von diesen Bindungen ein Stück weit frei machen. Auch dann soll ja aber schließlich praktischen Nutzen stiften, was er tut. Dem könnte eine Methodologie des Verstehens besser entsprechen als die schärfer geschnittenen Partialanalysen der Sozialwissenschaften.

#### IV.

Das Fach heißt Jurisprudenz, nicht Jurisszienz. Die Juristerei ist also ein praktisches Fach. Nicht zufällig wollten manche die Juristen in den 70er Jahren zu Sozialingenieuren machen. Und auch heute sprechen viele noch von pathologischen Fällen als dem typischen Gegenstand juristischer Vorlesungen. Die Juristerei steht offensichtlich also in einer Nähe zu den beiden anderen großen praktischen Disziplinen, der Technik und der Medizin. Ihre Aufgabe besteht vor allem darin, das vorhandene Wissen um Konzeptionen, Fakten und Zusammenhänge zu praktischer Geltung zu bringen.

Die Sozialwissenschaften wollen erklären, manchmal auch vorhersagen. Für Juristen sind beides nur Vorarbeiten. Letztendlich wollen Juristen entscheiden. Juristen sind also Akteure, nicht Beobachter. Das gilt weitgehend auch für Rechtswissenschaftler. Beim Richter im Nebenamt und beim Gutachter ist das offensichtlich. Es gilt aber auch für den Kommentator, den Verfasser von Urteilsanmerkungen und allgemeiner für jeden dogmatisch tätigen Juristen. Im internationalen Vergleich sind die deutschen Rechtsprofessoren sogar besonders kraftvolle Gestalter des Rechts. Nur wenn sie rechtstheoretisch, rechtsphilosophisch oder rechtssoziologisch tätig sind, werden auch juristische Wissenschaftler zu Beobachtern.

Wer entscheidet, übernimmt Verantwortung. Das soll nicht heißen, dass Sozial- oder Naturwissenschaftler verantwortungslos sein dürften. Aber in ihrem wissenschaftlichen Alltag geht es doch vornehmlich um Originalität, Stringenz und die Qualität von Daten. Auch Rechtswissenschaftler wollen Neues finden. Das Neue hat aber keinen Wert an sich. Nur wenn es bessere Entscheidungen erlaubt, wird es gebraucht. Tiefer noch: Verantwortung beschränkt sich nicht auf die wissenschaftliche Rolle. Verantwortung nimmt den Rechtswissenschaftler als Person in Anspruch. Von ihm wird erwartet, dass er für seine Empfehlungen einsteht.

Rechtswissenschaft ist normativ. Auch wenn sie nicht selbst entscheidet, muss sie doch gute von schlechten Entscheidungen unterscheiden können. Dafür braucht

man normative Maßstäbe. Manche Sozialwissenschaften sind durchaus bereit, Angebote zu machen. Utilitaristen streben nach dem größten Glück der größten Zahl. Die Wohlfahrtstheorie der Ökonomen hat das zum Gedanken der allokativen Effizienz weitergedacht. Verhaltenstheoretiker halten dem die Ideale von Fairness und Glück entgegen. Beide sind relativ gedacht, nicht absolut. Jede dieser normativen Währungen lässt sich philosophisch gut begründen. Jede kann zum Beleg auf plausible Deutungen der Wirklichkeit verweisen. Konvertibel sind diese verschiedenen normativen Währungen aber nicht. Eine zentrale Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, trotzdem zu allgemeinen Regeln zu finden.

Rechtsanwendung ist schließlich Herrschaftsausübung. Sie bedarf der Rechtfertigung. Die bloße Akzeptanz im Kreise der Eingeweihten genügt dabei nicht. So oft wie möglich muss das Recht auf die Einsicht seiner Adressaten treffen, nicht bloß auf ihren Gehorsam. Eine wichtige Funktion der Rechtswissenschaft besteht darin, der Rechtspraxis Begründungsformeln zu liefern. Diese Formeln müssen darauf Rücksicht nehmen, was den Adressaten einsichtig erscheint. Deshalb gilt die Kraft des Wortes etwas in der Rechtswissenschaft. Vielleicht muss sozialwissenschaftliche Erkenntnis zu diesem Zweck manchmal sogar in Alltagstheorien übersetzt werden.

## V.

Der Abschluss des 20. Jahrhunderts, an dessen Beginn für die deutsche Rechtswissenschaft mit der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine bedeutsame Bruchstelle liegt und an dessen Ende dieses Fach sich im interdisziplinären und internationalen Dialog aufzulösen scheint, bietet einen angemessenen Zeitpunkt, die Frage nach dem „Proprium der Rechtswissenschaft“ zu stellen. Sie zu beantworten, sind nicht in erster Linie diejenigen gefragt, die *ex professo* an den Grenzlinien des Fachs arbeiten und im interdisziplinären Dialog ihre eigentliche Aufgabe sehen. Vielmehr muss es darum gehen, Vertreter der Kerngebiete um ihre Sicht der Rechtswissenschaft im Konzert der Geistes-, Sozial- und Humanwissenschaften zu bitten. Diesem Ziel sollte die gemeinsame Tagung dienen, deren Vorträge und Korreferate auf den folgenden Seiten vorgestellt werden.

## VI.

Wir werden die Erinnerung an den engagierten, freundschaftlichen Austausch der Gedanken nicht nur mit dem Bild des tief verschneiten Klosters Seon verbinden. Wenige Monate nach dem Symposium ist Joachim Schulz verstorben. Für fast alle von uns war es das letzte Mal, dass wir ihm begegnet sind. Gottlob war sein Text schon ganz ausgearbeitet; nur die Fußnoten fehlten noch. Er zeichnet ein Bild, ganz wie er war: weit über das Handwerk des eigenen Fachs hinaus weisend, und gerade

deshalb voll weiser Einsicht in dessen Möglichkeiten und Grenzen. Wir werden dieses Bild im Herzen bewahren.

*Bonn und München, im März 2007*

*Christoph Engel / Wolfgang Schön*

Zivilrecht



# Gelehrtes Recht

– Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers –

*Wolfgang Ernst*

The task of science is to make use of the world's redundancy to describe that world simply.

H. Simon, *The Architecture of Complexity*,  
Proc. Am. Phil. Soc. 106, 1962, 467 ff., 479.

I. Die Rechtswissenschaft in ihrer Beziehung zur juristischen Ausbildung . . . . .	3
II. Wechselwirkungen von rechtswissenschaftlicher Ausbildung und Verwissenschaftlichung der juristischen Lebenspraxis . . . . .	9
III. Die Jurisprudenz im Kreis der Wissenschaften. . . . .	15
1. ‚The strictly legal point of view‘ . . . . .	15
2. Arbeitsteilung, Interdisziplinarität und Teambildung. . . . .	19
3. Wissenschaftlichkeitsdefizit der Jurisprudenz? . . . . .	21
4. Die Jurisprudenz im Spiegel ihrer Nebendisziplinen. . . . .	24
5. Methodenstrenge und Souveränität der Normhandhabung als Brennpunkte des jurisprudentiellen Rationalitätsanspruchs . . . . .	26
IV. Recht und Rechtswissenschaft. . . . .	28
1. Die Rechtswissenschaft in ihrem Spannungsverhältnis zur Rechtsrealität . . . .	28
2. Die Rechtswissenschaft in Bewegung. . . . .	31
3. Das heutige Recht als jurisprudentiell bewältigter Rechtswandel . . . . .	34
4. Wiedergabe juristischer Rohdaten vs. systematische Rechtsmelioration . . . . .	36
5. Instrumente rechtswissenschaftlicher Arbeit . . . . .	39
V. Die Rechtswissenschaft und ihr Kollektiv. . . . .	44
VI. Jurist und Jurisprudenz in der Zukunft. . . . .	48

## I. Die Rechtswissenschaft in ihrer Beziehung zur juristischen Ausbildung

(1) Recht und Rechtswissenschaft sind zweierlei. Alle Gesellschaften haben Recht, d. h. Vorstellungen vom gebotenen Verhalten, deren Einhaltung mit einer von vornherein absehbaren, mit dem Regelbruch gesetzesmäßig verknüpften Zwangssanktion bewehrt ist. Beim Recht handelt es sich insofern um eine anthropologische

Konstante. Aber nicht alle Gesellschaften haben auch eine Rechtswissenschaft. Rechtswissenschaft entsteht erst, sobald eine Gesellschaft über einen Bestand an rechtlichen Normen verfügt, der aufgrund Umfang und Komplexität nach einer Fixierung verlangt. Die Aufzeichnung des Rechtsstoffes, zu der es dann kommt, macht diesen verfügbar und verleiht ihm zugleich eine gewisse Dauerhaftigkeit. Jede derartige Fixierung zwingt zu einer Ordnung des Rechtsstoffes, und sei es nur nach dem einfachsten Ordnungsschema, der Chronologie (Year Books). Rechtssammlungen werden dann durch Querverweise, Definitionen und Kommentare erschlossen, die zugleich Inkonsistenzen auszuräumen suchen. In der Herstellung, Handhabung und Pflege solcher geordneter Rechtsaufzeichnungen liegt ein erster Kristallisationspunkt für Rechtswissenschaft<sup>1</sup>.

Den Rechtsaufzeichnungen fällt sodann eine Ausbildungsfunktion zu: Nachwachsende Generationen können und müssen mit dem so stabilisierten Rechtsbestand vertraut gemacht werden. Juristenausbildung und Rechtswissenschaft sind in der europäischen Rechtswissenschaft, die auf das Mittelalter zurückgeht, innig miteinander verknüpft: Die Sammlung, Analyse und Präsentation des Rechtsstoffes erfolgte hier von Anfang an im Hinblick auf die Unterrichtung der rechtssuchenden Jugend. Wechselseitig haben sich Universität und Rechtswissenschaft, zuerst in Bologna, in ihrer Entwicklung vorangetrieben. In dieser Tradition ist Rechtswissenschaft zunächst einmal diejenige synthetische Anordnung des Rechtsstoffes, anhand derer wir den juristischen Nachwuchs ausbilden. Rechtswissenschaft fungiert als das Medium, in welchem wir die Studenten mit dem juristischen Denken vertraut machen. Die Rechtswissenschaft, wie wir sie kennen, ist also mit einem ganz bestimmten, historisch gewachsenen Typus der Juristenausbildung verknüpft: Vor dem Einstieg in die Berufspraxis führen wir den juristischen Nachwuchs durch eine einzige konzentrierte, praxisentlastete Lernphase. Dabei konfrontieren wir ihn mit einem kompakten Modell der Gesamtrechtsordnung. Wir konzipieren diese Gesamtheit des Rechtsstoffes als ein System, dessen einzelne Teile sinnvoll aufeinander bezogen sind. Der akademische Unterricht findet dabei den Stoff, den es zu lehren gilt, nicht in vermittlungsfähiger Form vor, dieser wird dem Rechtslehrer von niemandem mundgerecht „zugeliefert“. Vielmehr erzwingt erst der geordnete Unterricht die Organisation des Rechtsstoffes in eine wissenschaftlich-systematische Form. Die systematische Rechtswissenschaft ist insofern ein *spin-off* akademischer Juristenausbildung<sup>2</sup>. Treffend sagt *Eugen Bucher*: „Zivilrecht ist, auf eine verein-

<sup>1</sup> Eine im 20. Jhd. geplante Universalgeschichte der Rechtswissenschaft, die ‚Oxford History of Legal Science‘, ist kriegsbedingt nicht zustande gekommen. Als Einzelwerke erschienen: *G. M. Calhoun*, Introduction to Greek Legal Science, 1944; *F. Schulz*, History of Roman Legal Science, 1946, dt. 1961; *J. Schacht*, The Origins of Muhammedan Jurisprudence, 1950, sowie der als Herausgeber-Einleitung gedachte Text von *H. Kantorowicz*, The Definition of Law, *A. H. Campbell* (ed.), 1958, dort auch xi-xii zum Verlauf des Projekts, = (dt. Ausgabe) Der Begriff des Rechts, 1963, 7 ff.

<sup>2</sup> Der Begriff Rechtswissenschaft ersetzt seit Ende des 18. Jahrhunderts den Begriff Rechtsgelehrsamkeit, der seinerseits an die Stelle von Rechtsgelahrtheit (etwa bei Nettelbladt oder Hufeland) getreten war; letzteres galt offenbar als Eindeutschung von *iurisprudentia*; s. *J. Schröder*,

fachte Formel gebracht, Wissenschaftsrecht, das seit der Entstehung der Universitäten dort nicht nur gelehrt, sondern auch entwickelt wird.<sup>43</sup>

(2) Die Abfolge von konzentrierter, praxisentlasteter Erstausbildung und anschließendem Berufseinstieg ist nicht die einzige Möglichkeit, Fachkenntnisse und -fähigkeiten, die man für eine Tätigkeit im Rechtswesen braucht, an die nächste Expertengeneration weiter zu geben. In der Geschichte des Rechts und in ausländischen Rechtsordnungen begegnen auch andere Lösungen. Das markanteste Gegenmodell besteht darin, juristische Anfänger in den Berufsalltag hineinzunehmen und allmählich mit der Rechtswirklichkeit vertraut zu machen. Besonders eindrucksvoll findet sich dieses Konzept in der englischen Justizgeschichte verwirklicht<sup>4</sup>. Ohne vorgängiges juristisches Studium trat man als *pupil* in eines der *inns of court* ein und wurde dort von den erfahrenen Barristern *on the job* geschult. Wo die nachfolgende Juristengeneration auf solche Weise ausgebildet wird, entwickelt sich sehr wohl Rechtsgelehrsamkeit<sup>5</sup>; es besteht aber kein zwingender Anlass, den ganzen Rechtsstoff für einen konzentrierten Ausbildungsvorgang zu synthetisieren. Damit braucht man auch nicht eigentlich – oder doch nur sehr begrenzt – systematische Rechtswissenschaft. Die These, wonach systematische Rechtswissenschaft in erster Linie eine Funktion der akademisch organisierten Weitergabe juristischer Fachbefähigung ist, kann kaum besser bestätigt werden als durch das traditionelle englische Gegenmodell und die bei ihm seinerzeit feststellbare (weitgehende) Abwesenheit einer systematischen Rechtswissenschaft. Das englische Beispiel zeigt: Erst die Einrichtung einer akademischen Juristenausbildung lässt das Bedürfnis nach systematischer Rechtswissenschaft unabweisbar werden.

Im kontinentaleuropäischen, aber inzwischen wohl weltweit bestimmenden Modell der Juristenausbildung wird der rechtssuchenden Jugend in den Jahren, in denen ihre gedankliche Aufnahmefähigkeit am höchsten ist, die Essenz des Faches beigebracht. Erst anschließend treten die so ausgebildeten Nachwuchsjuristen in die

---

Theoretische und praktische Jurisprudenz. Die Verwissenschaftlichung der Rechtsgelehrsamkeit um 1800, in: Berichte zur Wissenschaftsgeschichte 16, 1993, 229 ff.; ebenso schon *ders.*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, 36 ff.; für eine umfassendere Darstellung s. *ders.*, Recht als Wissenschaft, 2001. S. weiterhin *H. E. Troje*, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: *J. Blühdorn/J. Ritter* (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, 1969, 63 ff.; *M. Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981.

<sup>3</sup> Der Text fährt fort: „Der an den Rechtsfakultäten ursprünglich vermittelte Gegenstand ist weniger ein geltendes oder sich in der Praxis durchsetzendes Recht, als vielmehr das theoretische Anschauungsmodell eines Idealrechts. Der zugrunde liegende Rechtsstoff ist ursprünglich das den Digesten zu entnehmende antike Römische Recht.“ Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl. 1988, 13 (dort in Abgrenzung zu dem in der Kaufmannspraxis gelebten Handelsrecht).

<sup>4</sup> *E. J. Cohn*, Die Gelehrsamkeit des englischen Rechtspraktikers, in: *W. Flume/H. Niedermeyer* (Hrsg.), Festschr. F. Schulz, 1951, 308 ff.

<sup>5</sup> Dieses Modell hat sich übrigens nicht rein erhalten, sondern ist nun übergegangen in eine Abfolge von Universitätsausbildung, Ein-Jahreskurs vor dem Eintritt in die *bar* (*bar vocational course*) und praktischer Erfahrung als *pupil* eines Barristers.

Alltagspraxis ein. Unser juristisches Studium ist insofern nicht „praktisch“ angelegt, es ist gerade keine Anleitung zum geschickten Handeln in Rechtsachen nach Art eines Lehrlingsverhältnisses. Vielmehr ist das Rechtsstudium, wie es sich in der kontinentaleuropäischen Entwicklung ausgebildet hat, durch seine Entlastung von Praxis gekennzeichnet. Es teilt dieses Charakteristikum mit den anderen akademischen Disziplinen und nimmt insofern im Verbund der universitären Studienfächer keine Sonderstellung ein. So, wie die Einführung des Nachwuchses in den juristischen Beruf bei uns konzipiert ist, ist der vielbeklagte „Praxischock“ eine notwendige Erscheinung. Er ergibt sich mit der Entlastung von Praxis, wie sie für eine systematische Schulung, die ja anhand einer erdachten Ordnung erfolgt, unerlässlich ist.

Die konkrete Erscheinungsform von Rechtsgelehrsamkeit hängt ganz wesentlich von der Art und Weise ab, auf die sich der juristische Expertenstand über die Zeit erneuert. Das traditionelle englische Modell hat einerseits die Vorzüge unmittelbarer Lebens- und Verantwortungsnähe und größerer Anschaulichkeit, andererseits aber den Nachteil, dass der Rechtsstoff, über welchen der Anfänger sein Handwerk lernt, durch Zufall bestimmt wird und damit in gewisser Weise beliebig bleibt. Diese juristische Ausbildung geht aber mit einem Erwerb an Lebenserfahrung einher, die in unserem System gerade – und eigentlich bewusst und zielgerichtet – ausgeblendet wird. Die große und beständige Gefahr unseres Konzepts von Rechtswissenschaft liegt denn auch in der Unwirklichkeit, der Weltfremdheit der Stoffbehandlung. Es zieht sich neben ernster, gelehrter Rechtsgesinnung eine gewisse Künstlichkeit von Problemstellungen und Lösungen, ein *l'art pour l'art*, von den Glossatoren<sup>6</sup> über den juristischen Humanismus in das 19. Jahrhundert und ungebrochen weiter in die Fachzeitschriften unserer Zeit. Wenn es zutrifft, dass Deutschland eines der Länder ist, die die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz besonders weit getrieben haben, dann wundert es nicht, dass wir auch einen besonders hohen Anteil solcher unwirklicher dogmatischer Debatten aufweisen können. Dieser Befund sticht vor allem im Vergleich mit der angelsächsischen Rechtswelt ins Auge, in der eine praxisentlastete, insoweit zum Glasperlenspiel verführbare Rechtswissenschaft keine auch nur annähernd vergleichbare Rolle gespielt hat.

(3) Die Rechtswissenschaft des kontinental-europäischen Rechtskreises hat ihre erste Funktion darin, den Stoff einer konzentrierten, vor den Berufseinstieg gesetzten akademischen Ausbildung zu definieren und in einer für den Unterricht geeig-

---

<sup>6</sup> „In immer steigendem Maße [wird] die Lehre von einem Gestrüpp spitzfindiger Distinktionen verdunkelt. Juristischen Wert haben diese Distinktionen nicht, denn sie sind nicht Ergebnis juristischen Nachdenkens über juristische Probleme, sondern das Ergebnis eines weltfremden Pseudo-Scharfsinns und einer Pseudo-Philologie. Die Rechtswissenschaft erhält dadurch einen unjuristischen, unwirklichen und spielerischen Zug, der der vorjustinianischen Wissenschaft, vor allem natürlich der klassischen, ganz fremd gewesen war. [...] So großartig die Justinianische Kodifikation war, die Jurisprudenz, die sich auf ihrer Grundlage entwickelte, war subaltern“, F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961, ND 1975, 419.

neten Weise systematisch aufzubereiten. Rechtswissenschaft, wie wir sie kennen, ist nicht einfach die zweckfreie Untersuchung von Rechtsnormen, ihrer Entstehung und sachlichen Zusammenhänge. Vielmehr handelt es sich um die rationale Aufarbeitung des Normmaterials mit dem Ziel, dieses immer wieder neu in einer traditionsfähigen Summe zu bündeln.

(4) Die Rechtswissenschaft ist ein Gedankengebilde, das sich auf das positive Recht bezieht, an dessen normativem Geltungsanspruch aber nur in einer mittelbaren, prekären Weise teilhat<sup>7</sup>. Angesichts dessen drängt sich so manchem die Befürchtung auf, Rechtswissenschaft sei überhaupt ein Fach ohne greifbare Realwirkung, das sich nur spekulativ um sich selbst drehe. Diese Sorge zeigt sich etwa an der Frage, ob und in welchem Umfang Gerichte Werke aus der Rechtswissenschaft zitieren<sup>8</sup>: Man will sich vergewissern, dass dem Fach auf dem Weg einer (Mit-)Steuerung der Gerichtspraxis eine gewisse Realwirkung zukommt. Die Hoffnung auf Realwirkung steht auch hinter dem Anliegen, es möge der Rechtswissenschaft durch Sachverständigenanhörungen Einfluss auf die Gesetzgebung eröffnet werden. Wieder andere halten es für wichtig, dass Professoren in die Richterbänke einrücken, und meinen, damit würde der Jurisprudenz die gewünschte Realwirkung gesichert. Radikaler ist der Vorschlag, die Rechtswissenschaft habe auf die Durchsetzung eigener normativer Erkenntnisse in der Rechtswirklichkeit überhaupt zu verzichten; vielmehr solle sie als deskriptive Sozialwissenschaft ausschließlich das Rechtswesen beschreiben und zukünftige Rechtspraxis prognostizieren. Wir erwähnen hier solche Ansätze – die Schlagwörter lauten *legal realism* und *prediction theory* – nur als Beleg dafür, dass die Realwirkung der Jurisprudenz vielfach als problematisch empfunden wird. Es ist erstaunlich, wie leicht man die unmittelbare und ausgeprägte Realwirkung übersieht, welche die Rechtswissenschaft in geradezu zwangloser Weise aufgrund ihres Zusammenhangs mit der juristischen Schulung entfaltet: Als Medium, mittels dessen zukünftige Juristen das juristische Denken erlernen, prägt die Jurisprudenz, so wie man sie sich im rechtswissenschaftlichen Studium aneignet, das juristische Tun der jeweils nächsten Juristengeneration. Auf dem Gebiet der Judikative etwa erfolgt eine Transmission von Rechtswissenschaft in die Lebensrealität nicht erst dadurch, dass sich der Richter für die Entscheidung eines Rechtsstreits von Werken rechtswissenschaftlicher Literatur leiten lässt. Auch wenn dies nicht der Fall ist, ist die Rechtswissenschaft im richterlichen Tun wirksam, weil das juristische Denken und Handeln des Richters sich in erster Linie der im Studium rezipierten Begriffe, Strukturen und Methoden bedienen wird. Diese Wirkung der Rechtswissenschaft ist nicht normatives Postulat, sondern unmittelbare Lebensrealität.

---

<sup>7</sup> S. unten (8).

<sup>8</sup> Für den Bereich der Rechtsvergleichung jüngst B. Markesinis, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, 2004; aus deutscher Sicht: H. Kötz, Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung, in: C. W. Canaris et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, 825 ff.; auch in: Kötz, Undogmatisches, 2005, 120 ff.

(5) Für die Jurisprudenz ist die akademische Lehre keine forschungsakzessorische Nebensache, sondern geradezu fachkonstituierend. Die Rechtswissenschaft hat daher auch einen spezifischen Ort: die juristische Fakultät. Hier wird der Rechtsstoff für die Weitergabe an die nächste Juristengeneration aufbereitet und dann aktuell vermittelt. Die rund 700 Jahre, in denen Europa keine nennenswerte Rechtswissenschaft hatte, waren zugleich sieben Jahrhunderte ohne Rechtsschulen. Es mag einen Platz für außeruniversitäre, juristische *think-tanks* geben: Das *powerhouse* der Rechtswissenschaft ist und bleibt die Gesamtheit der juristischen Fakultäten, eben weil und insofern diese das rechtswissenschaftliche Studium organisieren<sup>9</sup>. Versuche, rechtswissenschaftliche Forschung auf extrauniversitäre Spezialinstitute auszulagern, so dass den juristischen Fakultäten schlussendlich die isolierte Ausbildungsaufgabe verbliebe, dürften den Wissenschaftscharakter des Fachs als Ganzen nur begrenzt fördern: Den außeruniversitären Einrichtungen fehlt der unmittelbare Zugang zu den Köpfen der nachfolgenden Juristengeneration und damit zugleich der Anreiz, neue Erkenntnisse traditionsfähig in den Kanon der rechtswissenschaftlichen Überlieferung zu integrieren. Was die Anlage des juristischen Studiums betrifft, so bedingen Reformen des Curriculum nicht bloß eine jeweils veränderte, anders gewichtete Weitergabe des fachlichen Stoffs. Vielmehr steuern sie darüber hinaus auch den Fortgang der Wissenschaft, weil und soweit diese im Ausbildungskontext überhaupt erst entsteht und weiter entwickelt wird<sup>10</sup>. Es ergibt sich dabei auch ein „Mehr“ oder „Weniger“ an Rechtswissenschaft, je nachdem, wie hohe Ansprüche an Geschlossenheit und Systematik des Studienganges gestellt werden, bzw. wie sehr man dieses in eine Vielzahl beliebiger Vorlesungsgegenstände zerfallen lässt. In ähnlicher Weise wird die zukünftige Rechtswissenschaft noch von an sich „äusserlichen“, hochschulorganisatorischen Maßnahmen, etwa Umstrukturierungen juristischer Fakultäten, beeinflusst. Und wenn akademische Juristenausbildung heute nicht mehr ausschließlich an den universitären Rechtsfakultäten stattfindet, wenn vielmehr berufsbegleitende Fortbildungs- und Spezialisierungsangebote (*life-long learning*), Studienmöglichkeiten im Fachhochschulbereich und private *law schools* hinzutreten, so werden deren Ausbildungsgänge auch Produkte einer ihnen gemäßen Rechtswissenschaft hervorbringen und damit das Gesamtbild der Jurisprudenz verändern.

---

<sup>9</sup> Fachverbände der im Bereich deutschsprachigen Rechts tätigen Wissenschaftler heißen: Vereinigung der deutschen Strafrechtslehrer, Zivilrechtslehrervereinigung, Deutsche Staatsrechtslehrervereinigung.

<sup>10</sup> Zur Ergiebigkeit historischer Vorlesungspläne für die Erschließung früherer Wissenschaftsepochen s. J. Schröder, Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quelle, in: M. Stolleis et al. (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter (= Festschr. Gagnér), 1991, 383 ff.

## II. Wechselwirkungen von rechtswissenschaftlicher Ausbildung und Verwissenschaftlichung der juristischen Lebenspraxis

(6) Zwischen Rechtswissenschaft und gelebtem Recht besteht eine Wechselwirkung: Indem wissenschaftlich strukturierte Rechtskenntnisse und Methoden in die Praxis mitgenommen werden, erhalten sie reale Wirksamkeit, prägen die lebensstatistischen juristischen Entscheidungsprozesse, weitere Normsetzungen usw. Praktizierende Juristen konzipieren etwa Verträge oder Gesetze entlang der während des Studiums internalisierten Strukturen mit Hilfe der dabei erlernten Begriffe. So werden Denkmuster, die sich aufgrund der Ausbildung in Köpfen der Juristen befanden, in die normative Ordnung der Gesellschaft hinein getragen. Dies wird in der Folgezeit die Rechtslehrer darin bestärken, dass gerade diese Strukturen zu dem gehören, was zu vermitteln ist. Es kommt zu einer kontinuierlichen, sich selbst verstärkenden Verwissenschaftlichung des Rechtslebens. Nach einer anhaltenden Entwicklung, in welcher der Rechtsstoff selbst wissenschaftlichen Charakter angenommen hat, lässt dieser sich dann sachgemäß gar nicht mehr anders als durch gelehrte, akademisch ausgebildete Juristen handhaben. Der historisch eindrucksvollste, bis heute fortwirkende Prozess einer solchen Verwissenschaftlichung ist der der Rezeption des römischen Rechts seit dem Hochmittelalter<sup>11</sup>. Zusammen mit den Leistungen der systematischen Kanonistik bildete das, was das Hochmittelalter aus den verbliebenen Texten antiker Rechtskultur machte, als „Gelehrtes Recht“ das wissenschaftliche Element des gesamten Rechtswesens. Das römische Recht – in seinen jeweiligen zeitgenössischen Umgestaltungen – erfüllte diese Funktion während der ganzen Neuzeit bis zu und in den Formierungen der noch heute geltenden Kodifikationen<sup>12</sup>.

(7) Die großen Kodifikationen sind Höhepunkte verwissenschaftlichter Gesetzgebung, ja geradezu Gemeinschaftsunternehmungen von Rechtswissenschaft und Gesetzgeber. Eine wissenschaftliche Gesetzgebung wirkt dann auch wieder auf die juristische Ausbildung zurück. Pointiert sagt *Gerhard Thür* im Hinblick auf die justinianische Kodifikation: „Das römische Recht hat in Europa jahrhundertlang seine Wirkung über die akademische Lehre entfaltet, und zwar in Gestalt der justinia-

---

<sup>11</sup> S. die Beschreibung der Rezeption durch *H. Coing*: „An Stelle eines unmittelbar mit dem Leben verbundenen Rechtes [tritt] ein gedankliches juristisches System ..., das sich zwischen die Lebensstatsachen und den urteilenden Menschen schiebt und sich anheischig macht, dieses Leben zu normieren“, *Die Rezeption des Römischen Rechts in Frankfurt am Main*, 1939, 2. Aufl. 1962, 191.

<sup>12</sup> Die anhaltende Wirkung des römischen Rechts liegt nicht in der einen oder anderen Rechtsregel, sondern darin, dass es dem neuzeitlichen europäischen Recht sein wissenschaftliches Element mitgeteilt hat. Wenn zutreffend gefunden wurde, dass das *Ius Romanum* für uns „*non quia Romanum, sed quia Ius*“ von Belang ist, so ist damit die besondere methodische Professionalisierung, die „Verwissenschaftlichung“, gemeint, die das römische Recht auszeichnet und die im nachantiken Umgang mit den römischen Rechtstexten erneut provoziert wurde, auch immer wieder provoziert werden wird.

nischen Kompilation, *die in erster Linie zu genau diesem Zweck veranstaltet war*<sup>13</sup>. Für diese vielleicht überraschende und wohl etwas überspitzte These spricht, dass die justinianische Kodifikation zusammen mit einem verbindlichen, auf das Gesetzesganze abgestimmten Studienplan verkündet wurde<sup>14</sup>. Auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) kann in einem gewissen Sinne als Studienliteratur, als Ausbildungsmaterial verstanden werden: Nach dem Inkrafttreten des BGB bestimmten dessen fünf Bücher nicht nur den zivilrechtlichen Stoff, sondern auch die Struktur seiner akademischen Vermittlung, indem den Büchern des BGB entsprechende Vorlesungen zugeordnet wurden<sup>15</sup>. Dabei bedienen wir uns in Deutschland seit 1900 hinsichtlich der zivilrechtlichen Grundbegriffe, die wir den Studierenden vermitteln, wie selbstverständlich der Legaldefinitionen, die bei der Beratung des BGB aus der Pandektenwissenschaft geschöpft worden sind. Wie man sieht, ist wissenschaftliche Gesetzgebung sowohl das Produkt der bisherigen Rechtslehre (weil sie nur das Werk akademisch ausgebildeter Juristen sein kann), als auch der erneuerte wissenschaftliche Lehrstoff für die Juristen nachfolgender Generationen. Mit hin beschreibt Rechtswissenschaft ihren Gegenstand nicht nur, vielmehr verändert sie diesen auch, indem sie ihn beschreibt.<sup>16</sup> Soweit das geltende Recht das Ergebnis von Verwissenschaftlichung ist, ist der Gegenstand der Rechtswissenschaft von ihr selbst (genauer: von der Rechtswissenschaft der Vergangenheit) mit erzeugt; er wird von ihr in einem iterativen Prozess ständig mit erneuert.

(8) Aufgrund der Verwissenschaftlichung des Rechts sind Recht und Rechtswissenschaft nicht mehr von einander ablösbar: Alle derzeit geltenden Normen sind schon in einer Gestalt gesetzt worden, die von der Rechtswissenschaft, so wie sie zur Zeit der Normformulierung bestand, mitgeprägt wurde. Der Durchdringung des geltenden Rechts mit einem rechtswissenschaftlichem Element entspricht es, dass die rechtswissenschaftliche Erkenntnis in einer eigentümlichen Weise auch am Geltungsanspruch des Rechts teil hat. Wo positives Recht in verwissenschaftlichter Form besteht, ist die Rechtswissenschaft in das geltende Recht eingeflossen und insofern nimmt die Jurisprudenz am normativen Geltungsanspruch des Rechts teil<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> G. Thür, Justinians Institutionen als Lehrbuch – ein Experiment, *forum historiae iuris* 1998 (<http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/articles/9805thuer.htm>); ähnl. ders., Die Antecessorenvorlesung, in: Festschr. Zlinszky, Miskolc 1998, 587 ff. (Hervorhebung nur hier); s. auch schon F. Ebrard, Die Entstehung des Corpus Iuris, in: Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte 5 (1947) 28 ff., 71 ff.; nun F. Wieacker, Röm. Rechtsgeschichte II, 2006, 314 ff.

<sup>14</sup> Er ist in der const. *Omnem* enthalten.

<sup>15</sup> Zu der grundlegenden Konferenz in Eisenach (1896) s. R. Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht, in: ders. et al. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 1 ff., 7. Zur Schaffung von Rechtsschulen zur Unterrichtung speziell des Code civil zuletzt T. Weir, *Tulane & European Civil Law Forum* 21 (2006) 35 ff., 41.

<sup>16</sup> „Mit seinem ersten Auftreten also ändert das System das Recht“, H. Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, 21 = Ges. Aufsätze (hgg. v. D. Simon) I, 1982, 201.

<sup>17</sup> Vgl. Motive zum BGB Bd. 1, 7f. = Mugdan, Bd. 1, 363: „Sie [die Rechtswissenschaft] ist und bleibt die lebendige Macht, welche mit stets verjüngter Kraft die Fülle des Rechts erschliesst, die den im Gesetz ausgesprochenen, in ihrer wahren Bedeutung und inneren Zusammengehörigkeit

Dasselbe gilt von rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen, von denen man sagen kann, sie stellen eine sachüberlegene, effiziente Wiedergabe des geltenden Rechts dar: Die Rechtswissenschaft reformuliert das positive Recht in denkökonomischer Weise<sup>18</sup>, und soweit diese Repräsentation „stimmt“, gilt das positive Recht auch in *der* Gestalt, die die Rechtswissenschaft ihm gibt. Die Rechtswissenschaft ist hingegen keine selbständige Rechtsquelle. Dies ist vor allem insoweit zu beachten, als man von der Rechtswissenschaft sagt, sie sei an der Fortbildung des Rechts beteiligt<sup>19</sup>. Auch die Rechtssätze, die im Wege der Fortbildung bestehenden Rechts gewonnen werden, leiten ihren Geltungsanspruch aus dem zuvor gesetzten, positiven Recht ab: Die Gesamtheit der konkret bestehenden Rechtsnormen muss erlauben, auch für den im Wege der Fortbildung gewonnenen Satz die Geltung als Teil der Rechtsordnung zu postulieren. Es liegt nicht so, als könne die Rechtswissenschaft aus eigener Zuständigkeit neuen Rechtssätzen mehr oder weniger willkürlich Rechtsgeltung verleihen. Rechtsgeltung hat der im Wege der Fortbildung gewonnene Satz vielmehr nur deshalb, weil er dem gesamten der Rechtsordnung entspricht und sich dieser daher einfügen lässt<sup>20</sup>.

In gültiger Weise wird in Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs die Rechtswissenschaft zu den Rechtsquellen in Bezug gesetzt<sup>21</sup>. Nach dieser Vorschrift sind „the teachings (!) of the most highly qualified publicists“ nicht selbst Rechtsquelle, wohl aber (neben Gerichtsentscheidungen) subsidiäres Erkenntnismittel für die Feststellung des anwendbaren Rechts, das an dieser Stelle durch Verträge, Gewohnheit und allgemeine Rechtsprinzipien bestimmt wird<sup>22</sup>.

(9) Die Begleitung, die Durchdringung der Rechtswirklichkeit durch eine Wissenschaft vom Recht ist eine graduelle Erscheinung. Einfachste Rechtsaufzeichnungen, Formelsammlungen und Klagspiegel, Regesten, Year-Books, Institutionengrundrisse sind Anfänge einer Entwicklung, deren Höhepunkte vielleicht die gro-

---

erkannten Rechtssätzen innewohnt.“ Zum Verständnis der BGB-Verfasser von Rechtswissenschaft s. grundlegend *H. H. Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, 1983.

<sup>18</sup> Unten (39)–(57).

<sup>19</sup> Die Rechtsfortbildung als Aufgabe der Rechtswissenschaft betonte *K. Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966; s. auch *U. Diederichsen*, Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: *R. Zimmermann* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 65 ff.

<sup>20</sup> Zur Problematik der Rechtsfortbildung kann hier nicht umfassend Stellung genommen werden. S. statt aller *W. Flume*, Richter und Recht, in: Verhandlungen des 46. Dt. Juristentages 1966, Bd. II, Sitzungsberichte, 1967, K33 ff., hier zit. nach: *H. H. Jakobs et al.* (Hrsg.), *W. Flume*, Ges. Schriften, Bd. I, 1988, 3 ff., S. 15 ff.; dazu etwa die Beiträge in: *R. Schulze/U. Seif* (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2003.

<sup>21</sup> S. auch Art. 1 Abs. 3 schweiz. ZGB, wonach „bewährte *Lehre* und *Überlieferung*“ den Richter anleiten, soweit er mangels gesetzlicher Bestimmung die Regel sucht, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

<sup>22</sup> Nach *v. Savigny* sollte sich der wissenschaftlich nicht ausreichend gebildete Praktiker an die herrschende Meinung der *Rechtslehrer* halten, „die im Ruf besonnener und gründlicher Forschung stehen“, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, 89.

ßen *books of authority* bilden – Azos *Summa Codicis*, die *glossa ordinaria* des Accursius, Bartolus' *Opera Omnia* oder Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts. Im sogenannten „Großen Lehrbuch“ verkörpert sich die Rechtswissenschaft besonders sinnfällig: Das „Große Lehrbuch“ macht ja den Versuch, den Rechtsstoff systematisch zu erfassen, und dies geschieht – was für die hier vertretene These entscheidend ist – im Hinblick auf die akademische Lehre. Wenn unser Fach eine Inkarnation seiner Wissenschaftlichkeit in Werken sieht, die dem Unterrichtszweck dienen, so ist dies nicht Ausdruck eines Mangels – als hätten wir noch nicht den Vorrang der Entdeckung vor der Bestandsaufnahme erfasst –, sondern entspricht einem tiefen Wesenszug der Jurisprudenz, die durch den Überlieferungszusammenhang bestimmt wird<sup>23</sup>.

Nicht nur in der geschichtlichen Entwicklung, auch im aktuellen internationalen Vergleich zeigen sich erhebliche Unterschiede im Grad der wissenschaftlichen Durchdringung des Rechtsstoffes<sup>24</sup>. Für den deutschen Juristen ist es immer wieder eine Überraschung, sich in Rechtsordnungen einzufinden, die nicht von einer vergleichbar dichten Begriffs- und Systembildung durchwirkt sind. In Deutschland ist es, allerdings durchaus in Fortsetzung der Tradition des *ius commune*, zu einer besonders engen Verflechtung von Recht und Rechtswissenschaft gekommen. Im Hinblick auf die Verhältnisse in anderen Ländern sagt hingegen ein europäischer Beobachter vom akademischen Rechtsgelehrten: „Jurists are dispensable“<sup>25</sup>.

(10) Nicht alle rechtswissenschaftliche Literatur ist unmittelbar darauf gerichtet, den studentischen Lernprozess zu unterstützen, ist eigentliche Ausbildungsliteratur. Die Verselbständigung des Gedankengebildes, das als das Ergebnis anhaltender rechtswissenschaftlicher Arbeit entsteht, führt dazu, dass dieses Gedankengebilde selbst Probleme und Themen aufweist, an denen sich weiteres juristisches Nachdenken entzündet. Professoren schreiben Bücher nicht nur für Studenten, sondern auch für andere Professoren (und überhaupt für jeden an der Rechtswissenschaft Interessierten). Dementsprechend wird rechtswissenschaftliche Literatur auf allen Ebenen der Rechtserzeugung und -anwendung konsultiert. Aber nur die Situation des akademischen Studiums bietet dem Einzelnen die Möglichkeit, sich umfassend mit dem Stand der Jurisprudenz vertraut zu machen und daraus solche Rechtsanschauungen zu formen, die später wie selbstverständlich die juristische Tätigkeit leiten. So laufen rechtswissenschaftliche Resultate, selbst wenn sie zunächst nicht unmittelbar auf die Lehre bezogen waren, doch auch durch den „Filter“ der universitären Vermittlung und sie erlangen nur hierdurch anhaltende Wirksamkeit, erfüllen erst hierin ihre eigentliche Bestimmung.

<sup>23</sup> Geht es um eine Diagnose des Zustands einer Rechtswissenschaft, so braucht man sich nur die sogenannten grossen Lehrbücher anzusehen.

<sup>24</sup> Zur unterschiedlichen soziologischen Stellung von Justiz, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in verschiedenen Rechtskulturen Europas und zu den historischen Gründen dieser Unterschiede s. R. C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge 1987.

<sup>25</sup> van Caenegem (vorige Fn.) 53 ff.

(11) Als Zwischenthese sei festgehalten: Die Rechtswissenschaft liefert den systematisch geordneten, für eine einheitliche methodische Handhabung aufbereiteten Ausbildungsstoff, unter den Bedingungen einer verwissenschaftlichten Rechtspraxis ist sie aber zugleich das Medium eines jeden juristischen Diskurses im Rechtsleben. Wenngleich in einer verwissenschaftlichten Rechtsordnung *alle* juristischen Tätigkeiten durch den wissenschaftlichen Charakter des Rechtsstoffs mit geprägt sind und insofern am wissenschaftlichen Element des Rechts teilhaben, erfolgt die Aufrechterhaltung und Erneuerung des wissenschaftlichen Elements über die Zeit doch wieder anlässlich der akademischen Ausbildung der nachfolgenden Juristen.

(12) Verwissenschaftlichung bedeutet vor allem Professionalisierung: Es entwickelt sich ein Stand von Experten<sup>26</sup>. Die Jurisprudenz ist nichts anderes als die Organisation des Expertenwissens, das den Kern unserer Professionalisierung darstellt. Weil wir die nachkommenden Experten in einer konzentrierten Studienphase akademisch ausbilden, wird die Organisation des Expertenwissens systematisch auf diesen Ausbildungsgang hin angelegt. – Entsprechende Prozesse von Verwissenschaftlichung und Professionalisierung sind auch in allen anderen Disziplinen abgelaufen. Bei der Rechtswissenschaft ist jedoch eine Besonderheit zu beachten. Die Entstehung einer Rechtswissenschaft bedeutet nicht, dass zugleich alle urwüchsigen, vorwissenschaftlichen Vorstellungen von Recht aufhören würden. Vielmehr haben die Bürger, als die, die das Recht angeht, sehr wohl Überzeugungen davon, was Recht ist und was nicht. Im Bereich des Zivilrechts zeigen sich diese Überzeugungen etwa in der Vertragspraxis, welche die Regelungsmodelle des Gesetzes abwandelt, wegbedingt und ersetzt oder – wo dies nicht möglich ist – vermeidet, die auch ganz neue Vertragsgestaltungen hervorbringt. Die Rechtsansichten, die sich auf diese und andere Weise ausdrücken, mögen aus der Sicht des wissenschaftlich arbeitenden Juristen „ungenau“, anlassabhängig, insofern flüchtig, unsystematisch und – in einer pluralistischen Gesellschaft – uneinheitlich erscheinen. Sie sind aber nichts desto trotz Fakten und können als solche von der Jurisprudenz nicht einfach übergangen werden, so wie der Physiker populären Irrglauben ignorieren darf und muss. Da juristische Entscheidungen unmittelbar im Leben fühlbare Effekte haben, ist ihre Herleitung den Betroffenen zu erläutern. Dann wird auf die Probe gestellt, ob wissenschaftliche Resultate dazu, was Recht ist, mit gesellschaftlichen Rechtsüberzeugungen in Konflikt geraten. Wiewohl Wissenschaft, darf die Jurisprudenz also die Rückbindung an das vorwissenschaftliche, allgemeingesellschaftliche

---

<sup>26</sup> Erstmalig thematisiert wurde die Ausbildung eines juristischen Expertenstandes durch v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 12 ff. Zu dieser wissenssoziologischen Seite der Schrift s. J. Schröder, Savignys Spezialistendogma und die „soziologische“ Jurisprudenz, Rechtslehre 7, 1976, 23 ff. Entgegen Schröder ging es Savigny nicht um die Aufstellung eines „Dogmas“, sondern um eine (damals pionierhafte) Realitätsbeschreibung, wobei die richtig erfasste Realität natürlich die Wahl dessen, was seinerzeit (hinsichtlich der Kodifikationsfrage) zu tun war, mitbestimmen sollte. *Locus classicus* des 20. Jahrhunderts: J. Winckelmann (Hrsg.), Max Weber, Wirtschaft u. Gesellschaft, 2. Halbbd., 5. Aufl. 1972, 504 f.

Rechtsbewusstsein nicht verlieren: Das verwissenschaftlichte Recht bleibt, wenn es effektives Recht der bürgerlichen Gemeinschaft sein soll, auf eine wenigstens potentielle Billigung der Normadressaten angewiesen, auch wenn diese weder aktuell noch lückenlos für jedes rechtstechnische Detail gegeben sein muss. Die Erkenntnis, dass es hinsichtlich des verwissenschaftlichten Rechts eine latente Akzeptanzproblematik gibt, die jederzeit aufbrechen kann<sup>27</sup>, ist nur die Kehrseite des Umstandes, dass es neben dem verwissenschaftlichten Recht gesellschaftliche Rechtsvorstellungen gibt, die neben jenem herlaufen. Die Beeinflussung ist dabei eine wechselseitige: Während die gesellschaftlichen Rechtsvorstellungen der möglichen wissenschaftlichen Entfaltung des Rechts gewisse Grenzen ziehen, können doch auch inhaltliche Veränderungen des Rechts, die sich ganz oder überwiegend dem wissenschaftlichen Element verdanken, wieder in das allgemeine, gesellschaftliche Rechtsbewusstsein zurückwirken.

(13) Im Zusammenspiel von Juristen untereinander, ebenso aber im Verhältnis zum Bürger als Normadressaten, besteht die Notwendigkeit, Ergebnisse juristischen Arbeitens kommunikativ so zu vermitteln, dass andere Akteure sich davon bestimmen lassen. Für den Rechtsanwalt, der für eine bestimmte juristische Analyse des Streitfalls eintritt, genügt nicht die Stringenz seiner Normanwendung allein; diese will auch argumentativ dem Gegenanwalt und dem Richter vermittelt sein. Wegen der ubiquitären Beteiligung von Laien geht dieses Vermittlungsproblem in das allgemeinere Problem des Nebeneinanders von verwissenschaftlichten und gesellschaftlichen Rechtsvorstellungen über. Daher drängt das juristische Argument schon von jeher auf eine wirkungssichere, womöglich noch allgemeinverständliche Formulierung. Aus diesem Grund eignet sich der forensisch tätige Jurist rhetorische Fähigkeiten an; in der Geschichte haben die Juristen auch die arbeitsteilige Zusammenarbeit mit professionellen Rhetoren gesucht, die dem juristischen Argument die bestmögliche kommunikative Vermittlung sichern sollen<sup>28</sup>. Man kann sagen, die Jurisprudenz sei dazu verurteilt, zugleich ihre eigene Populärwissenschaft zu sein. Dieser Umstand begrenzt die mögliche Diffizilität des juristischen Gedankenguts, das nur dann erfolgreich umlaufen kann, wenn es für die große Zahl der praktizierenden Juristen verständlich ist. Es ist im Bereich der Rechtswissenschaft zwecklos, esoterische Theorieprodukte vorzulegen, mit denen weltweit nur ein Dutzend Wissenschaftler umgehen können: Juristische Theorien müssen – gegebenen-

<sup>27</sup> S. R. Herzog, Von der Akzeptanz des Rechts, in: B. Rütters/K. Stern (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe z. 10jährigen Jubiläum d. Ges. f. Rechtspolitik, 1984, 127 ff.

<sup>28</sup> Rhetorik und Jurisprudenz in Rom: F. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, 1988, 662 ff. m. umf. Nachw.; F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, 50 ff.; ders., The Invention of the Science of Law at Rome, in: H. H. Jakobs, De similibus ad similia bei Bracton und Azo, 1996, 99 ff., 104. Zum geltenden Recht statt aller: W. Flume (o. Fn. 20), 27 ff.; s. jetzt auch die Beiträge in: G. Kreuzbauer/S. Augeneder (Hrsg.), Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik, 2004.

falls unter Einschaltung fachlicher Erläuterung – nachvollziehbar bleiben, denn jeder rechtsunterworfenen Staatsbürger kann ihre Ergebnisse zu spüren bekommen.

(14) Das Recht, seine Gebote und Entscheidungen müssen jedem Bürger vermittelt werden, und dies geschieht in einer ihm verständlichen Sprache. Nicht nur ist das Recht an das (unvollkommene) Medium der Sprache überhaupt gebunden. Es gibt eine regelrechte, als solche normativ festgelegte Rechtssprache, in der juristische Normen abzufassen und Urteile zu erlassen sind<sup>29</sup>. Die Rechtssprache ist regelmäßig – und in demokratischen Verhältnissen zwingend – mit der Landessprache identisch. Die Rechtssprache muss zugleich Fachsprache der Jurisprudenz sein, der es um die rationale Handhabung des geltenden Rechts geht. Eine Einführung formaler Sprachen für die Algorithmisierung juristischer Entscheidungen, über die man schon nachgedacht hat, kommt wegen der Verflechtung des Rechts mit dem gesellschaftlichen Leben und dessen Sprache nicht in Betracht. Man mag in der mathematischen Modellbildung ein Signum moderner Wissenschaftlichkeit sehen – die Jurisprudenz muss zu einem Selbstverständnis finden, das sich von dieser Vorgabe frei macht.

### III. Die Jurisprudenz im Kreis der Wissenschaften

#### 1. ‚The strictly legal point of view‘

(15) Alle modernen Wissenschaften beziehen die ihnen eigentümliche Durchschlagskraft aus dem Umstand, dass sie ihren Gegenstand nur unter *einem* isolierten Gesichtspunkt untersuchen. In dieser positivistischen Beschränkung liegt ihre Stärke und ihr Ethos. Die Selbstbeschränkung moderner Wissenschaftlichkeit auf bestimmte, engdefinierte, ja bewusst eindimensionale Erkenntnisinteressen – auch und gerade bezogen auf Gegenstände, die als solche multidimensional sind –, verbunden mit der Entwicklung entsprechend hochspezifischer Methoden, ist nichts anderes als die Verwirklichung der Arbeitsteilung im Bereich der Wissenschaft.

Es ist Sache der Jurisprudenz, Lebensvorgänge, die jeweils auch eine soziologische, wirtschaftliche, psychologische oder politische (usw.) Seite haben, vom

---

<sup>29</sup> S. (Auswahl) R. Schmidt-Wiegand, Rechtssprache. In: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte IV, 1990, Sp. 344 ff.; H. Hattenhauer, Zur Geschichte der deutschen Rechts- und Gesetzessprache, Berichte aus den Sitzungen der Joachim-Jungius-Gesellschaften der Wissenschaften V 2, 1987, 22 ff.; ders., Die Zukunft des Deutschen als Sprache der Rechtswissenschaft, JZ 2000, 545 ff.; zahlr. Beiträge von B. Großfeld, z.B.: Sprache und Schrift als Grundlage unseres Rechts, JZ 1997, 633 ff.; s. auch die in drei Bänden erschienenen Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe ‚Sprache des Rechts‘ der Berlin-Brandenb. Akad. d. Wiss.: K. D. Lerch (Hrsg.), Recht verstehen, 2004, Recht verhandeln, 2005, Recht vermitteln, 2005. – Speziell mit Bezug auf das Sprachproblem des europäischen Rechts: F. Sturm, Lingua Latina fundamentum et salus Europae, The European Legal Forum – Forum iuris communis Europae 6, 2002, 313 ff.; M. T. Fögen, Beirut, Byzanz und Brüssel. Viele Sprachen, ein Recht? Rechtshistorisches Journal 12, 1993, 349 ff.; T. Weir, Die Sprachen des Europäischen Rechts – Eine skeptische Betrachtung, ZEuP 1995, 368 ff.

*strictly legal point of view* aus zu untersuchen. Gerade in dieser Isolierung des rechtlichen Gesichtspunkts (gegenüber dem religiösen, sittlichen oder rhetorischen) sieht die juristische Wissenschaftsgeschichte das entscheidende Initialmoment für die „Erfindung“ einer ausschließlich dem Recht gewidmeten Wissenschaft, die man in der römischen Antike verortet<sup>30</sup>. Bis heute beruhen Spitzenleistungen der *Rechtswissenschaft* auf strikt durchgehaltener Dekontextualisierung der juristischen Frage.

(16) In ihrer Beschränkung auf den *strictly legal point of view* – aber auch nur in dieser Beschränkung – ist die Rechtswissenschaft bis heute konkurrenzlos. Keine andere Disziplin entwickelt anhand des geltenden Rechts in ihrem wechselseitigen Zusammenhang Lehren

- vom sanktionsbewehrten Sollen, von abstrakten Sollenssätzen und deren Struktur,
- von der Normentstehung (Rechtsquellen, Rechtssetzungsverfahren),
- von den systematischen Zusammenhängen der Normen, insbesondere vom Verhältnis verschiedener, möglicherweise konfligierender Normen untereinander (Norm und Gegennorm; Normen mit Unterschieden in Herkunft, Rang, Anwendungreichweite oder Alter – *lex posterior, lex specialis vs. generalis* usw.),
- von der Auslegung, dem „Verstehen“ der Normen und von der Konkretisierung der abstrakten Sollenssätze in situationsbezogene Handlungs- und Entscheidungsgebote (Subsumtion),
- von der Verwirklichung materieller Normen in ihrerseits normativ geregelten Verfahren und
- vom Zusammenspiel nationaler Inlands- und Auslandsnormen und Regelungen länderübergreifender Geltung.

(17) Eine Alleinstellung hat die Rechtswissenschaft nicht zuletzt deshalb, weil sie ihren Gegenstand im steten Blick auf eine handfest in die Lebenswirklichkeit eingreifende juristische Entscheidung traktiert. Die rechtswissenschaftliche Erkenntnis ist auf die Herbeiführung einer Entscheidung gerichtet<sup>31</sup>. Dabei soll nicht nur dezisionistisch ein Ergebnis postuliert werden, sondern es muss die befürwortete Entscheidung als „recht“, d. h. als intersubjektiv überzeugende Konkretisierung der Rechtsidee, ausgewiesen und verantwortet werden. Hierauf zielt die Parömie „*pectus facit iurisconsultum*“, wobei *pectus* frei mit Verantwortungsbewusstsein übersetzt werden darf. Charakter ist nicht erst vom Richter verlangt, der Recht spricht, sondern genauso von jedem, der im akademischen Kontext eine wissenschaftliche Rechtserkenntnis vertritt: Auch die zunächst abstrakt formulierte Rechtsansicht ist geeignet, ja eigentlich darauf angelegt, schließlich für eine konkrete Entscheidungsfindung aktualisiert zu werden. Ein Zug ernster Verantwortlichkeit prägt daher die

<sup>30</sup> F. Schulz, *The Invention of the Science of Law at Rome* (o. Fn. 28), 99 ff.

<sup>31</sup> Der Entscheidungsbezug kann mittelbarer Natur sein, etwa indem durch Vertragsgestaltung spätere Streitentscheidungen determiniert werden sollen.

ganze Rechtswissenschaft, die eben nicht Rechtserkenntnis um ihrer selbst willen anstrebt, sondern Rechtserkenntnis, die schlussendlich an anderen exekutiert werden kann und deswegen einschließlich ihrer realen Exekutionsfolgen vom akademischen Urheber mitverantwortet werden muss.

(18) Was den *strictly legal point of view* betrifft, so gehört es zu den für die westliche Rechtstradition grundlegenden – freilich auch immer wieder angezweifelten – Axiomen, dass die Rolle des normanwendenden Juristen im Wesentlichen darin besteht, eine bei der Normsetzung getroffene, materielle Sachentscheidung zu aktualisieren, dass er die mit der abstrakten Norm vorweggenommene Sachentscheidung respektiert und sich darauf beschränkt, diese für den aus dem Lebenstatsächlichen stammenden Fall zu konkretisieren. Der normanwendende Jurist hat hierbei nach bestimmten, ihrerseits historisch gewachsenen und immer wieder reflektierten methodischen Regeln zu verfahren. Ein solches methodisch geleitetes, von juristischem *self restraint* getragenes Vorgehen soll es nach Möglichkeit verhindern, dass der Jurist auf außerjuristische Tatbestände übergreift und diese entscheidungserheblich werden lässt. Es handelt sich, geschichtlich betrachtet, um eine rechtskulturelle Errungenschaft ersten Grades.

(19) Die Jurisprudenz untergräbt ihre Alleinstellung selbst, sobald sie den Anspruch erhebt, einen Sachverhalt nicht nur anhand einschlägiger juristischer Tatbestände zu analysieren, wenn sie vielmehr juristische und außerjuristische Tatbestände vermengt. Sollte das Selbstverständnis der Jurisprudenz heute zu einem Problem werden, dann liegt dies an der Devaluierung des juristischen Tatbestandes bzw. seiner Relativierung und Vermengung mit außerjuristischen Tatbeständen oder Gesichtspunkten – und wäre insofern selbstverschuldet.

Die juristische Tätigkeit an den Rechtsnormen auszurichten, war schon ein Gebot für die ursprüngliche, noch vor-wissenschaftliche Praxis – und verstand sich für diese regelmäßig von selbst –, es gilt aber auch von der rechtswissenschaftlichen Praxis und es sollte ebenso von der praxisentlasteten, universitären Rechtswissenschaft beachtet werden. Allerdings kann gerade die besondere Freiheit, die der Rechtswissenschaftler im Schutzraum der akademischen Institution genießt, der Versuchung Vorschub leisten, abwechslungshalber auch einmal andere als die strikt juristischen Gesichtspunkte ins Spiel zu bringen. Es wäre nur zu verständlich, wenn der einzelne Ordinarius einen gewissen Anreiz spürt, „*morgens zu jagen, nachmittags zu fischen, abends Viehzucht zu treiben, nach dem Essen zu kritisieren, wie ich gerade Lust habe, ohne je Jäger, Fischer, Hirt oder Kritiker zu werden*“, d.h. den Gegenstand seiner Bemühungen nicht „bloß“ juristisch, sondern auch einmal psychologisierend, ökonomisch oder sozialwissenschaftlich anzupacken. Ein solches Zurückfallen hinter die Arbeitsteilung kann sich ein Fach, das ernst genommen werden will, nicht leisten. Wer als ausgebildeter Jurist seine Absicht erklärt, er wolle seinen Gegenstand nicht nur als Jurist, sondern zugleich als Philosoph, Sozialwissenschaftler, Systemtheoretiker oder Ökonom erfassen, gibt in Wirklichkeit seinen Anspruch auf echtes Fachgelehrtentum preis.

Jede Vermengung des juristischen Tatbestandes mit anderen, außerjuristischen Gesichtspunkten stellt für den Juristen ein folgenschweres *overreaching* dar. Die erste Konsequenz ist ein Orientierungsverlust: Verfügt man über die fachspezifischen Methoden, mit denen die außerjuristischen Tatbestände sachgerecht erhoben und ausgewertet werden? In welches logische Verhältnis sind außerjuristische und juristische Gesichtspunkte zu bringen, wenn beide gleichermaßen entscheidungserheblich sein sollten? Wie ist, wenn in der Ermittlung der juristischen Entscheidung grundsätzlich jeder damit zusammenhängende sachliche Aspekt mobilisiert werden darf, überhaupt noch eine stringente Entscheidungsfindung zu erwarten? Beschränkt sich der Jurist nicht auf diejenigen Umstände, die vom juristischen Tatbestand abgefragt sind, ist er vielmehr bereit, grundsätzlich alles, was mit dem Fall irgendwie zutun hat, zu „berücksichtigen“, verliert seine Entscheidung den *semantic rigor*. Dabei sind folgerichtig aus der Rechtsordnung begründete Entscheidungen unverzichtbar. Die juristische Entscheidung stellt sich für den Betroffenen als Eingriff in Freiheit oder Eigentum dar. Ihm müssen wir sagen können: „Dir ist ‚Recht‘ geschehen“, und hierfür ist dann ein durch Schlüssigkeit überzeugender Nachweis anzutreten. Im übrigen würde uns bei anderen Wissenschaftsdisziplinen nichts schneller diskreditieren als der Eindruck, statt mit methodenstrenger Normarbeit kämen die Juristen mit Allerweltsbetrachtungen auf dem Niveau des Leitartiklers zu ihren Ergebnissen.

Ein *overreaching* des Juristen unterminiert auch dessen Verantwortungsbewusstsein. Der Jurist mag sich einreden, er sei als politikfreudiger Sozialtechnologe für den Gesamtzustand der Gesellschaft verantwortlich: Über kurz oder lang wird diese Selbstüberschätzung von der Realität widerlegt. Die eintretende Abnutzung des Verantwortungsbewusstseins ist problematisch, weil der Jurist sehr wohl verantwortlich ist, aber eben nur für *den* Aspekt, der seine spezifische Kompetenz verlangt: Der Jurist ist zuständig dafür, dass, insoweit die Gesellschaft sich mit Mitteln des Rechts reguliert, dies fachmännisch und wirksam geschieht, und auch so, wie es dem Medium „Recht“ entspricht. Denn wann immer man sich zu einer Regelung des Mediums Recht bedient, unterwirft man sich dessen Eigengesetzlichkeiten und weckt zugleich die Erwartung, dass die getroffene Regelung von der Intention der Rechtllichkeit mitbestimmt worden ist.

(20) Die eigentlich juristische Tätigkeit erfordert die Orientierung an der Rechtsordnung, sie erfolgt aber zugleich in souveräner Handhabung des Rechtsstoffes. Wie hinsichtlich der juristischen Tätigkeit das Verhältnis von Bindung und Freiheit im Einzelnen ausgeglichen wird, ist Gegenstand der juristischen Methodenlehre. Es zeichnet unsere Rechtskultur aus, dass noch die Kunstregeln, die insoweit das Handeln des Juristen anleiten, normativ verstanden werden. Zu dem Inhalt dieser Regeln – und insbesondere zum Ausgleich von Freiheit und Bindung in der Tätigkeit des Juristen – braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Die juristische Methodenlehre ist nicht unser Thema. Jedenfalls wird hier keineswegs einer „Knebelung“ des Juristen, dessen Degradierung zum „Subsumtionsautomaten“ das Wort

geredet, einer Einengung auf Wortlautinterpretationen o.ä. In unserem Zusammenhang kommt es lediglich darauf an, dass das Jurist-Sein als solches keine Legitimation dafür abgibt, Recht kraft eigenen Raisonnements zu setzen, dass vielmehr die Erwägungen, die der Jurist in der Rechtsanwendung anzustellen hat, durch die Orientierung an der Rechtsordnung gebunden sind. Dieser Befund genügt für unsere Feststellung, wonach sich Tätigkeit und Kompetenz des Juristen auf den *legal point of view* beschränken, ihm also in der Handhabung des Rechts nicht die Implementation aller erdenklichen Sachgesichtspunkte zugemutet und abverlangt wird.

## 2. Arbeitsteilung, Interdisziplinarität und Teambildung

(21) Es ist die zwingende Folge der Arbeitsteilung in den Wissenschaften, dass Fachvertreter verschiedener Disziplinen auf wechselseitige Zusammenarbeit angewiesen sind. Für das moderne Wissenschaftsverständnis ist Interdisziplinarität schlechterdings unverzichtbar. Der Jurist wird also Austausch und Zusammenwirken mit Ökonomen, Psychologen, Sprachphilosophen usw. suchen und umso mehr suchen müssen, je klarer er sich selbst auf den *strictly legal point of view* beschränkt. Interdisziplinarität bedeutet dabei, dass jeder mit den Methoden seines eigenen Faches Teilbeiträge leistet, die sich dann ergänzen und uns wechselseitig weiterführen. Interdisziplinarität kann nicht bedeuten, dass der Jurist sich amateurhaft als Psychologe, Wirtschaftswissenschaftler oder Sprachphilosoph aufspielt. Die Bereitschaft, sich des Expertenwissens anderer Disziplinen zu bedienen, beginnt etwa schon bei der gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung. Hier können Sachverständige die juristischen Prozessbeteiligten von Teilaufgaben entlasten, bei deren Bewältigung die rechtsprofessionelle Sonderbefähigung nicht weiterhilft<sup>32</sup>: ‚He would be a bad lawyer, who attempted to be his own expert witness‘ (F. A. Mann). Auch die Rechtssetzung und ebenso die Vertragsgestaltung können gewinnen, wenn man sich für die zugrundezulegenden Annahmen über die Wirklichkeit nicht mit dem Alltagswissen der beteiligten Juristen begnügt, sondern empirische Erkenntnisse, insbesondere der Verhaltenswissenschaft oder der Ökonomie, heranzieht. Der Jurist muss keine „Entmachtung“ befürchten, wenn er sich auf denjenigen Aspekt der Aufgabe beschränkt, für den er durch die ihm eigene Sonderkompetenz ausgewiesen ist. Im Gegenteil wird der originär juristische Beitrag, der in eine arbeitsteilig arrangierte Problemlösung eingebracht wird, besonders überzeugend sein, wenn er nicht schon zuvor mit fragwürdigen Zutaten aus dem Alltagswissen des Juristen oder mit amateurhaften Anleihen bei anderen Fachdisziplinen vermischt worden ist. Fachmännische Kompetenz zeichnet sich auch dadurch aus, dass sie sich der Grenzen ihrer eigenen Sonderbefähigung bewusst ist: *In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister*. Hinsichtlich der Steigerung von Arbeitsteilung, hinsichtlich der konsequenten

---

<sup>32</sup> S. P. Oberhammer, Tatsächlich Recht haben, in: L. Bittner et al. (Hrsg.), Festschr. W. Rechsberger, Wien 2005, 413–425, 419 ff.

Selbstbeschränkung des Juristen auf den *strictly legal point of view*, dürften noch erhebliche Fortschritte möglich sein.

(22) Inwieweit wird mit dem Vorstehenden für die Rechtswissenschaft der Anspruch auf „Autonomie“ erhoben<sup>33</sup>? Die neuzeitliche Wissenschaft – die methodenehrliche, intersubjektiv haltbare, von Skeptizismus begleitete Aufklärung über das was ist – ist eine an sich *unteilbare* Unternehmung der Gemeinschaft der Forschungsdisziplinen (und eigentlich sogar der Gesamtgesellschaft). Nur im Verbund der Forschungsdisziplinen besteht das einzelne Fach in seiner thematischen Engführung, erst dieser Verbund erlaubt den ausdifferenzierten Wissenschaftsdisziplinen die Entwicklung von jeweiligen Eigengesetzlichkeiten („Autonomien“). Ohne den Kontext der anderen Fachdisziplinen, ohne das arbeitsteilige Zusammenwirken, könnte sich keines der Fächer die thematische und methodische Spezialisierung leisten, die von einer produktiven Wissenschaft gefordert ist. Das wechselseitige Aufeinander-Angewiesen-Sein der Disziplinen ist das notwendige Gegenstück zur „Autonomie“ des Fachs. Die Isolierung einer juristischen Fachwissenschaft muss daher in der interdisziplinären, arbeitsteiligen Zusammenarbeit den Ausgleich für ihre Beschränkung auf den *legal point of view* finden. Es ist für die größtmögliche Durchlässigkeit zwischen den verschiedenen Disziplinen, für einen freien und engagierten Austausch der jeweiligen Erkenntnisse zu sorgen. Der offene Verbund der Fachdisziplinen, wie er in der (Voll-) Universität auftritt, erscheint insofern als eine ideale Form von Wissenschaftsorganisation.

(23) Spezialisierung und Arbeitsteilung dürften auch innerhalb der Zivilrechtswissenschaft weiter fortschreiten. Wer in seinem Fach, nehmen wir z. B. das Vertragsrecht, wirklich – und d. h. heute: unter Einschluss der internationalprivatrechtlichen, europa- und einheitsrechtlichen Seiten – mithalten will, kann kaum noch gleichzeitig im Erbrecht, Familienrecht, Sachenrecht, ja auch kaum nur im Rest des Schuldrechts auf der Höhe der Zeit bleiben. Die bislang selbstverständliche Erwartung, jeder Zivilrechtslehrer werde im Grundsatz bereit und in der Lage sein, über alle Bücher des BGB zu lesen, erscheint nicht mehr zeitgemäß. Die Tendenz geht augenscheinlich dahin, dass sich der einzelne Hochschullehrer wissenschaftlich nur mehr einem beschränkten (und immer kleiner werdenden) Ausschnitt der Zivilrechtsordnung widmet, dies aber in engerer Tuchfühlung mit der juristischen Lebenspraxis. Damit dürfte jeweils für das betreute Gebiet ein freierer Einbezug von Kenntnissen rechtstatsächlicher Art einhergehen. Zugleich wird der Zivilrechtslehrer sein Gebiet sowohl in europarechtlicher Hinsicht als auch rechtsvergleichend, kollisions- und einheitsrechtlich vertreten. An der Stelle des Zivilrechtslehrers, dem grundsätzlich die Kompetenz für das Ganze des bürgerlichen Vermögens- und Personenrechts zugestanden wurde, das dann freilich in einer *splendid isolation* ohne Rücksicht auf auslands- oder kollisionsrechtliche Aspekte und zu meist eher unbekümmert um die Rechtstatsächlichkeiten vertreten wurde, sehen

---

<sup>33</sup> Vgl. J. Rückert, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988.

wir zunehmend den schmalen fokussierten Fachzivilisten, der sein – deutlich enger geschnittenes – Gebiet allerdings mit einer weiteren, das Rechtstatsächliche ebenso wie die Auslandsrechte und Rechtsangleichung umfassenden Perspektive bearbeitet. Im akademischen Bereich würde insoweit nur ein Spezialisierungsprozess mitvollzogen, der in der Anwaltschaft bereits weit fortgeschritten ist.

Was über die Interdisziplinarität im Verhältnis verschiedener Fächer gesagt wurde, wird mit zunehmender Ausdifferenzierung der Zivilrechtswissenschaft auch zwischen den Zivilrechtlern zur Geltung kommen: Irgendwann wird es eines „interdisziplinären“ Symposium bedürfen, das Vertragsrechtler und Deliktsrechtler zusammen bringt, damit diese über das Problem der sog. Weiterfresserschäden diskutieren. Wahrscheinlich werden wir bei einem zunehmenden Anteil von Forschungsbeiträgen Teamarbeit verschieden spezialisierter Juristen – auch innerhalb des Zivilrechts – sehen.

Fortschreitende Spezialisierung bringt die Gefahr mit sich, dass man Zusammenhänge aus den Augen verliert. Nun sind juristische Leistungen, die aus der Lebenswirklichkeit heraus und für diese angefordert werden, oft nicht im Bereich eines einzelnen Fachmanns zu erbringen. Typischerweise durchdringen sich im „Fall“ mannigfache juristische Aspekte mit thematisch und systematisch ganz unterschiedlichen Rechtshintergründen. Sachüberlegen agiert daher erst der Spezialist, der seinen eigenen Beitrag mit denen anderer Spezialisten so zu verbinden versteht, dass diese sich effektiv zu einer einheitlichen Rechtsleistung ergänzen. Dies kann nur, wer es versteht, den Bereich der eigenen Tätigkeit systematisch in der Gesamtrechtsordnung zu lokalisieren, „Schnittstellen“ zu erkennen und geeignete Partner beizuziehen. Gerade im Zeichen einer zunehmenden Spezialisierung muss eine akademische Erstausbildung darauf abzielen, ein Grundverständnis für das Ganze der Rechtsordnung(en) zu vermitteln. Dadurch unterscheidet sie sich von Studiengängen, die von vornherein nur auf bestimmte thematische Segmente der Rechtsordnung ausgerichtet sind (Wirtschaftsjurist, Verwaltungsjurist usw.).

### 3. Wissenschaftlichkeitsdefizit der Jurisprudenz?

(24) Immer wieder thematisiert wird die Möglichkeit eines „Wissenschaftlichkeitsdefizits“ der Jurisprudenz, nicht nur gegenüber den Naturwissenschaften, sondern auch den mit „härteren“ Methoden arbeitenden Sozialwissenschaften, selbst aber noch gegenüber klassischen geisteswissenschaftlichen Fächern wie der Geschichte oder Philosophie. Regelmäßig wird an die Schrift *Julius v. Kirchmanns* über ‚Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft‘ (1847) erinnert<sup>34</sup>. Ob man die

<sup>34</sup> S. etwa, mit vielf. Nachw., D. Simon, Jurisprudenz und Wissenschaft, Rechtshistorisches Journal 7, 1988, 141 ff.; s. auch ders., Die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft, Rechtshistorisches Journal 11, 1992, 351 ff.; ders., Die animusbesessene Spätzeit, Rechtshistorisches Journal 14, 1995, 253 ff. ders., Es ist wie es ist, in: O. G. Oexle (Hrsg.), Naturwissenschaft, Geisteswissenschaft, Kulturwissenschaft, 1998, 79 ff. Zu Kirchmann s. noch R. Wiethölter, Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884). Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare

Jurisprudenz als „Wissenschaft“ bezeichnet, hängt vorrangig vom Wissenschaftsbegriff ab, den man setzt<sup>35</sup>. Eine in der Sache ergiebige Diskussion kann sich aus einer derart begrifflichen Fragestellung nicht ergeben. Entscheidend ist, dass ein Fach mit seinen Methoden seinem ureigensten Gegenstand entspricht und dass das fachmethodisch angeleitete Arbeiten weiterführende Resultate zeitigt. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Disziplinen müsste ein Einheitsbild von moderner Wissenschaft, das für jedes Fach gleichermaßen gültig sein wollte, zwangsläufig ein Trugbild sein. Im Vergleich mit den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen zeigt die Jurisprudenz ein anderes (ihr eigenes), darum aber nicht notwendig minderes Fachprofil. Wegen der Unterschiedlichkeit der Disziplinen ist auch ein Vorgehen *per analogiam*, bei dem man Aufschluss über die Jurisprudenz sucht, indem man Ähnlichkeiten mit anderen Disziplinen (z. B. Medizin, Theologie, Technik) herausstellt, nur begrenzt erfolgversprechend. Nicht anhand etwaiger Ähnlichkeiten mit anderen Fächern ist die Jurisprudenz zu erfassen (schon gar nicht, um sie so als Wissenschaft zu legitimieren), sondern anhand der Differenzen, die zwischen ihr und anderen Disziplinen bestehen.

(25) Die besonderen Bedingungen der Jurisprudenz wird man wie folgt zusammenfassen können:

- Die Rechtswissenschaft traktiert ihren Gegenstand im steten Blick auf handfest in die Lebenswirklichkeit eingreifende juristische Entscheidungen. Das Erkenntnisinteresse des Juristen geht dahin, in der Unterscheidung von Recht und Unrecht unterstützt zu werden. Auf die Befriedigung dieses Erkenntnisinteresses ist die Tätigkeit der Rechtswissenschaft gerichtet. Insofern streben wir auch an der Universität nicht Rechtserkenntnis um ihrer selbst willen an, sondern Rechtserkenntnis, die schlussendlich auf unsere Verantwortung an anderen exekutiert werden kann.
- Wegen der Ausrichtung auf die rechtliche Lebenspraxis teilen sich der dort für den Juristen bestehende Handlungs- und Zeitdruck auch der rechtswissenschaftlichen Arbeit und dem Umgang mit deren Ergebnissen mit. Von diesen muss Gebrauch gemacht werden, sobald das tagesaktuelle Geschäft es verlangt<sup>36</sup>.
- Die Ergebnisse rechtswissenschaftlichen Arbeitens müssen kommunikativ als „recht“, als intersubjektiv überzeugende Konkretisierung der Rechtsidee, zu vermitteln sein, weil nur dann andere Akteure sich davon bestimmen lassen können<sup>37</sup>. Als Fachsprache bedient sich die Rechtswissenschaft der Rechtssprache;

---

Juristen. Eine andere Tradition. Jürgen Seifert zum 60. Geburtstag, 1988, 44 ff.; C. Engel, JZ 2006, 614 ff., 1118; H. H. Jakobs, JZ 2006, 1115 ff.

<sup>35</sup> Zutr. U. Neumann, Wissenschaftstheorie und Rechtswissenschaft, in: A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1976, 174 f.

<sup>36</sup> S. unten (57).

<sup>37</sup> S. oben (12), (13).

diese ist selbst normativ bestimmt, meist durch Festlegung auf die Landessprache(n)<sup>38</sup>.

- Die konkrete Ordnung durch Recht ist historisch gewachsen, insofern weithin kontingent: Die Regelungen, die von der Rechtsordnung mit einem unbedingten Geltungsanspruch versehen werden, mögen inhaltlich so sein wie sie sind, sie könnten aber vielfach – mit durchaus demselben Ordnungseffekt – auch einen anderen Inhalt haben. Die Jurisprudenz hat die Rechtsordnung in ihrer kontingenten Gestalt zum Gegenstand. Es ist die Paradoxie der Rechtswissenschaft, dass sie ihrem Gegenstand, der von weitgehend kontingenter Gestalt ist, im Interesse der Denkökonomie eine gewisse innere Logik verleiht.
- Die Rechtswissenschaft nimmt sich im Umgang mit dem Recht eine – begrenzte – Freiheit heraus<sup>39</sup>. Sie muss dies tun, da sie dem Rechtsstoff eine ihm als solchem nicht schon innewohnende Struktur gibt. So wird in einer verwissenschaftlichten Rechtskultur der Gegenstand der Rechtswissenschaft unter deren Mitwirkung in einer Art fortlaufendem Kreisprozess weiterentwickelt<sup>40</sup>.

(26) Bei diesen eigentümlichen Bedingungen der Rechtswissenschaft handelt es sich um Gegebenheiten. Es ist ohne Sinn, diese Gegebenheiten – negativ oder positiv – zu werten, etwa indem man fragt, ob und inwiefern sie den Anspruch der Jurisprudenz auf Wissenschaftsstatus erhärten oder unterminieren. Die beschriebenen Besonderheiten unseres Fachs haben jedenfalls nicht verhindert, dass als Ergebnis juristischen Nachdenkens intellektuell anspruchsvolle Gebilde entstanden sind, mit denen sachgerecht umzugehen geistige Anspannung fordert. Wenn man meinen würde, den Gegebenheiten würde besser entsprochen, indem man die Jurisprudenz nicht als Wissenschaft, sondern als gelehrte Kunsttechnik bezeichnet, käme man zu einem anderen Sprachgebrauch, aber nicht zu anderen Sachverhältnissen. Mehr ist zum Wissenschaftsstatus der Jurisprudenz nicht zu sagen, wenn man nicht den kuriosen Streit wiederbeleben will, den man einmal um den Rang der Fakultäten ausgetragen hat<sup>41</sup>.

Ein gefühltes Wissenschaftlichkeitsdefizit darf jedenfalls nicht zu der Schlussfolgerung führen, man könne die Sache des Juristen mit Aussicht auf einen Rationalitätsgewinn den Vertretern anderer Disziplinen mit vermeintlich schärferen Methoden überantworten. Wie vielfältige geschichtliche Erfahrung zeigt, ist es der juristischen Professionalität eher abträglich, wenn Repräsentanten anderer Systeme die Verantwortung für das juristische Geschäft übernehmen, indem der Jurist etwa durch den Theologen, den Philosophen oder den Parteiideologen bevormundet

<sup>38</sup> S. oben (14).

<sup>39</sup> S. unten (36), (48).

<sup>40</sup> S. oben (7) a.E.

<sup>41</sup> S. N. Hammerstein, Vom Rang der Wissenschaften. Zum Aufstieg der Philosophischen Fakultät, in: A. Kohnle/F. Engehausen (Hrsg.), Zwischen Wissenschaft und Politik (= Festschr. Wolgast), 2001, 86 ff.

wird. Nichts besseres dürfte man erwarten, würde der Sozialwissenschaftler oder der Ökonom die Zuständigkeit für die normative Handhabung des Rechts erhalten.

#### 4. Die Jurisprudenz im Spiegel ihrer Nebendisziplinen

(27) Es ist eine Folge der Ausbildung eines Expertenstandes, dass sich dieser gelegentlich auch seiner eigenen Stellung in der Welt vergewissern will. Man fragt: Wo kommen wir her, was tun wir, wozu sind wir da? Dieses Bedürfnis, wie es für jedes Fach, vielleicht für jede menschliche Tätigkeit besteht, bringt spezifische Beiträge hervor, die sich – apologetisch oder kritisch – mit dem Fach, seiner Geschichte, Bedeutung oder Methode auseinandersetzen. Schlichte Anfänge auf diesem Gebiet sind Gründungslegenden für die Fachgeschichte<sup>42</sup>, aber etwa auch Autobiographien einzelner Juristen mit oder ohne generalisierende Betrachtungen über den Richter- bzw. Anwaltsberuf etc. Solche Vergewisserungen entsprechen zugleich einem humanistischen Bildungsinteresse, denn Recht und Rechtswissenschaft sind Aspekte menschlicher Gesellschaft und als solche natürlicher Gegenstand der *studia humaniora*<sup>43</sup>. Seit jeher sind das Recht und seine Problematik, ebenso wie die Juristen und ihr Tun, ja auch bevorzugte Themen literarischer Werke, von Sophokles' Antigone über Kleists Michael Kohlhaas und so fort bis in unsere Zeit<sup>44</sup>.

(28) Die Institution einer akademischen Juristenausbildung erlaubt es, die zunächst zur Alltagskultur gehörige Reflexion des Rechts in die systematische Gesamtrepräsentation des Rechtswesens, wie sie für den Studienzweck synthetisiert wird, einzubeziehen. Als „Nebendisziplinen“ des akademischen Rechtsstudiums können die unterschiedlichsten Bemühungen um Selbstvergewisserung fachmethodische Seriosität und eine eigene innere Folgerichtigkeit entwickeln. Verschieden ausgerichtete Neben- oder Metadisziplinen differenzieren sich dabei aus. Die entstehenden Spezialdisziplinen werden ihrerseits von entsprechenden Experten betrieben, dies oft auch mit einer Tendenz zur Verselbständigung. Nicht anders als andere Fächer pflegt die akademische Jurisprudenz ihre Wissenschaftsgeschichte, klärt Realwirkungen des Fachgeschehens, sucht eine Standortbestimmung im Ganzen des Wissenschaftsbetriebs und bespiegelt in ausgefeilten Methodologien die eigenen Verfahren. Die Nebendisziplinen, die der Jurisprudenz traditionell beigeordnet werden – Rechtsphilosophie, -theorie, -geschichte, -soziologie, -ethnologie und -anthropologie – erschöpfen noch längst nicht die große Vielfalt reflexiver Zugänge zu den Lebensphänomenen Recht und Rechtswissenschaft. Neuere Stichworte wie Juristische Zeitgeschichte, *law and economics*, *gender & the law*, *law and literature* deuten den Reichtum denkbarer Perspektiven an.

<sup>42</sup> Gründungslegenden für das römische Recht: M. T. Fögen, *Römische Rechtsgeschichten*, 2002.

<sup>43</sup> Eine wissenschaftliche Fachgeschichte, zunächst in bio-bibliographischer Form (Thomas Diplovatatus), wurde erstmals in jener Blütezeit der europäischen Rechtswissenschaft in Angriff genommen, die man juristischen Humanismus nennt.

<sup>44</sup> S. etwa G. Binder/R. Weisberg, *Literary Criticism of Law*, 2000.

Während es in der Gesellschaft wohl immer eine öffentliche – etwa journalistische – Auseinandersetzung mit dem Recht und seiner Problematik gibt, ist die Assoziation des Rechts mit regelrechten Meta-Disziplinen von eigenem Fachstatus keineswegs eine konstante, universelle Erscheinung. Vielmehr gehören solche Meta-Disziplinen mit eigenem Fachstatus zu der akademisch betriebenen *Rechtswissenschaft*. Wie die Rechtswissenschaft eine mögliche, aber keineswegs die notwendige Erscheinungsform von „Recht“ darstellt<sup>45</sup>, so sind auch Fächer wie Rechtssoziologie, -philosophie, -theorie oder Rechtsgeschichte nicht im Wortsinne „Grundlagen“ des *Rechts*, derart, dass das Recht notwendig auf ihnen aufbauen würde, also ohne sie nicht ent- oder bestehen könnte. In der Geschichte hat es durchaus entwickelte Rechtsordnungen gegeben, die von hoher Rechtsgesinnung getragen waren, in denen aber nur in sehr bescheidenem Umfang reflexive Selbstvergewisserung in historischer oder philosophischer Hinsicht betrieben wurde<sup>46</sup>. Für die hier vertretene These ist wesentlich, dass gerade die Nebendisziplinen des Rechts ihre Existenz – jedenfalls in Gestalt seriöser Fachdisziplinen – der durch den Ausbildungszweck zusammengehaltenen, an der Universität institutionalisierten Rechtswissenschaft verdanken.

(29) Wo die Rechtswissenschaft Neben- oder Metadisziplinen ausgebildet hat, steht noch längst nicht deren Verhältnis zur eigentlichen Fachdisziplin fest. In der Fachgeschichte wurde (und wird) laufend um eine Bestimmung dieses Verhältnisses gerungen. Dies zeigt sich schon in den wechselnden Bezeichnungen für die Nebendisziplinen, für die schon geradezu konträre Sammelbegriffe wie „Hilfswissenschaften“ einerseits, „Grundlagenfächer“ andererseits benutzt worden sind. Arbeiten aus dem Bereich der Nebendisziplinen gehören zur Rechtswissenschaft, indem sie diese zu ihrem Gegenstand machen. Einmal auf den Plan getreten, begleiten die Metadisziplinen die eigentliche Fachdisziplin in unausgesetztem Wechselspiel, ohne dass man dabei noch ein *prius* ausmachen könnte. Wenig realitätsnah und der Fachkultur als ganzer eher abträglich erscheinen daher gegenläufige Hierarchie- oder Autonomieansprüche, mit denen sich Kerndisziplin und Nebendisziplinen schon von einander haben abgrenzen wollen.

(30) Auch wenn die Nebendisziplinen zur Rechtswissenschaft gehören, so kann doch die Verschiedenheit der beteiligten Erkenntnisinteressen nicht übersehen werden. Das spezifische Erkenntnisinteresse des Juristen, der unter dem Zwang einer zu verantwortenden Entscheidung steht, ist darauf gerichtet, in der Unterscheidung von Recht und Unrecht nach Maßgabe der geltenden Rechtsordnung unterstützt zu

<sup>45</sup> S. oben (2), (6) ff.

<sup>46</sup> Bei den römischen Juristen finden wir ergiebige Ausführungen zur Geschichte ihrer Wissenschaft zu einer Zeit, als die Rechtswissenschaft bereits seit zwei Jahrhunderten in voller Blüte stand; s. etwa zu D. 1.2.2 Pomp 1 lib sing ench *D. Nörr*, Pomponius oder ‚Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen‘, in: *H. Temporini/W. Haase* (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (ANRW) II 15, 1976, 497 ff. = *T. J. Chiusi/W. Kaiser/H.-D. Spengler* (Hrsg.), *Dieter Nörr, Historiae iuris antiqui* (Ges. Schriften), Bd. II, 2003, 985\* ff.

werden. Hierauf zielt die Reflexionsarbeit im Nebendisziplinbereich nicht. Es besteht sogar eine gewisse Gegenläufigkeit zwischen der ordnungsstiftenden und -erhaltenden Grundaufgabe der Rechtswissenschaft<sup>47</sup> und der Nachdenklichkeit, zu welcher die Nebendisziplinen den Juristen unter je verschiedenen Gesichtspunkten anhalten. Es erscheint bemerkenswert, wenn ein Fach, das auf die Herstellung einer möglichst erwartungssicheren Ordnung abzielt, noch seine eigene Infragestellung kultiviert.

(31) Die spezifisch juristische Methode, die sich mit der sachgerechten Handhabung der Normen zur Entscheidung konkreter Fälle befasst, kann nicht benutzt werden, um Untersuchungen im Bereich der Nebendisziplinen anzuleiten. Sofern die Arbeiten in den Nebendisziplinen des Rechts durch fachmethodische Seriosität einen Anspruch auf Beachtung als Wissenschaftsleistung erheben, müssen die Methoden neu entwickelt oder von anderen Disziplinen entliehen werden. Zu denken ist beispielsweise an die historisch-kritische Methode der Geschichtswissenschaft, an das Instrumentarium der empirischen Sozialwissenschaften oder an die Modelle der ökonomischen Rechtsanalyse. Hier berühren sich die Nebendisziplinen des Rechts mit anderen Fächern, die von ihrem eigenen Standpunkt aus und mit ihren eigenen Methoden das Phänomen „Recht“ in den Blick nehmen: Mit juristischen Handschriften befasst sich der Paläograph, Ursachen vergangener Gesetzgebung untersucht der Sozialhistoriker, die Anreizwirkungen juristischer Normen interessieren den Ökonomen. Dies eröffnet Möglichkeiten zur arbeitsteiligen Zusammenarbeit. Der Jurist muss kein Paläograph werden, kein Sozialhistoriker und kein Ökonom; es reicht – ist aber auch erforderlich –, dass er für die Ergebnisse dieser Disziplinen offen ist und sich diese, soweit für seine eigenen Untersuchungen bedeutsam, aneignet.

In den Nebendisziplinen des Rechts wird man umso ertragreicher arbeiten, je intimer die Kenntnis des eigentlichen Fachgeschehens ist. Deswegen werden die Nebendisziplinen wissenschaftsorganisatorisch vorzugsweise im Verbund mit der juristischen Fachdisziplin betrieben. Dies erleichtert es zugleich den Fachvertretern, die Reflexionsarbeit im Nebendisziplinbereich zur Kenntnis zu nehmen und in dieser Begegnung ihre Rechtsgesinnung zu steigern.

##### *5. Methodenstrenge und Souveränität der Normhandhabung als Brennpunkte des jurisprudentiellen Rationalitätsanspruchs*

(32) Geht es darum, ein zutreffendes Bild von der Wissenschaftsstruktur der Jurisprudenz zu gewinnen, darf man sich nicht in erster Linie an Arbeiten aus dem Bereich ihrer Nebendisziplinen orientieren. Ganz gleich, ob der Jurisprudenz der Charakter einer Wissenschaft attestiert wird oder nicht: Jedenfalls bezieht sie ihren Wissenschaftscharakter nicht daraus, dass sie sich mit sogenannten Grundlagenfä-

---

<sup>47</sup> S. noch unten (45)-(57).

chern umgibt. Letztere sind für die ihnen bisweilen zugedachte Rolle des „Zulieferanten“ von Wissenschaftlichkeit ungeeignet. Selbst wenn es so läge, dass zwar nicht die Jurisprudenz als solche, wohl aber ihre Nebendisziplinen – Rechtssoziologie, -philosophie, -theorie oder -geschichte – Wissenschaftscharakter hätten: Die an die Jurisprudenz gerichtete Empfehlung, sie könne ihren eigenen Anspruch auf Wissenschaftsstatus einfach dadurch erhärten, dass sie „Grundlagenfächer“ institutionell an sich bindet und möglichst stark ausbaut, ist in jedem Fall unsinnig. Da Forschungen im Bereich der Nebendisziplinen nicht auf Anwendung der juristischen Methode beruhen<sup>48</sup>, verbietet sich die Vorstellung, die Anreicherung der Rechtsfakultäten oder des juristischen Studiums um Grundlagenfächer könne den – tatsächlich oder vermeintlich – fehlenden Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz aufbessern. Wie sollte die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz auch dadurch gesteigert (oder gar erst hergestellt) werden, dass zusätzliche Nischen für Spezialisten eingerichtet werden, die von dort aus eine Außenperspektive auf das Recht pflegen? Wenn das, was Juristen im Kern tun, nicht wissenschaftlich oder nicht einmal rational sein sollte, dann könnte es an Wissenschaftlichkeit oder Rationalität auch nicht dadurch gewinnen, dass man es von Nicht-Juristen – Historikern, Soziologen, Systemtheoretikern oder Ökonomen – untersuchen lässt, die dabei doch ihren ureigensten Verfahren verpflichtet sind und gerade nicht nach der juristischen Methode arbeiten. Die Vorstellung, „echte“ Wissenschaft könnte, wenn sie nur mit der Jurisprudenz unter dem selben Fakultätsdach betrieben würde, etwas von ihrer Wissenschaftlichkeit auf diese abfärben, ist nicht bloß verquer, sondern unwürdig, ebenso für die Jurisprudenz wie für die betroffenen Disziplinen, die in dieser Sicht ja gleichsam als wissenschaftliches Feigenblatt instrumentalisiert werden sollen<sup>49</sup>.

(33) Weil das Kerngeschäft des Juristen in der Handhabung von Rechtsnormen besteht, muss sich die Wissenschaftlichkeit – oder bescheidener: die Rationalität – der Jurisprudenz gerade in denjenigen Arbeitsschritten manifestieren, die den eigentlichen, bestimmungsgemäßen Umgang mit dem Normmaterial ausmachen: *Diese Arbeit* muss sich, soweit irgend möglich, durch Folgerichtigkeit, Widerspruchlosigkeit, Stringenz der Argumentation und Systembezug auszeichnen, soll die Jurisprudenz als Fachdisziplin bestehen. Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz wird gestärkt, wenn die ureigensten Aufgaben des Juristen – die Normanwendung und die juristische Normgestaltung – in möglichst souveräner Beherrschung der systematischen – man könnte vielleicht auch sagen: philosophischen<sup>50</sup> – Strukturen der Rechtsordnung und aufgrund eines gediegenen Verständnisses der historischen Bedingtheit der geltenden Normen bewältigt werden. Dieses Ideal ist nicht bloß für die Minderheit anzustreben, die sich im Bereich der Grundlagenfächer einfindet, sondern für jeden an der Universität ausgebildeten Juristen. Sollte es

---

<sup>48</sup> S. oben (31).

<sup>49</sup> S. nochmals unten (43), (44).

<sup>50</sup> S. noch sogleich (37) bei und mit Fn. 56.

im Kern der Jurisprudenz, bei deren Verfahren zur Unterscheidung von Recht und Unrecht, mit der Rationalität nicht „stimmen“, dann könnte dies auch nicht durch einen etwaigen Reichtum an reflexiver Fachkultur im Gebiet der Nebendisziplinen ausgeglichen werden. Die Positionen sind nicht wechselseitig deckungsfähig.

#### IV. Recht und Rechtswissenschaft

##### 1. Die Rechtswissenschaft in ihrem Spannungsverhältnis zur Rechtsrealität

(34) Die vornehmlich zur Formierung des Ausbildungsmaterials gemachten Anstrengungen der Rechtswissenschaft geben dem Rechtsstoff eine Struktur, sichern ihm eine stimmige Begrifflichkeit und einheitliche Methode. An sich handelt es sich lediglich um eine systematische Reformulierung des Rechtsstoffes. Der „Mehrwert“ dieser Reformulierung liegt in ihrer denkökonomischen Gestalt, in der Reduktion von Komplexität. Insofern ist die Rechtswissenschaft eine Antwort auf das Bedürfnis nach orientierender Systematik, das sich gegenüber der Unübersichtlichkeit des Rechtslebens bemerkbar macht. Eine Vielfalt von Details, wie sie in der Komplexität des Rechtslebens miteinander verwoben sind, drängt stets danach, in eine vereinfachende Ordnung gebracht zu werden. Das Maß an Ordnung oder Unordnung, das die Rechtswissenschaft ihrem Stoff – zunächst und immer wieder erneut auch zum Unterrichtszweck – angedeihen lässt, teilt sich dabei auch wieder dem gelebten Recht mit, es bringt dieses *wirklich* in Ordnung oder lässt es in Unordnung geraten. Insofern ist die Ordnung, die dem mit dem positiven Recht gegebenen Rechtsstoff eingegeben wird, das „Produkt“ der Rechtswissenschaft.

(35) Im neunzehnten Jahrhundert war es eine Streiffrage, ob die rechtswissenschaftliche Arbeit – man dachte insbesondere an die „juristische Construction“ – neues Recht hervorbringt, ob sie ein „Erfinden“ von Recht ist<sup>51</sup>. Die besonnene Auffassung ging schon seinerzeit dahin, dass die Rechtswissenschaft neue Einsichten in das bestehende Recht ermöglicht, dass sie aber dem geltenden Recht nichts schlechthin Neues hinzufügt. Dies entspricht auch dem Umstand, dass die Rechtswissenschaft nicht selbst Rechtsquelle ist<sup>52</sup>. In der Tat geht es darum, dass die Rechtswissenschaft einen komplexen und kontingenten Gegenstand hat, dass sie für diesen aber eine vereinfachende, denkökonomische Beschreibung sucht. Ist eine solche Beschreibung gefunden, so ergeben sich unter Umständen neue Erkenntnisse hinsichtlich des „abgebildeten“ Rechts, die auch dessen Anwendung erleichtern und verbessern werden. Man kann zwar sagen, dass all die Rechtserkenntnisse, die durch wissenschaftliche Arbeit am Recht gefunden werden, schon latent in der Komplexi-

<sup>51</sup> Dazu mit Nachw. J. Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2001, 199 f.; H. H. Jakobs, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, 1992, 31 ff. Zu G. F. Puchtas „Genealogie der Begriffe“ s. jetzt T. Henkel, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit*, 2004, 46 ff.

<sup>52</sup> S. oben (8).

tät des Phänomens „Recht“ vorhanden sind. Insofern es aber stets einer rechtswissenschaftlichen Anstrengung bedarf, sich diese Rechtserkenntnisse zu erschließen, sind diese doch auch eine produktive Leistung der Jurisprudenz<sup>53</sup>.

(36) Wenn die Rechtswissenschaft ihrer Grundaufgabe gerecht werden soll, muss sie bereit sein, gestalterisch auf den primären Rechtsstoff zuzugreifen. Die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz beruht entscheidend auf dem Willen und der Fähigkeit, sich immer wieder auf idealtypische Rechtsstrukturen zu besinnen und diese zu vermitteln. Kennzeichnend für die gestalterische Adaptation des Rechtswesens durch die Rechtswissenschaft ist der Topos „Einheit der Rechtsordnung“<sup>54</sup>. Die Rechtsordnung bildet nicht von sich aus eine Einheit. Vielmehr sind gleichzeitig Normen staatsrechtlich verschiedener Normgeber aus unterschiedlichen Zeitstufen in Geltung. Das aus dem deutschen Kaiserreich stammende BGB steht neben der jüngsten Rechtsverordnung der Europäischen Gemeinschaft. Keineswegs ist es immer so, dass die jüngere Norm mit vollendeter Rücksicht auf Begrifflichkeit und System des älteren Normbestandes erlassen wird. Häufig verdanken sich die Gesetze einem momentanen politischen Anstoß und einer flüchtigen Parlamentsmehrheit. Wenn wir trotzdem die Einheit der Rechtsordnung postulieren, dann deswegen, weil wir ein Konstrukt präsentieren, in dem grundsätzlich alle geltenden Bestimmungen ihren systematischen Ort finden sollen. Es ist nicht so, dass eine sich schon als Einheit darbietende Rechtsordnung Gegenstand des Studiums wäre, sondern es ist eine Daueraufgabe der Rechtswissenschaft, eine Einheit des sich ständig wandelnden Rechtswesens immer aufs Neue herzustellen.

(37) Soweit die Ordnungsstrukturen dem primären Rechtsstoff nicht immanent sind, beruhen wesentliche Fortschritte in der Systematisierung des Rechts auf Anleihen bei außerjuristischem Gedankengut, namentlich aus den Bereichen Philosophie und Theologie, zukünftig vielleicht verstärkt aus Ökonomie und Systemtheorie. Von der hellenistischen Dialektik über die orthodoxe Theologie Byzanz', die mittelalterliche Scholastik und das christliche Naturrecht der Neuzeit hin zur idealistischen Philosophie an der Wende zum 19. Jahrhundert: Immer wieder lässt sich beobachten, wie Figuren philosophischen oder theologischen Denkens für die Arbeit am rechtswissenschaftlichen System adaptiert wurden. Strukturierte Lehren etwa zu Verursachung/Verhaltenszurechnung/Verantwortung, zum verpflichtenden Versprechen oder zur Ausgleichspflicht für ungewollte Vermögensverschiebungen wurden häufig von Grundannahmen aus entfaltet, die als solche nicht selbst das vorgängige Ergebnis förmlicher Rechtssetzung gewesen waren<sup>55</sup>. Dabei ist diese durchlaufende Offenheit für philosophische Ordnungsmuster eine besondere Erscheinung der kontinental-europäischen, an einer systematischen, akademischen

---

<sup>53</sup> S. nochmals unten (53).

<sup>54</sup> K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, ND 1987.

<sup>55</sup> S. beispielsweise O. Behrends, Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willentheorie im heutigen Vertragsrecht, in: (Hrsg.) G. Dilcher/I. Staff, Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisation, 1984, 255 ff.

Schulung gewachsenen Rechtsgelehrsamkeit, die beispielsweise in der englischen Rechtsentwicklung keine gleich gewichtige Entsprechung hat. Für die kontinental-europäische Rechtswissenschaft gilt, dass sie „vollständig historisch und philosophisch zugleich“ sein will (*v. Savigny*). Das gelehrte Recht ist deswegen aber keineswegs ein Abklatsch der Philosophie seiner Zeit. Insbesondere darf man nicht meinen, das rechtsphilosophische Element könne, weil es das Ergebnis abstrakter Deduktionen ist, in einem höheren Grad Allgemeingeltung beanspruchen als der kontingente Rechtsstoff, man würde das Recht also am treffendsten erfassen, indem man sich der philosophisch-systematischen Überlegungen vergewissere, die es „beeinflusst“ haben. Damit wäre übersehen, dass die Rechtswissenschaft eine Synthese liefert, in welche zugleich der primäre, kontingente Rechtsstoff und die philosophisch-systematischen Überlegungen eingehen, wobei beide wechselseitig an einander angepasst und also verändert werden. Ordnungsvorstellungen, die man einmal für die Rechtswissenschaft in Anspruch genommen hat, sind danach mit einer juristischen Eigenbedeutung verwoben, von der sie nicht mehr abgelöst werden können: Ungeachtet des Kontextes, dem die Systemüberlegungen entwachsen sind, stehen sie nach der Verschmelzung mit dem Rechtsstoff im Dienst der Unterscheidung von Recht und Unrecht und werden als integraler Bestandteil geltenden Rechts vom *strictly legal point of view* aus gehandhabt<sup>56</sup>. Dies wird auch von Ordnungsmustern der ökonomischen Analyse gelten, soweit die Rechtswissenschaft diese absorbiert.

(38) Für die juristische Ausbildung ergibt sich: Die Beschränkung auf den *strictly legal point of view*, die einer fachwissenschaftlich betriebenen Jurisprudenz ansteht, sollte auch das Studium bestimmen. Stärker als bisher ist bei den nachkommenden Juristen aber die Bereitschaft zum interdisziplinären Austausch, die Offenheit für die andersartigen Perspektiven, Methoden und Resultate weiterer Disziplinen zu fördern.

Die juristische Welt, die im Studium und für die Studierenden entsteht, beruht auf einer Auswahl. Diese ist historisch gewachsen und bedingt, in gewisser Weise auch erprobt, sie ist wandelbar, sicher auch verbesserungsfähig, vor allem aber ist sie künstlich. Das Bild der Rechtsordnung, das für die Studierenden entworfen ist, hat dabei eine gewissermaßen räumliche Perspektive: Einiges steht im Vordergrund, anderes im Hintergrund oder am Rand. Manches wird schließlich überhaupt nur noch knapp am Horizont sichtbar. Es verhält sich aber nicht so, dass sich bestimmte Rechtsgebiete *ontologisch* als Randfächer qualifizieren würden: Für den, der als hanseatischer Anwalt Seerecht betreibt, sind das Recht des *abandon* und die Große Haverei zentrale Angelegenheiten und demgegenüber mag ihm die Frage der Irrtumsanfechtung mit ihrer Dogmatik als ein Randthema erscheinen. In der Rechts-

---

<sup>56</sup> Für eine vollständige Aufklärung über das Gewordensein des Rechts sind daher auch die jeweiligen geistesgeschichtlichen Zeitumstände in den Blick zu nehmen, an denen die Rechtswissenschaft teilgehabt hat.

wirklichkeit sind abwechselnd gerade *die* Normen zentral, die eine anstehende Streitentscheidung determinieren. Dass wir eine abstrakte Ordnung entwerfen, in der jedem Sachthema eine bestimmte, relative Bedeutung zugemessen wird, rechtfertigt sich durch den Zweck, den verschiedenen Themen verhältnismäßige Aufmerksamkeit- und Zeitressourcen unserer Studenten zuzuweisen. Mittelbar bedingen solche Abstufungen aber auch einen unterschiedlichen Grad an Verwissenschaftlichung der einzelnen Fächer.

Die Auswahl des Stoffes für das juristische Curriculum darf sich daran orientieren, anhand welcher Materien sich methodensicheres, strukturgeleitetes Arbeiten am besten vermitteln und erlernen lässt. Man kann dabei erstaunlich weit gehen. Die preußischen Jurastudenten des 19. Jahrhunderts wurden, was das Zivilrecht betrifft, anhand eines Rechtes geschult, das in ihrer Heimat überhaupt nicht galt. Die juristische Ausbildung fand an demjenigen Recht statt, dessen wissenschaftliche Durchdringung am weitesten fortgeschritten war. Das heimatliche Recht betrachte man überhaupt nur als ein Supplement, welches das eigentliche rechtswissenschaftliche Studium vervollständigte<sup>57</sup>. Dasselbe galt von den Studenten an der Mehrzahl der deutschen Universitäten. Es scheint nicht, dass die Ausbildung darunter gelitten hätte. Juristische Ausbildung tradiert nicht in erster Linie ein bestimmtes „Normsystem“, sondern die fachmännische Fähigkeit zur analytischen Sichtung, systematischen Aufbereitung und konsistenten Anwendung immer neuen Normstoffs – eine Fähigkeit, die ihrerseits ein sich wandelndes Produkt der rechtskulturellen Entwicklung ist.

## 2. Die Rechtswissenschaft in Bewegung

(39) Das Rechtsleben, aber auch die Rechtswissenschaft, befinden sich in ständiger Bewegung. Die endogene Entwicklung, die auf Perfektionierung des vorhandenen Wissenschaftsbestandes zielt, soll hier einmal außer Betracht bleiben. Es geht im Folgenden nur darum, auf welche Weise die Rechtswissenschaft auf exogene Veränderungen – Evolutionen von Recht und Rechtsleben – reagiert. Wie sich das Recht ständig verändert, so entsteht auch immer aufs Neue das Bedürfnis, daraus einen auf drei oder vier Jahre berechneten Kanon von Rechtskenntnissen zu formen, den man für die zu tradierende Essenz der Rechtsordnung hält. Damit erfolgt eine laufende Integration neuer Rechtsphänomene in die vorhandene rechtswissenschaftliche Systematik.

„The life of law has not been logic“ (*O. W. Holmes*): Der Rechtswandel verläuft nicht geordnet auf logisch vorgegebenen Bahnen. Vielmehr kommt es in Wechselwirkung mit den unter Umständen spontanen und chaotischen Veränderungen der sozialen Lebenswelt auch zu ebenso spontanen Rechtsneubildungen. Heute lassen

---

<sup>57</sup> Vgl. C. Wollschläger/M. Ishibe/R. Noda/D. Strauch (Hrsg.), *F. C. v. Savigny*, Landrechtsvorlesung 1824. Drei Nachschriften. 1. Halbband: Einleitung, Allgemeine Lehren. Sachenrecht, 1994; 2. Halbband: Obligationen. Familienrecht. Erbrecht, 1998.

es unsere formalisierten Verfahren der Rechtssetzung zu, dass jederzeit neues, ungekanntes Recht erzeugt wird. Treten im Rechtsleben neue Phänomene auf – eine innovative gesetzliche Regelungstechnik, ein überraschendes Urteil, ein zusätzlicher Vertragstyp –, so wird die akademische Rechtswissenschaft prüfen, ob und wie das neue Rechtsphänomen zu berücksichtigen ist. Dabei konfrontiert sie das neue Rechtsphänomen mit den vorhandenen System- und Methodenvorstellungen, bevor sie es dem Konstrukt der Gesamtrechtsordnung möglichst homogen, an einem überzeugenden systematischen Ort und in einer überlegten Gewichtung einfügt (womit zugleich auch wieder die Ordnung des Rechtsganzen verändert wird). Schlussendlich ist der Zugriff auf den neuen Rechtsstoff vereinfacht und dieser für die Handhabung mittels der bekannten juristischen Methode aufbereitet. In dieser laufenden Melioration neuer rechtlicher Rohdaten liegt eine wesentliche, von der Jurisprudenz erbrachte „Wertschöpfung“.

(40) Das rechtswissenschaftliche Element bewirkt eine Verstetigung der gesamtgesellschaftlichen Rechtsentwicklung. Ein neues Gesetz mag sich dem gesellschaftlichen Tageskampf verdanken, Produkt parteipolitischer Vorstellungen sein: Die rechtswissenschaftliche Gelehrsamkeit hat seine Entstehung und Formulierung allein schon auf der normtechnischen und rechtsbegrifflichen Ebene vorbeeinflusst. Die Jurisprudenz wird das neue Gesetz auch sogleich wieder mit Begriffsanalyse und Systemverortung in die gewachsene rechtswissenschaftliche Ordnung integrieren. Während die Erzeugung von Recht un stetig erfolgen kann, ist die rechtswissenschaftliche Gelehrsamkeit durch und durch von ihrer geschichtlichen Entwicklung geprägt und sie teilt diese Prägung noch der radikalsten Neuerung im Bereich des Rechts mit. Wissenschaftliche Behandlung des Rechts hat einen entpolitizierenden Effekt. Es ist die Rechtswissenschaft, die den Eigenwert des Rechts gegenüber dem staatlichen Gesetz wahrt und die Gleichsetzung von Recht und Staat verhindert. Insofern ist der Satz *Julius von Kirchmanns*, wonach ein Federstrich des Gesetzgebers ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lässt, auch umkehrbar: Bibliotheken juristischer Literatur beseitigen den Federstrich des Gesetzgebers, besser gesagt: sie geben ihm eine mit dem Ganzen der Rechtsordnung vereinbare Bedeutung. Oft braucht es auch keine ganze Bibliothek, genügt hierzu bereits eine einzelne Monographie. Stark beachtet worden ist in jüngerer Zeit die Aufforderung, man solle eine Gesetzesvorschrift, bei deren Einfügung in das BGB man sich keinerlei Mühe gegeben hatte, auf zivilrechtliche Grundstrukturen Rücksicht zu nehmen, *pro non scripta* behandeln<sup>58</sup>. Dass sich die Rechtswissenschaft der Akte der Gesetzgebung bemächtigt, gilt auch für ganze Kodifikationen<sup>59</sup>, selbst wenn diese sich von der führenden Rechtswissenschaft ihrer Zeit absetzen wollen. Dies zeigen der französische Code

<sup>58</sup> W. Flume, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, ZIP 2001, 1427 ff., 1429.

<sup>59</sup> S. P. Caroni/O. Behrends/J.-L. Halperin/K. Luig, Kodifikation und Kontinuität, ZNR 23, 2001, 293 ff.; für das BGB s. vor allem die oben Fn. 17 zit. Schrift von H.H. Jakobs; s. auch mit vielen anschaulichen Beispielen: E. Bucher, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, ZEuP 2000, 394 ff.

Civil (1804) wie das österreichische ABGB (1811) und deren wissenschaftliche Durcharbeitung im 19. Jahrhundert<sup>60</sup>. Es ist kein Wunder, dass bei Versuchen einer grundlegenden, kodifikatorischen Erneuerung des Rechtswesens ein Hauptanliegen der Gesetzgeber oft darin bestand, eine „Vereinnahmung“ des neuen Rechts durch die Rechtswissenschaft zu verhindern, etwa indem man Kommentierverbote erließ<sup>61</sup> oder den Rückgriff auf die frühere juristische Literatur verbat<sup>62</sup> – beides regelmäßig ohne Erfolg.

(41) Die weit reichende Deutungsmacht, die einer entwickelten Rechtswissenschaft gegenüber dem gesetzten Recht zukommt, will verantwortungsvoll genutzt werden. Im Umgang mit dem gesetzten Recht bringt die Rechtswissenschaft dieses in einer strukturierten Form zur Geltung. Dabei müssen aber die Sachentscheidungen, die in die Setzung des positiven Rechts eingeflossen sind, respektiert werden. Die förmlichen Verfahren der Gesetzgebung eröffnen die Möglichkeit, Recht für die Verfolgung von im Grundsatz beliebigen, in demokratischen Verfahren ausgehandelten Sachzielen zu setzen. Das positive Recht muss nicht notwendig „christliches“ Recht, „naturrechtskonformes“ Recht usw. sein. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Errungenschaft, weil die Gesetzesform als solche unbelastet von inhaltlichen Vorgaben für eine der jeweiligen Sachsituation angepasste, demokratisch bestimmte Selbstregulierung der Gesellschaft zur Verfügung steht. Der Fortschritt, der in dieser Formalisierung des positiven Rechts liegt, wäre gefährdet, wenn sich die Rechtswissenschaft wegen ihrer Zuständigkeit für das Recht anmaßen würde, dieses – im Sinne einer „Materialisierung“ – in den Dienst anderer Zwecke zu stellen als derer, die als Sachziele in der demokratisch legitimierten Rechtssetzung bestimmt worden sind. Weil die Jurisprudenz zwar der Rechtsidee verpflichtet ist, aber nicht selbst den Anspruch erhebt, materiale Präferenzentscheidungen zu treffen, gehört es zum Ethos der *Rechtswissenschaft*, „unpolitisch“ zu sein.

---

<sup>60</sup> S. A. Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, 1991, bzw. W. Brauneder, Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich, ZNR 5, 1983, 22 ff.

<sup>61</sup> Kommentierverbot für die justinianischen Digesten: Const. *Tanta* 21 = C. 1,17,2,21, Const. *Deo auctore* 12; s. auch Const. *Dedoken* 21; hierzu insb. T. Wallinga, *Tanta/Δ δωκεν*. Two introductory Constitutions on Justinians Digest, 1989, 111 ff.

<sup>62</sup> Verbot des Rückgriffs auf vorkodifikatorische Rechtsliteratur: Für die justinianischen Digesten: Const. *Tanta* 19, s. auch Const. *de auctore* 7. Für das preussische ALR vergleiche das Verbot der Berücksichtigung der „Meinungen der Rechtslehrer“ in Einl. Art. 1 § 6. S. auch M. Miersch, Der sogenannte *référé législatif*. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert, 2000; J. Schröder, Das Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte (am Beispiel des Privatrechts), in: O. Behrends/W. Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, 37 ff.

### 3. Das heutige Recht als jurisprudentiell bewältigter Rechtswandel

(42) In das heutige Recht sind auf vielfältige Weise rechtswissenschaftliche Bemühungen früherer Epochen eingegangen. Die juristische Vergangenheit ist im geltenden Recht nicht deswegen präsent, weil Rechtshistoriker Kenntnisse über die Rechtsgeschichte erarbeiten und diese publizieren, sondern weil sich unsere Rechtsfiguren in einem geschichtlichen Überlieferungszusammenhang gebildet haben. Auch wenn es keine Rechtsgeschichte als Nebenfach der Jurisprudenz gäbe, wäre Recht doch ein geschichtlicher Gegenstand. Da das Recht ein durch seine Überlieferungsgeschichte geprägter Gegenstand ist, hat seine aktuelle Handhabung unweigerlich eine geschichtliche Dimension. Sobald der Jurist im Hinblick auf die von ihm verlangte Unterscheidung von Recht und Unrecht auch nur in eine Untersuchung der Genese streitrelevanter Normen eintritt, etwa indem er nach Gründen einer Gesetzgebung fragt und hierzu die Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren konsultiert, betreibt er geschichtliche Rechtswissenschaft. Der *strictly legal point of view* erfasst – auch – die Vorgeschichte des heutigen Rechtsstoffes, den der Jurist zu handhaben hat. Dabei geht es nicht um den Nachweis, dass immer alles schon genauso gewesen wäre. Im Gegenteil sind die einzelnen Rechtsfiguren in ihrer Überlieferung immer wieder unbewusst oder bewusst verformt und neuen Zwecken angepasst worden, so dass über diese Wandlungen hinweg manchmal wenig mehr als der Name gleich geblieben ist. Nur die Kenntnis dieser Prozesse gibt uns wirkliche Souveränität über den tradierten Rechtsstoff, der uns heute zur Unterscheidung von Recht und Unrecht an die Hand gegeben ist.

(43) Der Jurist, der seine Aufgabe in dem soeben – (42) – beschriebenen Sinne geschichtlich angeht, begibt sich auf ein Gebiet, das zugleich unter dem Gesichtspunkt der historischen Selbstvergewisserung des Faches – als Rechtsgeschichte – zielgerichtet bearbeitet wird<sup>63</sup>. Der Rechtshistoriker seinerseits muss sich, wenn es ihm z. B. um die Geschichte der Vertragspraxis oder andere Erscheinungen des vergangenen Rechtslebens geht, auch auf die Geschichte der systematischen Rechtswissenschaft einlassen: Weil und soweit im Rechtswesen der Vergangenheit das Recht bereits von einem wissenschaftlichen Element durchdrungen war, ist diesbezügliche „Rechtsgeschichte“ zugleich Wissenschaftsgeschichte<sup>64</sup>. Wie Recht und Rechtswissenschaft (oben (8)) sind auch Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaftsgeschichte (Dogmengeschichte) miteinander verwoben, so dass eine isolierte historiographische Behandlung des einen ohne das andere sachwidrig wäre. Der Austausch zwischen dem Rechtshistoriker und dem geschichtsbewussten Juristen wird nun dadurch begünstigt, dass im Bereich moderner Wissenschaftlichkeit konsenterte Standards zu beachten und fachspezifische Methoden zu befolgen sind. Ob nun der Jurist in Verfolgung des *legal point of view* in die Geschichte schaut oder der

<sup>63</sup> S. oben (27)–(31).

<sup>64</sup> Nur insoweit, als vergangenes Recht nicht verwissenschaftlicht war, gibt es überhaupt Rechtsgeschichte, die nicht zugleich Wissenschaftsgeschichte ist.

Rechtshistoriker systematisch an der Fachgeschichte arbeitet: Es müssen dieselben Quellen nach derselben historisch-kritischen Methode moderner Geschichtswissenschaft erschlossen werden. Dementsprechend sollten die erzielten Ergebnisse gegenüber den verschiedenen Erkenntnisinteressen, welche die Aufnahme der betreffenden Forschung veranlasst haben, invariant und damit wechselseitig übernahme- und anschlussfähig sein. Was zur wünschenswerten Offenheit der Jurisprudenz gegenüber den Ergebnissen anderer Disziplinen gesagt wurde, gilt a fortiori im Verhältnis von solchen Forschungen am Recht, die von der Rechtsgeschichte durchgeführt werden, und solchen, die der Jurist gleichsam inzident betreibt, wenn er sich der Genese des Normbestandes vergewissert. Die Aufgabe, im Interesse einer vollständigen Herrschaft über den heutigen Rechtsstoff dessen geschichtliche Bedingtheit aufzudecken, wird umso leichter bewältigt, je weiter die systematische Aufarbeitung der Fachgeschichte gediehen ist. Töricht wäre es, die Arbeit an unserer Wissenschaftsgeschichte und die Aufklärung über das Gewordensein des heutigen Rechts, wie sie für dessen souveräne Handhabung unerlässlich ist, unter dem Gesichtspunkt unterschiedlicher wissenschaftlicher Wertigkeit in einen Gegensatz zu bringen<sup>65</sup>.

(44) Manche Vertreter der Nebendisziplinen nehmen einen abweichenden Standpunkt ein und schreiben sich eine „wahre“ Wissenschaftlichkeit (mit der einige die vermeintlich prä-scientistische Jurisprudenz zur Wissenschaft aufwerten wollen) überhaupt erst von dem Moment an zu, in welchem eine reine Außenperspektive eingenommen wird. Eine rechtshistorische Arbeit, so meint man offenbar, dürfe keinen applikativen juristischen Wert haben, ansonsten sei die Unschuld der Außenperspektive verloren gegangen<sup>66</sup>. Umgekehrt nimmt aber vielleicht der vom geltenden Recht ausgehende Jurist die rechtshistorische Untersuchung mit dem Vorbehalt in die Hand, diese werde juristisch zu wenig problemorientiert sein. Solche ge-

<sup>65</sup> Zur Unterschiedlichkeit der Erkenntnisinteressen s. oben (30).

<sup>66</sup> Zum lang anhaltenden Streit um die „applikativ“ oder „rein“ betriebene Rechtsgeschichte s. (Auswahl) G. Dilcher, Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft, AcP 184 (1984) 247 ff.; D. Simon, Vom Segen historischer Betrachtung für die Rechtsanwendung, Rechtshistorisches Journal 4, 1985, 272 ff.; E. Picker, Von weißen Flecken der Rechtsgeschichte oder: Hic ululant hyaenae, Rechtshistorisches Journal 5, 1986, 367 ff.; D. Simon, Römisches Europarecht, Rechtshistorisches Journal 12, 1993, 315 ff.; T. Giaro, Europa und das Pandektenrecht, Rechtshistorisches Journal 12, 1993, 326 ff.; B. Huwiler, Römisches Recht und juristisches Studium, in: G. Arzt/P. Caroni/W. Kälin (Hrsg.), Juristenausbildung als Denkmalpflege, Bern 1994, 57 ff.; R. Zimmermann, Roman and Comparative Law: The European Perspective. Journal of Legal History 1995, 21 ff.; K. Luig, Geschichte und Dogmatik bei Knütel, Kötz und Zimmermann, in: P. Caroni/G. Dilcher (Hrsg.), Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, 1998, 171 ff., sowie die weiteren Beiträge in diesem Band; E. Picker, Von Traumen und Träumen der Rechtsgeschichte(l)e(r) – Zu Krise, Paralyse und Katharsis einer gebeutelten Wissenschaft, in: Colloquia Schwab, 2000, 137 ff.; ders., Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, AcP 2001 (201) 763 ff.; J. Eckert, Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte (= Festschr. Hattenhauer), 2003, 121 ff.; P. Caroni, Die Einsamkeit des Rechtshistorikers, 2005.

genläufigen Pauschalverdächtigungen sind unangebracht. Wie bereits erwähnt, sollte bei Beachtung der objektivitätssichernden Standards moderner Fachmethodik das konkrete Erkenntnisinteresse, das zur Aufnahme bestimmter Forschungen geführt hat, die Gültigkeit der Ergebnisse nicht beeinflussen. Abgesehen davon kann und darf der juristische Gesichtspunkt aber auch gar nicht ausgeblendet werden, wenn es um die Erfassung des Rechts der Vergangenheit geht. Die Vorstellungen von Recht und dessen Rahmenbedingungen mögen sich in der geschichtlichen Entwicklung noch so grundlegend gewandelt haben: Auch in früheren Zeiten ging es darum, Recht von Unrecht in geregelten Verfahren zu unterscheiden, kam es darauf an, den *legal point of view* einzunehmen. Ohne das geschärfte Bewusstsein des Juristen hinsichtlich Notwendigkeit und Schwierigkeit der rechtlichen Entscheidung kann man sich mit historischem Material, das von früheren Juristen stammt und juristischen Problemen galt, nicht erfolgreich auseinandersetzen. Und wenn es um Quellen gelehrten Rechts geht, erfordert der historisch-kritische Zugriff auch ein Verständnis für die Qualitäten und Eigenheiten gelehrter (dogmatischer) Jurisprudenz überhaupt.

#### 4. Wiedergabe juristischer Rohdaten vs. systematische Rechtsmelioration

(45) Die Aufgabe der Rechtswissenschaft erschöpft sich nicht darin, umfassende, aktuelle und detaillierte Informationen über die Normen der Rechtsordnung und deren aktuelle Anwendung zusammenzutragen und „1 zu 1“ wiederzugeben. In Wirklichkeit kann das juristische Wissen hinsichtlich all dessen, was es unter der Sammelbezeichnung „Recht“ gibt, in seiner Totalität überhaupt nicht vermittelt werden. Das Bundesgesetzblatt und das Amtsblatt der Europäischen Union eignen sich nicht zum Vorlesungsmanuskript und nicht als Lehrbuch. Für die juristische Ausbildung – und für die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz – stellt die Orientierung an einem derartigen Abbildungsrealismus eine Fehlentwicklung dar. Eine solche „Informationsjurisprudenz“ (Werner Flume) erfüllt nicht mehr die Grundaufgabe der Rechtswissenschaft, die laufend neuen juristischen Rohdaten zu analysieren, auf idealtypische Grundfiguren zu reduzieren und dadurch handhabbar zu machen. Das Wechselspiel von spontaner, chaotischer Rechtsentstehung und strukturgebender, komplexitäts-reduzierender Wissenschaft würde unterbrochen, wenn sich die akademische Rechtswissenschaft damit begnügen wollte, das entstandene Recht nur noch „wiederzugeben“. Jeder, der weiß, wie verzweifelt die juristische Praxis oft mit der analytischen Erfassung neuen Rechtsstoffes ringt, die doch eine der Leistungen der Rechtswissenschaft ist, kann eigentlich sicher sein: Wenn es die Rechtswissenschaft nicht gäbe – sie würde umgehend neu erfunden werden.

(46) Oft hört man, die stetig fortschreitende Ausdifferenzierung der Rechtswirklichkeit erschwere das Bemühen der heutigen Jurisprudenz, die Komplexität des Rechtslebens systematisch befriedigend nachzuarbeiten. Klagen über die gestiegene

Komplexität der Rechtswirklichkeit als Grund für Einbußen an der Geschlossenheit des juristischen Systems sind verfehlt. Die Komplexität der Rechtswirklichkeit ist nicht eine der Jurisprudenz entgegenwirkende, diese hemmende Schwierigkeit, ohne die wir eine viel „bessere“ Rechtswissenschaft hätten. Vielmehr stellt überhaupt erst die Komplexität des Rechts der Jurisprudenz ihre Aufgabe: Wäre die Rechtswirklichkeit nicht komplex, bräuchte es keine Rechtswissenschaft.

(47) Zum Befund der Komplexität des Rechts gehören zahlreiche Überlappungen verschiedener Rechtsmassen, die zueinander in einem nicht von vornherein geklärten Verhältnis stehen: Einfachgesetzliches Recht – Verfassungsrecht (Privatrecht und Grundrechte); Gesetzesrecht – Richterrecht; nationales Recht – Europa- und Einheitsrecht; staatliches Recht – Selbstregulierung der Wirtschaft. Die sich ergebenden Gemengelage und auch die Überschneidungen von verschiedenen Rechtsräumen sind als solche freilich nichts Neues: Ein durchlaufender Gegensatz von *Ius civile* und prätorischem Honorarrecht prägte das klassische römische Recht<sup>67</sup>. Im Hochmittelalter hat man jahrhundertlang um die Abgrenzung und Abstimmung von kanonischem und weltlichem Recht gerungen; es gab eine ausgiebige sog. Differentienliteratur, die Unterschiede zwischen beiden Rechtsmassen zu bewältigen suchte<sup>68</sup>. Ähnlich bedrängend war lange Zeit die Frage nach dem Verhältnis von territorialen Partikularrechten, beispielsweise städtischen Statuten, zum *Ius Commune*<sup>69</sup>. Der gerichtsorganisatorisch bedingte Gegensatz zwischen *common law* und *equity* hat tiefe Spuren im englischen Recht hinterlassen. All diese Rechtsmassenkonflikte standen an intrikater Komplexität dem, womit wir es heute zu tun haben, nicht nach. Die Bewältigung derartiger Rechtsmassenkonflikte ist eine „Normalaufgabe“ von Rechtswissenschaft und in unserem Zusammenhang keines weiteren Aufhebens wert.

(48) Was die These von der besonderen Unübersichtlichkeit gerade der jüngsten Rechtsentwicklung betrifft, so hat die zunehmende Verrechtlichung insbesondere der einfachen Alltagsgeschäfte die Bereiche, in denen überhaupt juristische Probleme entstehen und bewältigt werden müssen, in der Tat stark ausgeweitet. Konfliktzunahme und Verrechtlichung sind, was das Zivilrecht betrifft, zu einem guten Teil einfache Begleiterscheinungen von Wohlstandssteigerung. Diese quantitative Ausweitung bedeutet aber nicht, dass sich der Schwierigkeitsgrad des einzelnen juristischen Problems über die Zeit erhöht hätte. Die Rechtsfragen der Falcidischen

<sup>67</sup> F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. I, 1988, 471 ff.

<sup>68</sup> N. Norn, in: H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I*, 1973, 645 f.

<sup>69</sup> H. Coing, *Europäisches Privatrecht I – Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, 1985, 106 f.; J. Schröder, „Stadtrecht bricht Landrecht“. Zur Konkurrenz von Rechtsquellen in der frühen Neuzeit, in: ders. (Hrsg.), *Festschr. Kleinheyer*, 2001, 477 ff.; M. Bellomo, Probleme der juristischen Geschichtsschreibung: ‚*Ius commune*‘ und ‚*Ius proprium*‘ im Europa des Mittelalters, in: F. Theissen/W. E. Voss (Hrsg.), *Summe – Glosse – Kommentar*, 2000, 9 ff. S. auch die Beiträge in G. Chittolini/D. Willoweit (Hrsg.), *Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland*, 1992.

Quart, der Quasipupillarsubstitution oder der Exzeptionen im römisch-kanonischen Zivilprozess des Mittelalters standen an Schwierigkeit den heute aktuellen Rechtsproblemen nicht nach. Man täuscht sich, wenn man die heutige Rechtsrealität mit ausgewählten, bestechend klaren Werken unserer Vorgänger konfrontiert und aufgrund dieses Vergleichs meint, die juristische Vergangenheit sei einfacher gewesen. In Wirklichkeit hatten die Autoren dieser Werke die Komplexität ihrer eigenen Zeit zu bewältigen. Leben ist immer gleich komplex. Was sich ändert, sind Wille, Mut und Fähigkeit, die Komplexität des Lebens geschickt zu reduzieren.

Nehmen wir als Beispiel das schlechthin erfolgreichste juristische Lehrbuch der Geschichte: den Institutionengrundriss des Gaius<sup>70</sup>. Im 2. Jahrhundert geschrieben, wurden die *Institutiones* im 6. Jahrhundert, leicht revidiert, mit Gesetzeskraft versehen<sup>71</sup>. In der frühen Neuzeit gab es eigens Lehrstühle, deren Inhaber, die sogenannten Institutionisten, die Studenten des ersten Studienjahres anhand des Werkes unterrichteten<sup>72</sup>. Diese Vorlesung wird noch an etlichen europäischen Universitäten – wenngleich in oft stark veränderter Gestalt – abgehalten. Seit über acht Jahrhunderten können Anfänger sich mit diesem Werk eine erste Orientierung im Bereich europäischer Zivilrechtsordnung verschaffen<sup>73</sup>, inzwischen dank Übersetzungen in alle Weltssprachen in jedem Rechtskreis der Erde. Der Grundriss wurde zum Vorbild einer ganzen Literaturgattung<sup>74</sup>.

Wie wir aus Bruchstücken eines anderen Werks des Gaius, den *res cottidianae* (etwa: Rechtsfragen des Alltags), wissen, war Gaius mit der Buntheit des Rechtslebens seiner Zeit bestens vertraut<sup>75</sup>. Diese spiegelt sich in seinem Institutionenbuch freilich nicht. Auch das römische Recht des 2. Jahrhunderts wird von Gaius nur insoweit dargestellt, als es für eine systematische Einführung förderlich ist. Seine Institutionen zielten gerade nicht auf eine umfassende Schilderung der Rechtsrealitäten der Zeit. Geschickt hat er die zentralen Rechtsinstitute, die aus verschiedenen Epochen und Rechtsmassen stammten, in eine transparente, auch idealisierende

<sup>70</sup> Einführend U. Manthe (Hrsg.), Gaius Institutionen, 2004, 11 ff.

<sup>71</sup> Lehrbuch mit Gesetzeskraft: const. *Imperatoriam* 3 und 6; s. G. G. Archi, Le Institutiones di Giustiniano lette nell'unita' del Corpus Iuris, in: Collatio Iuris Romani (= Festschr. H. Ankum) I, 1995, 7 ff.

<sup>72</sup> K. H. Burmeister, Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich, 1974, 119 ff., insb. 126 ff.

<sup>73</sup> Lit. (Auswahl): J. P. Meincke, Die Institutionen Iustinians, JuS 1986, 262 ff.; ders., Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm, JZ 1988, 1095 ff.; ders., Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1999, 149 ff.; O. Behrends/B. Kupisch/R. Knütel/H. H. Seiler, Corpus Iuris Civilis (Text und Übersetzung), Bd. I: Institutionen, 2. Aufl. 1997, 273 ff.; G. Thür (o. Fn. 13); D. R. Kelley, The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition, 1990, 48 ff.; H. Coing (o. Fn. 16) 19 f.; A. Watson, The Shame of American Legal Education, 2005, 159 ff.

<sup>74</sup> K. Luig, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, Ius Commune 3, 1970, 64 ff.; A. Watson, The impact of Justinians's Institutes on Academic Treatises: The Civil Law, in: ders., Roman Law and Comparative Law, 1991, 147 ff.

<sup>75</sup> E. Jakab, Gaius kommentiert die Papyri? Symposium 1995, 1997, 313 ff. (zu D. 18.6.16).

Gesamtdarstellung verwoben. Soweit die moderne romanistische Forschung in der Darstellung des Gaius Lücken und Ungenauigkeiten hat finden wollen, wurde übersehen, dass es sich um eine Lehrdarstellung handelt und nicht um ein Handbuch für den späteren Rechtshistoriker, dem an Lückenlosigkeit und minutiöser Detailliertheit der Darstellung gelegen wäre. Hätte Gaius sich vorgenommen, in seinem Kurzlehrbuch das seinerzeitige Recht mit allen, nicht durchweg konsistenten Einzelheiten und etwa zugleich noch die Rechtspraxis seiner Zeit abzubilden, so wäre diesem Werk wohl kaum derselbe, annähernd zweitausend Jahre anhaltende Erfolg beschieden gewesen.

(49) Wollte die heutige Rechtswissenschaft vor der als bedrohlich empfundenen Komplexität moderner Rechtswirklichkeit kapitulieren, würde sie das Chaos, vor welchem man die Waffen zu strecken meint, durch Unterlassung erst selbst mit verursachen. Eine solche Kapitulation steht als Handlungsoption allerdings gar nicht zur Verfügung, weil schon die juristische Ausbildung eine ständige Aufbereitung des Rechtsstoffes erzwingt. Zur Resignation besteht aber auch gar kein Anlass. Zu keinem Zeitpunkt waren die personellen Ressourcen der Rechtswissenschaft größer als heute, nie arbeiteten – weltweit – gleichzeitig so viele Professoren an der rechtswissenschaftlichen Grundaufgabe wie zu unserer Zeit. Die Aufrechterhaltung und Bewältigung von Komplexität erfordert aber zugleich die unverminderte Aufrechterhaltung und womöglich Steigerung der Arbeitsteilung auch in der akademischen Profession.

##### 5. *Instrumente rechtswissenschaftlicher Arbeit*

(50) Rechtswissenschaft leistet die denkökonomische Herrichtung der Gesamtheit rechtlicher Mechanismen, mit denen sich eine Gesellschaft selbst reguliert. Das Maß an Ordnung, das die Rechtswissenschaft dem Rechtsstoff zu geben vermag, ist umso größer, je einfacher die grundlegenden Rechtsfiguren sind und je kleiner deren Zahl ist. Die Leistungsfähigkeit einer Jurisprudenz kann man daran ablesen, ob es ihr gelingt, das Rechtswesen auf möglichst „wenige, klar sprechende Motive“ zurückzuführen, an die Stelle von Vielfältigkeit und Verwickeltheit „Einfachheit im Grossen“ zu setzen<sup>76</sup>. Kursorisch seien einige Instrumente genannt, derer sich die Rechtswissenschaft zu diesem Zweck bedient. Es geht um Begriffs- und Kategorienbildung, Einteilungen (*divisiones*), Abstraktion, Systembildung und juristische Theorien. Diese Elemente rechtswissenschaftlicher Arbeit stehen in Zusammenhang; darauf soll in diesem Überblick ebenso wenig eingegangen werden, wie auf die je eigene Entwicklungsgeschichte, die sie hinter sich haben<sup>77</sup>. Die Instrumente

<sup>76</sup> S. das Lob der Einfachheit bei *F. Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, ND 2003, 45 ff. Die grundlegenden Fortschritte, die in der römischen Antike auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft gemacht wurden, werden plausibel mit einem kulturell besonders ausgeprägten Form- und Ordnungssinn der Römer in Verbindung gebracht; *P. de Francisci*, *Die Kultur der Antike*, 1941, 33 ff. u. öfter.

<sup>77</sup> Grundlegend zu den Anfängen *G. Otte*, *Dialektik und Jurisprudenz*, 1971.

rechtswissenschaftlicher Arbeit sind nicht identisch mit der juristischen Methode der Rechtsanwendung und deren exegetischen Hilfsmitteln (Analogie etc.): Letztere zielen auf die Ermittlung des den Einzelfall entscheidenden Rechts, während die Instrumente rechtswissenschaftlicher Arbeit auf eine inhaltswahrende, aber denkökonomisch vorteilhafte Reformulierung der abstrakten Rechtsordnung gerichtet sind<sup>78</sup>. Es sei noch einmal betont<sup>79</sup>, dass systematische Rechtswissenschaft eine graduelle Erscheinung ist, die nicht als *conditio sine qua non* das Vorhandensein eines – auch hochstehenden – Rechtswesens überhaupt bedingt, die aber über das Mehr oder Weniger an Effizienz und Rationalität in der Handhabung und Vermittlung des Rechts mitentscheidet.

(51) Zu verzeichnen ist zunächst die Bemühung um eine gefestigte, stimmige Begrifflichkeit. Definitionen sollten dabei nicht nur für eine einzelne Norm gelten. Vielmehr wird im Interesse eines Vereinfachungseffekts Bedeutungsähnlichkeit desselben Rechtsbegriffs in verschiedenen Normzusammenhängen angestrebt. Wo Begriffe im Verhältnis von Ober- und Unterbegriff, nach Gattung und Art mit unterscheidenden Distinktionen, definiert werden, entstehen kleinere und größere Begriffszusammenhänge (Bäume), geht die Tätigkeit über in den Bereich der Systematisierung. Es besteht freilich ein durchlaufendes Spannungsverhältnis zwischen der Rationalisierung nach Systemgrundsätzen und der Sperrigkeit des zu systematisierenden Rechtsstoffes. Setzt sich der Systemanspruch zu leichthin über die kontingente Gestalt des Rechtsstoffes hinweg, so ist das System nicht mehr die Ordnung des *geltenden* Rechts. Diese Gefahr ist insbesondere in den Systembemühungen des Natur- und Vernunftrechts sichtbar geworden.

Ein weiteres Mittel der denkökonomischen Erfassung des Rechtsstoffes ist die Abstraktion: Man versucht, an die Stelle einer Vielzahl von konkreten Entscheidungen eine Regel zu setzen, an die Stelle einer Vielzahl ähnlicher Regeln eine einzelne, allgemeinere Regel<sup>80</sup>. Die kontingente Gestalt des Normstoffes begrenzt aber auch die Möglichkeiten, durch Abstraktion zu Aussagen allgemeingültiger Natur zu kommen.

(52) Näher betrachtet sei ein besonders bewährtes, allerdings auch immer wieder in Frage gestelltes Instrument rechtswissenschaftlicher Arbeit, die juristische Theoriebildung<sup>81</sup>. Sie spielt für die Reduktion der Komplexität des Rechts eine entscheidende Rolle. In juristischen Theorien verständigen wir uns über einen stimmigen Inhalt der Rechtsfiguren, so dass wir aus ihnen mit folgerichtigem Denken Antwort

<sup>78</sup> Richtig zu diesem Unterschied *Otte* (vorige Fn.), 9.

<sup>79</sup> S. schon oben (2), (9).

<sup>80</sup> S. F. Schulz (Fn. 76), 27 ff.

<sup>81</sup> Aus dem unübersehbar gewordenen Schrifttum zur Rechtsdogmatik s. statt aller U. Diederichsen, Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: R. Zimmermann (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, 65 ff., mit zahlr. Nachweisen; die Beiträge in den Bänden K. Schmidt (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, sowie O. Behrends/W. Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989.

ten auf offene und zukünftig auch auf heute noch ganz unbekannte Detailfragen ableiten können. Nehmen wir als Beispiel die Lehre von der Gesamthand: Es ist ein Verständnis der Gesamthand zu entwickeln, mit dem die Rechtsgemeinschaft, wenn sie sich dieses zu eigen macht, auf effiziente Weise arbeiten kann. Ein solches Verständnis<sup>82</sup> erleichtert erheblich die Vermittlung des Wissens, das zur Beherrschung der Rechtsfigur der Gesamthand erforderlich ist: Der Weg zu einer Vertrautheit mit der Rechtsfigur der Gesamthand führt dann nicht mehr allein über die Aneignung zahlloser unverbundener Normen und Judikate. Wenn die Theorie „stimmt“, genügt es vielmehr, die Rechtsfigur, so wie sie ersonnen worden ist, verstanden zu haben, um mit juristischer Urteilskraft alle weiteren mit der Gesamthand zusammenhängenden Fragen selbständig angehen zu können. Auf diese Weise bringt die juristische Theoriebildung eine Entlastung, auf die wir in Anbetracht der Unübersichtlichkeit des primären, unverarbeiteten Rechtsstoffes dringend angewiesen sind: *Es gibt nichts praktischeres als eine gute Theorie.*

(53) Werden rechtswissenschaftliche Theorien „aufgefunden“, sind sie im Material der Rechtswissenschaft bereits enthalten? Die Frage nach der Präexistenz der juristischen Theorien<sup>83</sup> beantwortet sich wie folgt: Die rechtswissenschaftliche Theorie entsteht als solche mit ihrer Hervorbringung durch ihren Urheber: Die Theorie gibt für ein komplexes Material eine Beschreibung, mit der dieses Material auf möglichst einfache Weise reformuliert und so fassbar gemacht wird. Diese Beschreibung ist als solche mit dem Material gerade nicht gegeben, sondern verdankt sich zielgerichteter rechtswissenschaftlicher Arbeit. Juristische Theorien sind allerdings nicht willkürlich, sondern wollen den Vorgaben des geltenden Rechts entsprechen, müssen gerade dieses – wie es sich im Zusammenhang der Gesamtrechtsordnung darstellt – stimmig in einem Grundverständnis bündeln. Weil die juristische Theorie den Anspruch erhebt, gerade das geltende Recht in eleganter Weise zu reformulieren, ist sie auf das vorbestehende Rechtsmaterial bezogen. Wenn die juristische Theorie ihren Anspruch einlöst, wenn sie wirklich eine vereinfachende Reformulierung dessen ist, was aufgrund des ungeordneten primären Rechtsstoffes „gilt“, dann ist man versucht zu sagen, die durch die theoretische Beschreibung aufgestellten Strukturen seien bereits latent im Rechtsstoff vorhanden gewesen. Es verhält sich dann aber lediglich so, dass die rechtswissenschaftliche Beschreibung – die als solche ein Novum ist – dem Normmaterial entspricht, dass die Abbildung des juristischen Rohmaterials sachlich „stimmt“. Rechtswissenschaftliche Theorien haben keine quasi-naturrechtliche, dem positiven Recht vorgeordnete Geltung. Hinsichtlich der theoretischen Gestalt, die wir einer Rechtsfigur, etwa der Gesamthand, geben, wird man in aller Regel nicht behaupten können, dass die Rechtsfigur so und nur so strukturiert sein könne. Juristische Theoriebildung ist nicht Ontologie der Rechts-

<sup>82</sup> Zu denken ist hier an eine der „grundlegenden rechtswissenschaftlichen Leistung des 20. Jahrhunderts“ (Karsten Schmidt), die Lehre Werner Flumes von der Gesamthand als Gruppe: W. Flume, *Die Personengesellschaft*, 1977, 325 ff.

<sup>83</sup> S. bereits oben (34) sowie Coing (Fn. 16) 19 u. passim.

figuren<sup>84</sup>, sondern Ergebnis schöpferischer Arbeit am Normmaterial, die Rechtswissenschaftler im Interesse der Ökonomie des juristischen Denkens leisten. Die rechtswissenschaftliche Arbeit zielt damit nicht auf die progressive Vollendung eines letztlich überzeitlichen Systems (wie sich vielleicht die naturwissenschaftliche Modellbildung als eine immer bessere Annäherung an eine gedachte Weltwirklichkeit begreift); vielmehr geht es für uns um die Herstellung verständnisfördernder Zusammenhänge gerade im Recht der jeweiligen Gegenwart. Der unablässige Rechtswandel zieht daher auch eine ständige Neuorientierung der jurisprudentiellen Systembemühungen nach sich.

(54) Bei juristischer Theoriebildung geht es darum, die Rechtsordnung verständlich zu machen. Weil jede Zeit ihren eigenen Verständnishorizont hat, benötigt jede Zeit auch ihre eigenen juristischen Theorien. Juristische Theorien sind alles andere als überzeitlich. Das Grundverständnis, aus dem heraus man beispielsweise die Rechtsfigur „Schuldvertrag“ entfaltet hat, war im 19. Jahrhundert ein anderes als heute, wie aber auch das 19. Jahrhundert schon nicht mehr denselben Vertragsbegriff hatte wie das 18. oder 17. Jahrhundert usw. Soweit im aktuellen Rechtsstoff noch Bruchstücke theoretischer Ordnungsmuster der Vergangenheit stecken, hat die Arbeit an der juristischen Theoriebildung notwendig auch eine geschichtliche Dimension. Dogmatik in Unkenntnis der Dogmengeschichte übergeht Wesentliches an dem Stoff, den es zu bearbeiten gilt. Dieser ist von zurückliegenden Theoriebemühungen mitgeprägt und vorstrukturiert. Die Präsenz dieser Residuen früherer Dogmatik in dem Rechtsstoff, um dessen Reformulierung es geht, gehört zu dessen heutiger Realität. Das, was von den Theorien unserer Vorgänger auf diese Weise noch präsent ist, muss zur Kenntnis genommen werden, wenn der heute zu handhabende Rechtsstoff richtig erfasst werden soll<sup>85</sup>. Dies bedeutet nicht, dass man sich eine – ohnehin unmögliche – Wiederbelebung früherer theoretischer Leistungen vornehmen würde<sup>86</sup>. Die Aufklärung über die nachwirkenden Theorien der Vergangenheit ist die Grundlage für eine sach- und zeitgemäße Reformulierung des heutigen Rechtsstoffs, ganz unabhängig davon, in welche Richtung sich die theoretische Arbeit dabei weiterbewegt. Es gilt also nicht bloß zu verhindern, dass man erneut das Rad erfindet, was nicht wirklich schädlich, sondern bloß ineffizient wäre:

---

<sup>84</sup> An Jherings Begriffshimmel sei erinnert: *R. v. Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, 247 ff.

<sup>85</sup> Deswegen stehen Dogmengeschichte und Rechtsvergleichung epistemologisch keineswegs auf derselben Ebene. Etwas anderes gilt nur, soweit es bei der Rechtsvergleichung um den Nachvollzug eines früheren, durch Auslandskontakt vermittelten Rechtswandels geht, der noch die heutige Rechtsordnung mitbestimmt; s., teilw. abweichend, *H. Kötz*, Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu den modernen Aufgaben der Rechtsvergleichung, in: *Caroni/Dilcher* (o. Fn. 66), 153 ff., auch in: *Kötz*, *Undogmatisches*, 2005, 106 ff. mit Nachw. dort in Fn. 3.

<sup>86</sup> Obwohl es Ordnungsprobleme geben mag, für die sich nur eine begrenzte Anzahl von Lösungen anbietet, ist die Vorstellung einer „Wiederkehr der Rechtsfiguren“ (*Mayer-Maly*) schon wegen der sich wandelnden Problemzusammenhänge so unsinnig wie die Annahme einer Wiederholung von Geschichte überhaupt.

Die rückhaltlose Aufklärung des vorhandenen Rechtsstoffes, mit dem wir umzugehen haben, bliebe in wesentlicher Hinsicht lückenhaft, wollte man die noch vorhandenen Ordnungsmuster ignorieren, die sich dem Rechtsstoff in der Vergangenheit eingepägt haben. Hat man diese einmal zur Kenntnis genommen, mag man sie – je nach Befund – eliminieren, erneuern oder fortsetzen. Im übrigen wird eine überzeugende Theoriebildung umso eher gelingen, je besser man mit dem Vorrat an Lösungen vertraut ist, die in der Dogmengeschichte bereits erprobt worden sind: Es schadet nicht zu wissen, welche – guten oder schlechten – Erfahrungen mit verschiedenen theoretischen Lösungsansätzen in der Vergangenheit schon gemacht wurden.

(55) Der bereits angesprochene Abbildungsrealismus der „Informationsjurisprudenz“<sup>87</sup> ist ein Feind der theoriebildenden Arbeit. Im Sinne der „Informationsjurisprudenz“ wäre es ja, um bei dem eingeführten Beispiel zu bleiben, sämtlichen einschlägigen Urteilen, bis hin zu denen der Amtsgerichte, Beachtung zu verschaffen. Die Entwicklung eines grundlegenden Verständnisses einzelner Rechtsfiguren macht es unter Umständen erforderlich (zumeist: unumgänglich), dass man sich – bei Bewahrung der Ausrichtung auf das Ganze der geltenden Rechtsordnung – in Widerspruch zu einzelnen Judikaten, aber auch zu einzelnen Normen setzt, die nicht „ins Bild passen“ (was natürlich offen gelegt wird). Eine häufig übersehene Voraussetzung für gelungene Theoriebildung ist der Mut, die große theoretische Linie selbst gegen widerstrebendes Detail durchzuhalten<sup>88</sup>. Auch für die juristische Theoriebildung gibt es aber das rechte Maß. Geht das Maß verloren, verkehrt sich der Effizienzgewinn in sein Gegenteil. Wenn es zu den Worten „auf Kosten“ in § 812 Abs. 1 BGB unzählige rivalisierende Theorien gibt, von denen sich keine hat durchsetzen lassen, wenn wir gar meinten, der Student müsse alle diese Theorien prästieren können, dann ist der Umgang mit dem Rechtsstoff an dieser Stelle nicht effizienter geworden. Juristische Theorien, die nicht zu einer effizienteren Wiedergabe, Handhabung oder Vermittelbarkeit des Rechts führen, sind sinnlos.

(56) Nicht anders als in anderen Disziplinen gibt es in der Rechtswissenschaft bessere und schlechtere, auch regelrecht „falsche“ Theorien. Wie die verschiedenen Theorien einzuschätzen sind, ist Gegenstand argumentativer Auseinandersetzung. Weil das Recht und damit auch die das Recht überformende Wissenschaft die Funktion der Handlungsleitung hat, kann man es in der Rechtswissenschaft nicht dabei bewenden lassen, dass verschieden begründete Rechtsansichten von unterschiedlicher Überzeugungskraft neben einander stehen. Vielmehr muss unter rivalisierenden Theorien *eine* selektiert werden, deren Anspruch auf Handlungsleitung anerkannt wird. Hier kommt die Figur der „herrschenden Meinung“ ins Spiel, die einen sehr berechtigten Kern hat. Es verhält sich dabei nicht so, dass im Bereich der

<sup>87</sup> Oben (45).

<sup>88</sup> So widerstreitet etwa § 714 BGB der Theorie der Gesamthand als Gruppe, konnte und sollte aber dieser als solchen sachüberlegenen Lösung nicht erfolgreich entgegengesetzt werden; s. etwa H. Altmeyen, Verfassungswidrigkeit der akzessorischen Haftung in der GbR? NJW 2004, 1563 ff.

Rechtswissenschaft über „wahr“ und „unwahr“ mittels des Verfahrens der Mehrheitsabstimmung entschieden werden könnte, das hierfür doch erkennbar ungeeignet ist. Nicht auf der Ebene der sachlichen Richtigkeit, der rationalen Überzeugungskraft besteht die kategoriale Differenz von herrschender Meinung und Mindermeinung, sondern in deren unterschiedlicher Wirkung: Nur erstere bildet das *ius quo utimur*, wird denk- und handlungsleitend und damit lebenspraktisch wirksam. Der ultimative „Test“ für juristische Theorien besteht darin, ob sie von der *legal community* als zutreffende Wiedergabe des geltenden Rechts und damit als handlungsleitend anerkannt werden, weil sie dann und nur dann die Gefolgschaft erhalten, die dem Recht zukommt.

(57) Soweit die juristische Handlungspraxis unter Entscheidungszwang steht, erfolgt die Wahl der zu bevorzugenden Theorie unter Zeitdruck. Der Jurist kann die anstehende Entscheidung nicht aufschieben, um etwa auf eine endgültige experimentelle Bestätigung einer Theorie zu warten. Zu dem Gesamtergebnis, wonach eine bestimmte Rechtsansicht als „herrschende Meinung“ gebilligt ist, tragen daher viele, ad hoc getroffene Präferenzentscheidungen bei. So gehört zu den Besonderheiten der Jurisprudenz als Wissenschaft, dass ihre Ergebnisse gleichsam einer Dauerabstimmung unterliegen, die auf bloß cursorischer Befassung beruht und deren Abstimmungsresultate natürlich immer den Charakter der Vorläufigkeit haben.

## V. Die Rechtswissenschaft und ihr Kollektiv

(58) Die juristische Norm wendet sich an Adressaten, deren Gesamtheit eine „Rechtsgemeinschaft“ bildet. Weil die Rechtsnormen an einen bestimmten Personenkreis gerichtet sind, sind auch die Verwissenschaftlichung des Rechts und deren Wirkungen im Grundsatz auf diesen Personenkreis bezogen und beschränkt. Aus der Rechtsgemeinschaft differenziert sich im Sinne der Arbeitsteilung ein Juristenstand aus, der sich die wissenschaftliche Entwicklung des Rechts zur Aufgabe macht. Diese Gruppe bildet die personale Trägerschaft der Rechtswissenschaft. „Wissenschaft“ ist, soziologisch betrachtet, eine Kollektivveranstaltung. Die Verständigung über das *ius quo utimur* erfolgt in einem kommunikativen Prozess innerhalb einer offenen Gruppe von interessierten Rechtskundigen<sup>89</sup>.

(59) Wie sich die Geltungsgrenzen der Rechtsordnungen im geschichtlichen Wandel verschieben, so ändern sich auch die Kollektive, welche die personalen Träger der Rechtswissenschaft sind. In der jüngeren Vergangenheit waren diese Wissenschaftskollektive vorrangig auf den Nationalstaat bezogen. Nimmt man als Beispiel die Vereinigung der Deutschen Zivilrechtslehrer, so fallen hier unter Bündelung der Länder Deutschland, Schweiz, Österreich die Grenzen der nationalen Zivilrechtsordnungen mit denen der sie betreuenden Wissenschaftlertgemeinschaft

<sup>89</sup> Vgl. P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 ff.

zusammen. Das, was jenseits der Geltungsgrenzen des Rechts passierte, war für die „eigene“ Rechtswissenschaft grundsätzlich nicht von Belang, wie diese im Regelfall ja auch nicht den Anspruch erheben konnte, das ausländische Recht zu verwissenschaftlichen. Insofern bei der Ermittlung des Auslandsrechts herkömmlicherweise ein anderer Standpunkt als der *strictly legal point of view* eingenommen wird, gehört Rechtsvergleichung zu den Nebendisziplinen des Rechts.

In der Rechtswissenschaft stehen wir momentan in der Phase einer Neuformierung der wissenschaftstragenden Kollektive. Dies hat seine Ursache im Prozess der wechselseitigen Durchdringung, Vereinheitlichung und Überformung nationaler Rechtsordnungen, die einen „Überbau“ transnationaler Rechtsnormen erhalten. Die wiederholt beschriebene Ausdifferenzierung transnational tätiger Funktionseliten ist auch im Bereich der juristischen Profession zu beobachten: Ein zunehmender Teil der Juristen leistet Arbeit, die nicht mehr ausschließlich oder auch nur vorrangig in einer bestimmten nationalen Rechtsordnung zu verorten ist<sup>90</sup>. Es handelt sich um eine der juristischen Seiten der sogenannten Globalisierung, wobei es im vorliegenden Zusammenhang nicht darum gehen kann, den Prozess der juristischen Globalisierung als Ganzen zu thematisieren<sup>91</sup>. Vielmehr soll hier nur dazu Stellung genommen werden, ob und wie auch die transnationale Rechtsebene zum Gegenstand der Verwissenschaftlichung wird.

(60) Es steht außer Frage, dass es überhaupt zu einer Verwissenschaftlichung auch dieser transnationalen Rechtsmaterien kommt: Die Verwissenschaftlichung wird allein schon durch die Notwendigkeit erzwungen, diese Rechtsmaterien für eine effiziente Handhabung irgendwie aufzubereiten<sup>92</sup>. Wenn es um die Verwissenschaftlichung auch der transnationalen Ebene des Rechts geht, dann gilt all das, was bereits zum Wissenschaftlichkeitsprofil der Jurisprudenz ausgeführt wurde: Unzureichend ist eine bloße Bestandsaufnahmen vorhandener Normen. Vielmehr wollen diese auf ihren systematischen Zusammenhang, auf ihre Stimmigkeit, aber auch auf ihre Probleme hin abgefragt werden, und es muss das jeweils Neue zu den tradierten Strukturen und Begriffen in Bezug gesetzt werden. So wird man sich etwa bemühen, zu einer übergreifenden, einheitlichen Begrifflichkeit zu kommen, die für Regelungen aus verschiedenen Rechtsquellen – etwa aus verschiedenen Konventionen

---

<sup>90</sup> S. etwa die Beiträge in *N. P. Vogt* (Hrsg.), *Reflections on the International Practice of Law*, Basel 2004.

<sup>91</sup> S. die Beiträge in *R. Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts, 1999/2000*, und in *M. Anderheiden* (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerfähigkeit des Rechts*, ARSP Beiheft 79, 2001.

<sup>92</sup> Zur Verwissenschaftlichung des Europarechts s. *J. Basedow*, *Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik*, in *R. Zimmermann* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, 79 ff.; weiterhin *R. Schulze/G. Ajani* (Hrsg.), *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts/Common Principles of European Private Law – Studien eine Forschungsnetzwerks/Studies of a Research Network*, 2003; *N. Jansen*, *Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht*, ZEuP 2005, 750 ff. m.w.Nachw. in Fn. 2. Als Beispiel solcher Verwissenschaftlichung s. *K. Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2003.

– gilt. Die „Rechtswissenschaft“, die sich auf transnationaler Ebene etablieren mag, dürfte sich insoweit nicht grundlegend von dem unterscheiden, was wir auf nationaler Ebene kennen. Eine andere Frage ist es, ob dasselbe Maß an Verwissenschaftlichung erreicht wird, wie es einzelne nationale Rechtsordnungen – insbesondere im Zeichen der großen Kodifikationen – einmal erreicht haben.

(61) Gerade im transnationalen Rechtswesen wird sich die Beschränkung auf den *strictly legal point of view* bewähren: Wenn sich ein brasilianischer und ein schweizer Jurist über eine Vorschrift aus den New York Rules of Civil Procedure auseinander zu setzen haben, dann werden sie über Fragen der Wortlautinterpretation, Sinn-und-Zweck-Argumente, historische Gesichtspunkte und das Studium von Präzedenzfällen verhältnismäßig leicht eine gemeinsame Ebene finden. Interessanterweise zeigt ja die normorientierte Methodologie, obschon in den verschiedenen Rechtskulturen in durchaus unterschiedlichen Variationen ausgeprägt<sup>93</sup>, länderübergreifend eine erstaunliche Homogenität. Wie viel schwieriger wird es, wenn sich beide Juristen auf Meta-Ebenen begeben und der eine die Vorschrift in die Systemtheorie Luhmanns einordnet, der andere aber die Naturrechtsphilosophie der katholischen Soziallehre heranzieht?

(62) Wenn es stimmt, dass sich Verwissenschaftlichung in einem Wechselspiel mit einer systematisch angelegten Ausbildung ergibt, müssen wir fragen, ob und wie die Rechtsmaterien, die das transnationale Recht ausmachen, Gegenstand der schulmäßigen Vermittlung werden. Alle transnational tätigen Juristen erhalten nach wie vor ihre erste, prägende juristische Ausbildung anhand irgendeines der nationalen Rechte. Nur in vergleichsweise geringem Maße ist in diesen Erstausbildungen derjenige Rechtsstoff vertreten, der das Arbeitsmedium globalisierter juristischer Tätigkeit abgibt. Solange der transnationale Rechtsstoff in der nationalen Juristenausbildung eine Nebenrolle spielt, fehlen hier der durchgreifende Anlass und die nötigen Ressourcen, den Stoff wissenschaftlich zu systematisieren. So scheint es zur Zeit zu liegen: Die wissenschaftlich-systematische Durcharbeitung transnationaler Normbestände hinkt offenbar hinterher. Dies zeigt sich etwa im Fehlen juristischer Lehrbücher, die nach Gegenstand, Entstehung und Zielgruppe wirklich international wären<sup>94</sup>. Bestenfalls – und auch nur sehr ausnahmsweise – erreichen Werke, die ihren Ursprung in der Universitätskultur einzelner Länder haben, internationale Verbreitung. Am ehesten vorangetrieben wird die Verwissenschaftlichung des transnational wichtigen Rechtsstoffes derzeit durch Ausbildungsangebote für *postgraduates*, namentlich in spezialisierten Aufbau- oder LL.M.-

<sup>93</sup> Vgl. St. Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent – Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung, 2001.

<sup>94</sup> Beispiele sind die von W. van Gerven herausgegebene Reihe *Ius Commune*, Casebooks for the Common Law of Europe, z. B. Tort, vol. 1 (Scope of protection), 1998; s. etwa auch F. Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 2. Aufl. 2003; J. W. Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I – Inleiding en Zakenrecht (2. ed., Deventer 2003); s. auch C. Schmidt, Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa, ZfRVergl 40, 1999, 213 ff.

Programmen: Hier wird es unumgänglich, die angesprochenen Rechtsmaterien für die schulische Vermittlung aufzubereiten, und eben dies bewirkt ja deren Verwissenschaftlichung. Soweit diese Ausbildungsangebote bei den juristischen Fakultäten angesiedelt sind, findet zugleich eine zwanglose Übertragung traditioneller Rechtswissenschaftlichkeit auf neue Rechtsmaterien statt. Nicht übersehen sollte man aber auch die internen Fortbildungen in den internationalen Großkanzleien und Beratungsgesellschaften. Hier wird Rechtsstoff in systematischer Weise aufbereitet, in Lehrmitteln zusammengefasst und professionell unterrichtet. Insofern ist etwa die „Clifford Chance Academy“ durchaus eine Stätte der Rechtswissenschaft im beschriebenen Sinne.

(63) Sobald Normen Geltung in mehreren Staaten erlangen, werden die Rechtswissenschaftler verschiedener Staaten vor die Aufgabe gestellt, diese Normen in ihr je eigenes rechtswissenschaftliches Ordnungssystem zu integrieren. Wenn es zu einer Verwissenschaftlichung des transnationalen Rechts kommen soll, die diese Rechtsmaterie in ihrem ganzen Geltungsbereich erfasst, darf es aber nicht bei diesen, in getrennten Wissenskollektiven ablaufenden Bemühungen um ein und dieselbe Normmaterie bleiben. Vielmehr muss sich ein dem transnationalen Geltungsbereich entsprechendes, neues Wissenschaftskollektiv bilden. Mit Rechtsvereinheitlichung und mit transnationalen Regelungen ist es nicht getan, wir benötigen auch eine für das Einheits- und das Globalrecht zuständige, international gemischte Wissenschaftlergemeinschaft. Es genügt nicht, dass wir uns Verwissenschaftlichung des Europarechts und des transnationalen Rechts überhaupt als Aufgabe vornehmen. Wir müssen erkennen, dass die Bewältigung der Aufgabe nicht isoliert in den bisherigen Wissenschaftskollektiven gelingen kann, dass vielmehr eine transnationale Wissenschaft – und d. h. letzten Endes: eine transnationale juristische Ausbildungskultur – entstehen muss<sup>95</sup>. Damit die Wissenschaft vom transnationalen Recht zur transnationalen Wissenschaft wird, müssen sich für die Fachdiskussionen, die für die Wissenschaft konstitutiv sind, neue, übernationale Kollektive formieren. Wir stehen hier längst nicht mehr ganz am Anfang: In den einzelnen Disziplinen haben sich schon vielfältige internationale Zusammenarbeiten ergeben. Kaum ein Professor, der nicht in seiner Disziplin in grenzüberschreitende Kooperationen eingebunden ist. Kein Fach, das von sich sagen könnte, es dürfe sich eine rein nationale Sichtweise leisten. Wir erleben auch die Schaffung einer neuen wissenssoziologischen Infrastruktur. Neue Publikationsorgane, durchweg von Anfang an international und zugleich äußerst themenspezifisch angelegt, werden gegründet. Der Prozess der Ausbildung neuer Wissenskollektive wird durch das Internet beschleunigt.

---

<sup>95</sup> S. etwa J. Drolshammer, Internationalisierung der Rechtsausbildung und Forschung, Basel 2000; sodann die Beiträge in: M. Faure/J. Smits/H. Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, 2002; M. Kilian, Die Europäisierung des Hochschulraumes, JZ 2006, 209 ff.; dazu H. Kötz, Bologna als Chance, JZ 2006, 397 ff.; R. Zimmermann, Europeanization of Private Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann, *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 546 ff.

nigt. Diskussionen, die früher über Jahre in Gang kamen, springen heute mit atemberaubender Aktualität an. Offenbar entsteht dabei aber nicht *eine* globale Juristengemeinschaft, sondern eine Vielzahl offener Gemeinschaften, die je ihre eigene, meist sehr enge rechtswissenschaftliche Thematik pflegen. Wie die Rechts- so ist auch die Wissenschaftssprache in diesem Bereich durchgängig das Englische.

(64) Was auf der transnationalen Rechtsebene fehlt, ist der Zusammenhalt, das systematische Aufeinander-Bezogen-Sein der verschiedenen Disziplinen, wie es – nur – durch die Integration aller Fächer in einer akademischen Gesamtausbildung hergestellt wird. Dazu würde es wahrscheinlich auch erst kommen können, wenn es eine Grundausbildung von Juristen gäbe, die ein international gemischter Lehrkörper von Anfang an vorrangig anhand eines Corpus transnationaler Rechtsnormen und mit Lehrmitteln transnationaler Herkunft und Ausrichtung anbieten würde<sup>96</sup>. Eine Utopie im strengen Sinne ist dies eigentlich nicht. Es ist ja nicht einzusehen, warum sich Juristen, die nicht gerade der Tätigkeit eines *litigators* nachgehen wollen, die Gesamtkenntnisse einer nationalen Rechtsordnung aneignen sollten, wie sie zum Eintritt in den durch ein nationales Zulassungsrecht definierten Rechtsanwaltsberuf verlangt werden.

## VI. Jurist und Jurisprudenz in der Zukunft

(65) Zum Schluss sei ein Bild des Juristen und der Jurisprudenz der Zukunft umrissen, wie diese sich darstellen *könnten*, wenn man von einer überraschungsfreien Entwicklung ausgeht und reizvolle, aber haltlose Spekulationen vermeidet.

Die Jurisprudenz wird streng fachwissenschaftlich – als Normwissenschaft – und in der einer Fachwissenschaft anstehenden Beschränkung auf den von ihr bearbeiteten Aspekt – also frei von Prätentionen auf sozialtechnologische Meinungsführerschaft – betrieben werden, in enger arbeitsteiliger Zusammenarbeit mit anderen Disziplinen, vor allem der Ökonomie, und sie wird ihren Gegenstand zunehmend in nicht-nationalen Rechtsnormen finden. Der einzelne Jurist wird seine Kompetenz durch eine immer intensivere Spezialisierung steigern. Das schließt ein, dass sich eher nationalrechtlich basierte Juristen und Juristen, die weitgehend auf transnationaler Ebene operieren, noch deutlicher als bisher auseinander entwickeln. Die Stärke des Juristen im Kontext der Arbeitsteilung zwischen den Fachdisziplinen wird in seiner Beschränkung auf den *strictly legal point of view* liegen, der auch am ehesten den internationalen Anschluss ermöglicht.

Der universitären Rechtswissenschaft steht ein Fortschreiten der inneren Arbeitsteilung bevor. Damit wird voraussichtlich eine größere Offenheit für rechtstat-

---

<sup>96</sup> Während sich manche (wenige) juristische Fakultäten schon ansatzweise international rekrutieren, gibt es – von Ausnahmen wie dem European University Institute in Florenz abgesehen – keine echt internationalen Ausbildungsstätten, die ohne nationale Verankerung wären.

sächliche Entwicklungen einhergehen. Im Nebeneinander von eher nationalrechtlich orientierten Erstausbildungen und transnationaler Weiterqualifikation dürfte sich der Trend zu einer steten Steigerung des transnationalen Elements ungebrochen fortsetzen. International ausgerichtete, thematisch eingegrenzte Zweitausbildungen dürften weiter ausgebaut werden. Diese Studiengänge liefern auf absehbare Zeit einen wesentlichen Antrieb für die Verwissenschaftlichung der transnationalen Seite des Rechts. Eine echt internationale Erstausbildung ist noch ein Zukunftsthema. – Die Entwicklung der Wissenschaftslandschaft im Bereich der Jurisprudenz wird elementar von einer Umstrukturierung ihrer wissenssoziologischen Basis bestimmt: Neben den traditionellen, nationalstaatlich umgrenzten Kollektiven bilden sich neue, transnationale Wissenschaftskollektive. Diese bringen zusätzliche Infrastrukturen des wissenschaftlichen Diskurses hervor und schaffen so eine notwendige Voraussetzung dafür, dass der Prozess der Verwissenschaftlichung, der mit den römischen *Jurisconsulti* begonnen hat, auch das Recht einer globalisierten Welt erfasst.

# Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin

– Das Proprium der Rechtswissenschaft –

*Holger Fleischer*

I.	Einführung . . . . .	51
1.	Zur Bandbreite rechtswissenschaftlicher Forschung. . . . .	51
a)	„Eingebettete“ Rechtswissenschaft. . . . .	51
b)	„Nichteingebettete“ Rechtswissenschaft. . . . .	51
2.	Zum Stil rechtswissenschaftlicher Forschung. . . . .	52
a)	„Eingebettete“ Rechtswissenschaft. . . . .	52
b)	„Nichteingebettete“ Rechtswissenschaft. . . . .	52
3.	Zum weiteren Fortgang . . . . .	53
II.	Klassische Aufgaben . . . . .	54
1.	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als praktische Wissenschaft . . . . .	54
2.	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als dogmatische Wissenschaft . . . . .	55
a)	Begriffsbildung . . . . .	56
b)	Systembildung. . . . .	58
c)	Prinzipienbildung. . . . .	59
3.	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als europäische Wissenschaft . . . . .	60
III.	Veränderte Rahmenbedingungen . . . . .	61
1.	Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtsreform in Permanenz . . . . .	61
2.	Verbreiterung gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Rechtsquellen . . . . .	62
3.	Funktionswandel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts . . . . .	63
4.	Öffnung des Zugangs zu den Wirtschaftswissenschaften. . . . .	64
5.	Zustrom ausländischer Gesellschaftsformen und Kapitalmarktstandards . . . . .	65
IV.	Moderne Herausforderungen . . . . .	66
1.	Entwicklungslinien gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung . . . . .	66
2.	Zukunftsaufgaben gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung . . . . .	68
a)	Rekonfigurierung von Rechtsgebieten. . . . .	68
b)	Identifizierung von Rechtstatsachen . . . . .	69
c)	Evaluierung von Rechtsreformen . . . . .	71
d)	Domestizierung von Rechtstransplantaten. . . . .	73
e)	Transformierung von außerrechtlichen Argumenten . . . . .	74

## I. Einführung

Das Thema unserer Tagung lehnt sich an ein Symposium an, das die *Harvard Law School* im Jahre 2001 unter dem Titel „Law, Knowledge, and the Academy“ veranstaltet hat.<sup>1</sup> Seine Leitfragen lauteten: Was sind die Ziele rechtswissenschaftlicher Forschung? Wie werden sie erreicht? Worin liegen die Wesensmerkmale des Rechts als akademischer Disziplin? Die Antworten führender Rechtsgelehrter aus verschiedenen Teilbereichen fielen höchst unterschiedlich aus. Sie veranschaulichen die *Multidimensionalität* juristischer Forschung in den Vereinigten Staaten und fördern vielleicht auch die Suche nach dem *Proprium* der deutschen Rechtswissenschaft – sei es im Zuspruch oder im Widerspruch.<sup>2</sup>

### 1. Zur Bandbreite rechtswissenschaftlicher Forschung

Schiebt man alle Einzelheiten beiseite, so läßt sich der Ertrag der damaligen Vorträge wie folgt zusammenfassen:

#### a) Forschungsziele

Hinsichtlich der Forschungsziele lautete das wissenschaftliche Selbstverständnis der Referenten, man müsse (1.) die beste Rechtsregel für eine bestimmte Situation finden (*Richard Epstein*); (2.) geeignete Techniken anderer Wissenschaften für die Rechtspraxis fruchtbar machen (*Richard Posner*); (3.) die Wirkungsweise von Regeln und Rechtsinstituten in der Rechtswirklichkeit untersuchen (*Deborah Rhode*); (4.) die vielfältigen sozialen Perspektiven sichtbar machen, aus denen das Recht betrachtet werden könne (*Gerald Torres*); (5.) den angemessenen, womöglich künstlerischen Gebrauch des Rechts als kultureller Darbietung fördern (*James Boyd White*).

#### b) Forschungsmethoden

Nicht minder farbenprächtig ist das Kaleidoskop der vorgestellten Forschungsmethoden. Genannt wurden: (1.) die Gewinnung vorsichtiger Verallgemeinerungen aus den traditionellen juristischen Quellen; (2.) die Entwicklung sowie der weitere Ausbau von „Recht und“-Theorien; (3.) die fachkundige Durchführung umfassender empirischer Erhebungen; (4.) die narrative Schilderung und Rückübersetzung juristischer Begebenheiten; (5.) die Vorstellung und Kritik rechtlicher Darbietungen.

---

<sup>1</sup> Veröffentlicht in 115 Harv. L. Rev. 1277–1431 (2002).

<sup>2</sup> Zum Stand der französischen Diskussion zuletzt *Jestaz/Jamin*, *La Doctrine*, 2003; dazu die Rezensionsabhandlung von *Goubeaux*, *Rev. trim. dr. civ.* 2004, 239; zuvor bereits die Kontroverse zwischen *Jestaz/Jamin*, *L'entité doctrinale française*, D.1997.Chron.167 und *Aynès/Gautier/Terré*, *Antithèse de „l'entité“*, D.1997.Chron.229.

## 2. Zum Stil rechtswissenschaftlicher Forschung

Vergleicht man jene Herangehensweise mit der hiesigen, so liegen die Hauptunterschiede im *Stil* rechtswissenschaftlicher Forschung. Stark vergrößert lassen sich zwei Stilrichtungen auseinanderhalten, die man als „eingebettete“ und „nichteingebettete“ Rechtswissenschaft bezeichnen könnte.<sup>3</sup>

### a) „Eingebettete“ Rechtswissenschaft

Den Bezugsrahmen der „eingebetteten“ Forschung, die in Deutschland, aber auch in England<sup>4</sup> vorherrscht, bildet das geltende Recht.<sup>5</sup> Innerhalb dieses Forschungsspektrums lassen sich verschiedene Einzelfelder ausmachen, die *Karl Larenz* vor genau vierzig Jahren in einem Vortrag über „Die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ wie folgt umschrieben hat: „Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, so wie wir sie heute verstehen, ist eine dreifache. Sie legt die Gesetze aus, sie bildet das Recht gemäß den der Rechtsordnung immanenten Wertmaßstäben und den in ihr liegenden gedanklichen Möglichkeiten fort und sie sucht immer aufs neue die Fülle des Rechtsstoffes unter einheitlichen Gesichtspunkten zu erfassen.“<sup>6</sup> Zwischen diesen drei Tätigkeiten, die in der deutschen Doktrin nach wie vor dominieren, besteht eine enge Wechselbeziehung. Welche von ihnen überwiegt, hängt von den Interessen des einzelnen Wissenschaftlers, seinen rechtstheoretischen Grundüberzeugungen und den Besonderheiten des bearbeiteten Rechtsgebiets ab. Die jeweiligen Beiträge richten sich in erster Linie an den Rechtsanwender, der sich zuverlässig über den gegenwärtigen Rechtsstand unterrichten möchte.<sup>7</sup> Rechtswissenschaft wird mit anderen Worten als *Rechtsanwendungswissenschaft* betrieben.<sup>8</sup>

### b) „Nichteingebettete“ Rechtswissenschaft

„Nichteingebettete“ Forschung, die auf dem eingangs erwähnten Symposium beredete Fürsprecher fand, löst sich von den autoritativen Artefakten des Rechts und verwendet Gesetze oder Gerichtsentscheidungen lediglich als Anschauungsmateri-

<sup>3</sup> Begriffe: *Rakoff*, 115 Harv. L. Rev. 1278, 1279 (2002): „embedded scholarship“ und „non-embedded scholarship“.

<sup>4</sup> Vgl. etwa *Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Law, 1987, S. 37; zusammenfassend *Cheffins*, 58 Cambridge L.J. 197 (1999): „A much-remarked upon feature of British legal literature is its ‚descriptive‘ and ‚doctrinal‘ orientation.“

<sup>5</sup> Sehr klar dazu *Diederichsen*, in: Zimmermann u.a. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 65, 66.

<sup>6</sup> *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, S. 12.

<sup>7</sup> Ähnlich für das englische Recht *Cheffins*, 58 Cambridge L.J. 197, 199 (1999): „Research of a doctrinal character is often written with the objective of helping members of the legal profession, such as judges and the lawyers who argue before them, to ‚find‘ the existing law.“ Allgemein zur Bedeutung des Adressatenkreises rechtswissenschaftlicher Publikationen *McDowell*, The Audiences for Legal Scholarship, 40 J. Leg. Educ. 261 (1990).

<sup>8</sup> So auch der Befund bei *Eidenmüller* JZ 1999, 53; früher schon *Krawietz* JuS 1970, 425, 430; zuletzt *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 24.

al. Ihre Inspirationen und Impulse empfängt sie aus fachfremden Quellen: der Soziologie, der Ökonomie, der Philosophie oder der Politikwissenschaft.<sup>9</sup> In den Vereinigten Staaten hat dieser Forschungsstil derart an Boden gewonnen, daß schon von dem Niedergang der Rechtswissenschaft als *eigenständiger* Disziplin die Rede ist<sup>10</sup> – eine provokative, aber für unsere Veranstaltung vielleicht nicht ganz unwillkommene Zuspitzung. Die Gründe für den Bedeutungsaufschwung der *nonembedded scholarship* bedürften einer gesonderten Untersuchung. Hier seien nur zwei Gesichtspunkte genannt: Manche Beobachter verweisen auf das gewachsene Prestige der Nachbarwissenschaften, die genauere Methoden besäßen und besser abgesicherte Ergebnisse versprächen<sup>11</sup>; andere mutmaßen, daß das Gebäude des klassischen Rechtsdenkens in den sechziger Jahren vollständig errichtet gewesen sei und jüngere Juristen fortan nach neuen, innovativen Ansätzen suchten.<sup>12</sup> Adressaten der „nichteingebetteten“ Forschungsbeiträge sind in erster Linie Kollegen desselben Fachgebietes.<sup>13</sup> Deren Stoßrichtung zielt häufig auf Rechtsetzung und Gesetzesreform.

### 3. Zum weiteren Fortgang

Die nachfolgenden Ausführungen können nur einen kleinen Ausschnitt aus dem großen Kosmos des Zivilrechts in Augenschein nehmen<sup>14</sup> und auf seine Ziele, Me-

<sup>9</sup> Häufig spricht man von einer *externen* Perspektive auf das Recht; vgl. etwa *Cheffins*, 58 Cambridge L.J. 197, 198 (1999): „Theoretical scholarship will be defined as the study of law from the ‚outside‘. This implies the use of intellectual disciplines, external to law, to carry out research on its economic, social or political implications. Typically, the techniques are in fact borrowed from the social sciences and the humanities. [...] Doctrinal or descriptive scholarship instead involves an ‚internal‘ account of the legal rules that govern particular subject matter and tends to reflect a general preference for the coherence of law.“; ähnlich *Posner*, 100 Harv. L. Rev. 761, 777 (1987); *Lilly*, 81 Virginia L. Rev. 1421, 1431 (1995).

<sup>10</sup> Vgl. den Aufsatztitel von *Posner*, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987*, 100 Harv. L. Rev. 761 (1987), der diese Entwicklung begrüßt; kritisch dagegen *Kronman*, *The Lost Lawyer*, 1993, S. 165 ff. und passim.

<sup>11</sup> Vgl. *Baker*, Arch. phil. droit 45 (2001), 199, 204.

<sup>12</sup> Vgl. *Collier*, 41 Duke L.J. 191, 271 (1991), der von einer „anxiety of influence“ spricht; ähnlich *Posner*, 100 Harv. L. Rev. 761, 772–773 (1987): „When a technique is perfected, the most imaginative practitioners get restless. They want to be innovators rather than imitators, and this desire requires that they strike out in a new direction. By 1960 most of the changes on the theme of the law’s autonomy had been rung. [...] Of course, with law in continuous flux there were (and are) new cases, new doctrines, even entire new fields to which to apply the techniques of legal reasoning in the autonomous tradition. [...] Nevertheless, after a while this was bound to seem, at least in the higher reaches of the academy, and whether rightly or wrongly, work for followers rather than leaders.“

<sup>13</sup> Vgl. *Ulen*, 2002 U. Ill. L. Rev. 875, 915: „To be brief, whereas twenty or so years ago legal scholars directed their writing principally toward the practising bar and judges, today legal scholars often direct their writings directly at other legal scholars who are working in their area.“

<sup>14</sup> Treffend *Bryden*, *Scholarship About Scholarship*, 1992 U. Colo. L. Rev. 641: „No one is truly competent to evaluate the overall state of legal scholarship: there are too many specialized works to assess, and the choice of a standard is obviously subjective.“

thoden und Stilelemente befragen. Sie beschränken sich, den Neigungen des Referenten entsprechend, auf das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, das sich als wissenschaftliche Disziplin zu wandeln beginnt.<sup>15</sup> Am Anfang steht eine Bestandsaufnahme der *klassischen Aufgaben*, derer sich die Gesellschaftsrechtswissenschaft seit jeher angenommen hat (II.). Sodann geht es um die *veränderten Rahmenbedingungen*, die heute auf das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht einwirken (III.). Schließlich sollen die *modernen Herausforderungen* umrissen werden, denen sich die beiden Zwillingsfächer zukünftig stellen müssen (IV.).

## II. Klassische Aufgaben

### 1. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als praktische Wissenschaft

Gesellschaftsrecht ist seit seinen Anfängen eine zutiefst *praktische* Wissenschaft.<sup>16</sup> Das zeigt ein Blick auf die bevorzugten Literaturgattungen. Zu den Frühwerken, die sich in die Geschichte des noch jungen Faches eingeschrieben haben, zählten vor allem Kommentare: die Darstellung von *Karl Geiler* zum Gesellschaftsrecht des BGB<sup>17</sup>, die Erläuterungen von *Julius Flechtheim* zu den Handelsgesellschaften im Großkommentar von *Düringer/Hachenburg*<sup>18</sup> oder die Kommentierung des GmbH-Rechts aus der Feder von *Max Hachenburg*.<sup>19</sup> Nicht anders als die heutigen Kommentatoren sahen sie ihre Hauptaufgabe in der Beschreibung und Prognose der richterlichen Spruchpraxis sowie in der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens. *Ralf Dreier* hat diese Tätigkeiten in seiner Münsteraner Antrittsvorlesung als richterrechtsbeschreibende und gesetzpositivistische Funktion der Rechtswissenschaft bezeichnet.<sup>20</sup> Jenseits des Atlantiks fühlt man sich an ein Wort von *Oliver Wendell Holmes* erinnert: „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law.“<sup>21</sup> Man muß kein Prophet sein,

<sup>15</sup> Dazu auch, aber mehr auf die praktischen Veränderungen blickend, *Hopt*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1013 unter dem Titel „Gesellschaftsrecht im Wandel“. Für einen Literaturführer durch die wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Werke des 20. Jahrhunderts *Fleischer*, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 485ff.

<sup>16</sup> Zur generellen Charakterisierung der Rechtswissenschaft als einer praktischen Wissenschaft *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 3; klassisch *Ph. Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 16 ff.; zugespitzt zuletzt *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl., 2005, Rdn. 301: „Man kann daher zweifeln, ob Aussagen, die keinerlei Praxisbedeutung haben können, überhaupt rechtswissenschaftlich relevante Aussagen sind.“

<sup>17</sup> Vgl. *Geiler*, in: *Düringer/Hachenburg*, HGB, 3. Aufl., 1932.

<sup>18</sup> Vgl. *Flechtheim*, in: *Düringer/Hachenburg*, HGB, 3. Aufl., 1932, Bd. II, Allgemeine Einleitung und §§ 105–177, 335–342.

<sup>19</sup> Vgl. *Hachenburg*, GmbHG, 5. Aufl., Bd. I (1926), Bd. II (1927).

<sup>20</sup> Vgl. *Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, Rechtstheorie 2, 1971, S. 37, 41 ff.

<sup>21</sup> *Holmes*, 10 Harv. L. Rev. 457, 461 (1897); zu dieser „prediction theory“ *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, 1975, S. 181 ff.;

um vorherzusagen, daß die Kärnerarbeit der Kommentierung auch weiterhin ein Kernbestandteil gesellschaftsrechtlicher Forschung bleiben wird<sup>22</sup>: Zum einen hat sie sich als erfolgreicher Kommunikationskanal erwiesen, um juristischen Lehrmeinungen in der Rechtsprechung Gehör zu verschaffen; zum anderen prämiert der lukrative Gutachtenmarkt gerade im Gesellschaftsrecht „eingebettete“ Forschung, die sich intensiv mit dem augenblicklichen Diskussionsstand in Spruchpraxis und Literatur auseinandersetzt.<sup>23</sup>

Das Prädikat einer praktischen Wissenschaft hat die Lehre vom Gesellschaftsrecht aber noch aus einem anderen Grunde verdient: Sie bezieht ihren Diskussionsstoff zum größten Teil aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung; manche Doktorarbeit oder Habilitationsschrift fußt gar auf einem einzigen Schlüsselurteil. Daraus hat sich im Laufe der Zeit ein auf gegenseitiger Wertschätzung beruhender Dialog zwischen Bundesrichtern und Fachwissenschaft entwickelt, um den uns ausländische Kollegen beneiden.<sup>24</sup> Demgegenüber hat die Verarbeitung rechtswissenschaftlicher Forschungsergebnisse durch die Gerichte in den Vereinigten Staaten rapide abgenommen.<sup>25</sup> Berühmt geworden ist die beredte Klage von *Judge Harry T. Edwards* über die zunehmende Entfremdung von Theorie und Praxis<sup>26</sup>, die eine Fülle kontroverser Stellungnahmen ausgelöst hat.<sup>27</sup>

## 2. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als dogmatische Wissenschaft

Einem geflügelten Wort von *Rudolph von Ihering* zufolge darf sich die Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, nicht auf praktische Fragen beschränken.<sup>28</sup> Dieser

---

*Posner*, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, S. 221 ff.; aus deutscher Sicht *Rüthers* (Fn. 16), Rdn. 293: „Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht aber genauso auch darin, den rechtsberatenden Berufen, Rechtsanwälten, Notaren und Wirtschaftsjuristen die möglichen rechtlichen Gestaltungsspielräume aufzuzeigen und auf rechtliche Risiken hinzuweisen. Unter diesem Aspekt hat die Rechtswissenschaft vorherzusagen, was die letzten Instanzen zu einem in Frage stehenden Fall sagen werden.“

<sup>22</sup> Ähnlich für das US-amerikanische Recht *Posner*, 100 *Harv. L. Rev.* 761, 779 (1987): „And doctrinal analysis will always be the mainstay of legal scholarship.“

<sup>23</sup> Zu den Gefahren übermäßiger Gutachtertätigkeit für die Unvoreingenommenheit der eigenen Forschung aber *R. Eisenberg*, *The Scholar As Advocate*, *J. Leg. Educ.* 1993, 391, 393: „A more subtle distortion might arise from the tendency of good advocates to believe their own arguments. In other words, rather than taking positions that they don't agree with, law professors may find themselves agreeing with positions that they would not otherwise have taken. Most litigators have seen their own views on legal questions transformed by the experience of advocacy.“

<sup>24</sup> Dazu etwa *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Bd. II, 2004, § 1 III 4, S. 40.

<sup>25</sup> Vgl. *McClintock*, *The Declining Use of Legal Scholarship by Courts: An Empirical Study*, 51 *Okla. L. Rev.* 659 (1998).

<sup>26</sup> Vgl. *Edwards*, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 *Mich. L. Rev.* 34 (1992), der den „impractical scholar“ unter Beschuß nimmt, welcher „produces abstract scholarship that has little relevance to concrete issues, or addresses concrete issues in a wholly theoretical manner“.

<sup>27</sup> Dazu Symposium, *Legal Education*, 91 *Mich. L. Rev.* 1921 (1993).

<sup>28</sup> Vgl. v. *Ihering*, *Geist des römischen Rechts*, II/2, 2. Aufl., 1869, S. 369.

Aufforderung zur theoretischen Durchdringung des Stoffes hat sich die Gesellschaftsrechtswissenschaft nie verschlossen. Bahnbrechende Einzelschriften sind immer wieder zu den tieferen Begriffs-, System- und Prinzipiensichten des Faches vorgestoßen und haben ihm zu seiner heutigen Blüte verholfen. Auf diese Weise ist im Laufe der Zeit ein festes Grundgerüst entstanden, das alle Funktionen erfüllt, die man der Rechtsdogmatik gewöhnlich zuschreibt: (1) die stabilisierende, (2) die Fortschritts-, (3) die Entlastungs-, (4) die didaktische oder kommunikative, (5) die Kontroll- und (6) die heuristische Funktion.<sup>29</sup> Das sei an einigen ausgewählten Beispielen erläutert:

#### a) Begriffsbildung

Juristische Grundlagenforschung zielt nach einer Beobachtung von *Robert Alexy* zuallererst auf die Grundbegriffe einer Disziplin.<sup>30</sup> Im Gesellschaftsrecht hat man über diese theoretische Forderung nicht weiter nachgedacht; man hat sie schlicht beherzigt. Das wohl berühmteste Beispiel bildet die Dogmen- und Entwicklungsgeschichte der juristischen Person im 19. Jahrhundert<sup>31</sup>, die sich mit den Namen *v. Savigny* und *v. Gierke* verbindet und deren intellektuelle Strahlkraft nicht an Ländergrenzen haltmachte<sup>32</sup>: *Raymond Saleilles* hat sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts seiner großen Darstellung zur *personnalité juridique* zugrunde gelegt<sup>33</sup>, und *Philippe Malaurie* nennt sie rückblickend „une des plus belles controverses que le droit ait connues“<sup>34</sup>. Ähnliches läßt sich aus England berichten.<sup>35</sup> Daß uns die juristische Person heute als technisch ausgereifte Rechtsfigur entgegentritt und wir ihre Rechtsprobleme nicht wieder und wieder reflektieren müssen, ist eine wissenschaftliche Leistung ersten Ranges. Eine einst schwierige akademische Diskussion<sup>36</sup> hat ihr Ziel erreicht.<sup>37</sup> Neue Aufgaben warten freilich schon: Die Virtualisierung von Unterneh-

<sup>29</sup> Näher *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., 1991, S. 326 ff.; ferner *Base-dow*, in: Zimmermann u. a. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 79, 88 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *Alexy*, in: ders. (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung*, ARSP, Beiheft 104 (2005), Vorwort, S. 7.

<sup>31</sup> Zusammenfassend *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II: 19. Jahrhundert, 1989, § 59, S. 339 ff.; zuletzt *Bär*, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I, 2003, §§ 21–79, Rdn. 5 ff.

<sup>32</sup> Umfassend zuletzt aus französischer Sicht *Baruchel*, *La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, 2004.

<sup>33</sup> Vgl. *Saleilles*, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 1910.

<sup>34</sup> *Malaurie*, *Nature juridique de la personnalité morale*, *Defrénois* 1990, art. 34848, 1068, n° 1.

<sup>35</sup> Vgl. etwa *Pollock*, *Has the Common Law Received the Fiction Theory of Corporations?*, 27 *L. Q. Rev.* 219 (1911); rückblickend *Foster*, 48 *Am. J. Comp. L.* 573, 581 ff. (2000).

<sup>36</sup> Stellvertretend für viele die Grundsatzkritik von *Brinz*, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. I, 1. Aufl., 1857, Vorrede, S. XI, wonach die juristische Person so wenig in das Rechtssystem gehöre, wie die Vogelscheuche in der Naturgeschichte des Menschen Erwähnung verdiene.

<sup>37</sup> So zutreffend *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, § 8 II 1, S. 186 f.; abw. *Coing* (Fn. 31), § 59, S. 343: „Die Diskussion um das Wesen der juristischen Person in Deutschland hat

men<sup>38</sup> wird die dogmatische Leistungsfähigkeit der Schlüsselbegriffe Rechtsträger und juristische Person auf eine abermalige Probe stellen; mancherorts malt man schon die virtuelle juristische Person als Zukunftsgemälde an die Wand.<sup>39</sup> Daß dies so fernliegend nicht ist, lehrt die anhaltende Debatte über Einheit und Vielheit im Konzern<sup>40</sup>, die ein außenstehender Beobachter als Beleg für die Zwänge anthropomorphen Denkens in Rechts*personen* angesehen hat.<sup>41</sup>

Noch nicht vollständig abgeschlossen ist die Grundlagenforschung für zwei andere gesellschaftsrechtliche Basisbegriffe: die Mitgliedschaft und die Organschaft.<sup>42</sup> Bei der Mitgliedschaft rätselt man nicht nur über ihre dogmatische Struktur, sondern auch über ihren Rechtsschutz: Die Schärenkreuzer-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>43</sup>, welche die Vereinsmitgliedschaft als subjektives und sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB einordnet, hat vielleicht mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet.<sup>44</sup> Was das Organhandeln betrifft, so scheinen die Probleme der Verschuldens- und Wissenszurechnung im Ansatz bewältigt<sup>45</sup>, doch sieht man sich hinsichtlich des zivilrechtlichen Organbegriffs noch immer zu Anleihen bei der öffentlich-rechtlichen Schrift von *Hans Julius Wolff* veranlaßt.<sup>46</sup> Dogmatische Prüfsteine des gesellschaftsrechtlichen Organverständnisses bilden die Einordnung des Abschlußprüfers<sup>47</sup> oder des Unternehmensbeauftragten.<sup>48</sup> Alle drei Beispiele zeigen, daß begriffliche Grundlagenforschung im Verbandsrecht nicht nur möglich, sondern auch

---

am Anfang des 20. Jahrhunderts aufgehört. Sie ist nicht eigentlich abgeschlossen worden; man kann eher sagen, sie sei aufgegeben worden.“

<sup>38</sup> Ausführlich jüngst *C. Horn*, Die Virtualisierung von Unternehmen als Rechtsproblem, 2005.

<sup>39</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175, 178 ff.

<sup>40</sup> So der Titel des Beitrages von *Bälz*, in: Festschrift Raiser, 1974, S. 287; zum Konzern als virtueller Rechtsperson *K. Schmidt* (Fn. 39), S. 175, 179.

<sup>41</sup> Vgl. *Teubner* ZGR 1991, 189, 204: „Nicht Einheitszurechnung, sondern Vielfachzurechnung, nicht Personifizierung, sondern polyzentrische Autonomisierung werden dem Netzwerkcharakter des Konzerns gerecht.“

<sup>42</sup> Zur Grundlagenungewißheit des deutschen Gesellschaftsrechts zuletzt der gleichnamige Beitrag von *Beuthien* NJW 2005, 855.

<sup>43</sup> Vgl. BGHZ 110, 323.

<sup>44</sup> Monographische Vermessung bei *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996.

<sup>45</sup> Vgl. zur Wissenszurechnung BGHZ 132, 30.

<sup>46</sup> Vgl. *H. J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person, Band 2: Theorie der Vertretung, 1934; eine gesellschaftsrechtliche Monographie anmahmend *Ulmer*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1297, 1305; ausführlich *Fleischer*, NJW 2006, 3239.

<sup>47</sup> Für Organeigenschaft BGHZ 16, 17, 25; 76, 338, 342; dagegen BayObLG NJW-RR 1988, 163, 164; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl., 2006, § 41, Rdn. 98.

<sup>48</sup> Für eine Einordnung als Unternehmensverfassungsorgan *Rehbinder* ZGR 1989, 305, 311 ff., 354 ff.; kritisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 47), vor § 35, Rdn. 7; monographisch *Haouache*, Unternehmensbeauftragte und Gesellschaftsrecht in der AG und GmbH, 2003.

nützlich und zu seiner Akzeptanz in einer rationalen Gesellschaft schlechthin unerlässlich ist.<sup>49</sup>

### b) Systembildung

Die Dogmatisierung einer Rechtsmaterie drängt nach einem Diktum von *Josef Esser* zur Systembildung.<sup>50</sup> Diese tut in unserem Zusammenhang besonders Not, weil das deutsche Gesellschaftsrecht bisher keine Kodifikation erfahren hat, sondern über verschiedene Einzelgesetze (BGB, HGB, GmbHG, AktG, GenG) verstreut ist, die zudem aus ganz unterschiedlichen Epochen stammen. Vor diesem Hintergrund hat sich vor allem *Karsten Schmidt* der Aufgabe verschrieben, aus dem ungeordneten Nebeneinander getrennter Gesetze einen zuverlässigen Kanon von allgemeinen Lehren herauszubilden.<sup>51</sup> Sein Forschungsprogramm der „Institutionenbildung“ hat sich als außerordentlich fruchtbar erwiesen und die Konsolidierung des Gesellschaftsrechts wesentlich vorangetrieben. Allerdings dürfen die Gemeinsamkeiten nicht überbetont und bestehende Unterschiede nicht vorschnell eingeebnet werden: Das breite Spektrum der Rechtsformen von der Gelegenheitsgesellschaft bürgerlichen Rechts bis hin zur börsennotierten Aktiengesellschaft läßt Verallgemeinerungen nur *begrenzt* zu.

Neue Aufgaben erwachsen der Systembildung durch die größer werdende Interaktionsfläche zwischen Aktien- und Kapitalmarktrecht: Hier hat sich in jüngerer Zeit eine eigene Regelungsschicht für kapitalmarktorientierte Gesellschaften herausgebildet, die man bündig als *Börsengesellschaftsrecht* bezeichnet hat.<sup>52</sup> Wiewohl die Zusammenführung und Durchformung des Rechtsstoffes an dieser dogmatischen Schnittstelle Fortschritte macht<sup>53</sup>, gibt es noch immer zahlreiche Zweifelsfragen, die anderwärts im Detail auszubreiten sind.<sup>54</sup> Hochverdichtet geht es um Regelungsredundanzen, Zieldivergenzen, Funktionsäquivalenzen, Norminterdependenzen und Wertungsinterferenzen, in einem Wort: *Abstimmungsbedarf*, der sich immer dort einstellt, wo sich zwei Rechtsgebiete überlappen.

<sup>49</sup> Vgl. auch *Wieacker*, in: Festschrift Gadamer, Bd. II, 1970, S. 311: „Die von der Dogmatik erwartete praktische Leistung ist es, intellektuell überprüfbare und öffentlich einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums anzugeben, den *jede* Anwendung der Norm auf einen konkreten Fall erfordert.“

<sup>50</sup> Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1972, S. 97.

<sup>51</sup> Zu diesem Programm *K. Schmidt* (Fn. 37), § 3 III, S. 52 ff.

<sup>52</sup> Begriff: *Nobel*, in: Festschrift Bär, 1998, S. 301; deutsche Adaption bei *Fleischer* ZHR 165 (2001), 513, 514.

<sup>53</sup> Vgl. zuletzt die Gesamtdarstellungen von *Deilmann/Lorenz* (Hrsg.), Die börsennotierte Aktiengesellschaft, 2005; sowie *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg.), Handbuch börsennotierte Aktiengesellschaft, 2005.

<sup>54</sup> Eingehend *Fleischer* ZIP 2006, 451.

Nur unter Rückgriff auf das haftpflichtrechtliche Gesamtsystem<sup>55</sup> läßt sich schließlich die Suche nach gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Schutzgesetzen i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB bewältigen, die augenscheinlich in eine dogmatische Sackgasse geraten ist. Der Bundesgerichtshof hat in einer neueren Leitentscheidung auf das Gegensatzpaar von Funktions- und Individualschutz abgestellt<sup>56</sup>, doch erweist sich diese antithetische Gegenüberstellung für eine sachgerechte Auswahl der Haftungstatbestände im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als zu grob geschnitzt.<sup>57</sup> Eine feiner zisierte (bereichsspezifische?) Schutzgesetzdogmatik wäre dringend wünschenswert<sup>58</sup>, ist aber einstweilen auch in der Rechtslehre nicht in Sicht.

### c) Prinzipienbildung

Prinzipielles Rechtsdenken muß nach einer Bemerkung von *Franz Bydlinski* schon vor der konkreten Rechtsfindung am Einzelproblem einsetzen, um diese optimal vorzubereiten.<sup>59</sup> Seine Bedeutung steigt für das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in dem Maße, in dem das Haltbarkeitsdatum von Detailregelungen sinkt.<sup>60</sup> In Anlehnung an ein bekanntes Wort *Otto Mayers* könnte man sagen: Einzelregeln vergehen, Prinzipien bestehen!<sup>61</sup> Eine höchst eindrucksvolle Gesamtdarstellung gesellschaftsrechtlicher Leitprinzipien hat *Herbert Wiedemann* schon vor einem Vierteljahrhundert in seinem großen Lehrbuch vorgelegt.<sup>62</sup> Die dort zusammengestellten Struktur- und Wertungsprinzipien tragen bei der Lösung von Einzelproblemen dazu bei, die Nachvollziehbarkeit der Begründung gegenüber bloß historisch-beschreibenden oder intuitiv-vorschlagenden Ansätzen zu verbessern.<sup>63</sup> Zudem eignen sie sich in hervorragender Weise zur Entfaltung und Weiterentwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts<sup>64</sup>, von dem noch gesondert zu handeln ist.

Auch im Kapitalmarktrecht hat der Bestand an Vorschriften inzwischen jene kritische Masse erreicht, die eine prinzipienmäßige Durchdringung des Rechtsstoffes

<sup>55</sup> Zu diesem Kriterium BGHZ 66, 388, 390; aus dem Schrifttum *Canaris*, in: Festschrift Larenz, 1983, S. 27, 47 ff.

<sup>56</sup> Vgl. BGHZ 160, 134, 138 ff. – Infomatec I.

<sup>57</sup> Zur Kritik *Fleischer* DB 2004, 2031 f. mit weiterführenden, auch rechtsvergleichenden Hinweisen.

<sup>58</sup> Gleicher Befund bei *Ekkenga* ZIP 2004, 781, 784 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, Vorwort, S. VII.

<sup>60</sup> Zur Aktien- und Kapitalmarktreform in Permanenz noch unten III. 1.

<sup>61</sup> Für eine ähnliche Beobachtung *Goode*, Commercial Law, 3rd ed., 2004, Preface to the First Edition, XXVI: „The greatest difficulty confronting the student lies not in the sophisticated rule but in the fundamental concept. Rules may change, concepts are more permanent. Hence it is the theoretical framework of a subject which demands the closest attention, for it is this that endures when the detailed rule has passed into oblivion.“

<sup>62</sup> Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, §§ 3–6 (Strukturprinzipien), §§ 7–11 (Wertungsprinzipien).

<sup>63</sup> In diesem Sinne *Bydlinski* (Fn. 59), S. 471 mit Fn. 519.

<sup>64</sup> Ähnlich zur methodischen Konzeption eines Europäischen Privatrechts *Flessner* JZ 2002, 14, 18.

erlaubt. Erste Versuche in dieser Richtung nennen als sachliche Leitprinzipien: (1.) informierte Transaktionsentscheidung; (2.) Markttransparenz; (3.) Anlegergleichbehandlung; (4.) Marktintegrität.<sup>65</sup> Allerdings erweist sich das Kapitalmarktrecht im konzeptionellen Zugriff als sperriger, weil es als Querschnittsmaterie<sup>66</sup> die hergebrachte Wandtafelsystematik von Zivilrecht und öffentlichem Recht verwischt. Eine genauere Beschreibung seiner normativen Spezifität fällt daher außerordentlich schwer. Vorläufige Antworten lauten: Kapitalmarktrecht ist zuvörderst *Marktrecht*<sup>67</sup>, hingeordnet auf die Schaffung marktlicher Interaktionsvoraussetzungen und die Beseitigung marktlicher Funktionsstörungen. Kapitalmarktrecht ist sodann *Verfahrensrecht*<sup>68</sup>, zugeschnitten auf marktförmige Austauschprozesse und Preisbildungsverfahren und gekennzeichnet durch verfahrensmäßige Schutzgarantien und eine Prozeduralisierung der Verhaltenspflichten<sup>69</sup>. Kapitalmarktrecht ist außerdem *Informationsrecht*<sup>70</sup>, durchdrungen von einer alle Regelungsbereiche erfassenden Offenlegungsphilosophie und bereit, verbandsrechtliche Verbotstatbestände gegen ein kapitalmarktrechtliches Informationsmodell einzutauschen. Kapitalmarktrecht ist schließlich *Regulierungsrecht*<sup>71</sup>, wie es die US-amerikanische Bezeichnung der *securities regulation* treffend auf den Punkt bringt.

### 3. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als europäische Wissenschaft

Unter den zivilrechtlichen Fächern ist das Gesellschaftsrecht jene Rechtsmaterie, die am stärksten vom Gemeinschaftsrecht durchwirkt wird. Die im März 1968 ver-

<sup>65</sup> Näher *Fleischer*, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, 2002, F 26 ff.; neuerdings auch *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, Bd. I, 2005, § 1 Rdn. 31.

<sup>66</sup> Vgl. *U. H. Schneider* AG 2001, 269, 270.

<sup>67</sup> Programmatisch *Immenga*, in: Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, S. 223, 224: „Marktrecht ist daher systematisch gesehen derjenige Teil des Wirtschaftsrechts, der sich auf den Markt als maßgebliches Ordnungsprinzip einer Volkswirtschaft bezieht.“; S. 226: „Märkte entstehen auch durch Kapitalbewegungen. Hierauf bezogene Rechtsnormen, das Kapitalmarktrecht, gehen wie auf anderen Märkten von weitgehender Freiheit der Produktbildung, der Kapitalmarkttitle, wie auch von der zu sichernden Funktionsfähigkeit der unterscheidbaren Märkte aus. Es handelt sich also auch hier um Marktrecht.“

<sup>68</sup> Pointiert *S. Weber*, Kapitalmarktrecht, 1999, S. 13 ff. unter der Überschrift „Der Kapitalmarkt als rechtlich geregeltes Verfahren“.

<sup>69</sup> Näher dazu *Fleischer* NZG 2002, 545, 546 f.; aus schweizerischer Sicht auch *von der Crone*, ZBJV 133 (1997), 73 ff.; zur Ersetzung materieller Regulierung durch prozedurale Aufsicht ferner *Merkt* AG 2003, 126, 135.

<sup>70</sup> Angedeutet auch bei *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., 2004, § 7, Rdn. 1, der von dem „stark ausgebauten *Informationsrecht* für den Kapitalmarkt“ spricht.

<sup>71</sup> In diese Richtung auch *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 1. Aufl., 1997, § 10, Rdn. 222: „Es ist stets wieder daran zu erinnern, daß Aktienrecht grundsätzlich Privatrecht darstellt, während Kapitalmarkt- und Börsenrecht zu einem bedeutenden Teil dem Verwaltungsrecht angehören, insbesondere all die Fragen, die unter dem englischen Begriff der ‚*Regulation*‘ gemeinhin zusammengefaßt werden.“

abschiedete Publizitätsrichtlinie<sup>72</sup> bildet nicht nur die erste Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; sie ist zugleich die erste Harmonisierungsmaßnahme auf dem Gebiet des Zivilrechts überhaupt. Diese europäische Dimension ist von führenden Gesellschaftsrechtlern schon früh erkannt worden<sup>73</sup> und heute in Forschung und Lehre fest verankert.<sup>74</sup> Sie eröffnet der Gesellschaftsrechtswissenschaft ein beträchtliches Innovationspotential<sup>75</sup>, weil sie zu einer supranationalen Rekonstruktion des Rechtsstoffes einlädt<sup>76</sup> und einen heilsamen Zwang ausübt, rückständige Figuren des heimischen Gesellschaftsrechts auszumustern.<sup>77</sup>

### III. Veränderte Rahmenbedingungen

Wandlungen im Selbstverständnis einer Wissenschaft werden häufig durch veränderte Rahmenbedingungen angestoßen und befördert. So liegt es auch im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, das sich gegenwärtig wirkungsmächtigen Gestaltungskräften ausgesetzt sieht.

#### 1. Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtsreform in Permanenz

Die wichtigste Konstante beider Fächer ist schon seit geraumer Zeit ihr ständiger Wandel: Im Aktienrecht sind in atemberaubender Geschwindigkeit Reformgesetze mit den Akronymen KonTraG (1998), NaStraG (2001), TransPuG (2002) und UMAG (2005) verabschiedet worden<sup>78</sup>; im Kapitalmarktrecht hat der Gesetzgeber in rascher Folge vier Finanzmarktförderungsgesetze vorgelegt.<sup>79</sup> Man könnte diesen

<sup>72</sup> Vgl. Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968, ABl. Nr. L 65 vom 14. 3. 1968, S. 8.

<sup>73</sup> Vgl. vor allem *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 1. Aufl., 1979; 4. Aufl., 1996.

<sup>74</sup> Vgl. die Gesamtdarstellungen von *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2003; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2001.

<sup>75</sup> Ebenso für das Europäische Privatrecht *Jansen* ZEuP 2005, 750, 769.

<sup>76</sup> Treffend *Schön*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1271: „Das Europäische Gesellschaftsrecht ist auf dem Wege von der Rechtspolitik in die Rechtsdogmatik.“; zum wissenschaftlichen Anliegen *ders.* RabelsZ 64 (2000), 1 ff.

<sup>77</sup> Zu diesem Vorteil der Rechtsangleichung *Fleischer* AcP 204 (2004), 502, 507.

<sup>78</sup> Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BGBl. 1998, I, S. 786; Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG), BGBl. 2001, I, S. 123; Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG), BGBl. 2002, I, S. 2681; Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BGBl. 2005, I, S. 2802.

<sup>79</sup> Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der Finanzmärkte, BGBl. 1990, I, S. 266; Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. 1994, I, S. 1749; Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. 1998, I, S. 529; Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. 2002, I, S. 2010.

unablässigen Normenstrom zum Anlaß nehmen, um über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft zu lamentieren, wie dies der Berliner Staatsanwalt *Julius von Kirchmann* vor mehr als 150 Jahren mit Verve getan hat.<sup>80</sup> Daran ist sicher richtig, daß die Aktien- und Kapitalmarktrechtsreform in Permanenz<sup>81</sup> die Systematisierung des Rechtsstoffes erschwert. Ungereimtheiten und Wertungswidersprüche nehmen zu; die Lehr- und Lernbarkeit der Rechtsmaterie nimmt ab. Indes bieten die veränderten Rahmenbedingungen auch beträchtliche Zukunftschancen: *Erstens* werten sie das Denken in gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Struktur- und Ordnungsprinzipien auf, weil diese von gesetzgeberischen Einzeleinriffen oft unberührt bleiben. *Zweitens* öffnen sie die Tür für interdisziplinäre Begründungsmuster, da sich mit abnehmender Bedeutung der einzelnen *positiven* Rechtsakte das Gewicht vergrößert, das *außerpositiven* Sachstrukturen wie etwa ökonomischen Argumenten zukommt. *Drittens* wächst die potentielle Breitenwirkung der rechtswissenschaftlichen Forschung, wenn sie ihre Denkkraft nicht mehr ausschließlich für die Auslegung und Fortbildung des geltenden Rechts verwendet.<sup>82</sup> Der Grenznutzen einer *rechtssetzungsorientierten* Gesellschaftsrechtswissenschaft, die sich der Zukunft des Gläubigerschutzes im Europäischen Kapitalgesellschaftsrecht annimmt<sup>83</sup>, ist größer als jener einer systemoptimierenden Verfeinerung der Rechtsregeln zur verdeckten Sacheinlage.

## 2. Verbreiterung gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Rechtsquellen

Ein zweites Element der gesellschaftsrechtlichen Gegenwartsentwicklung bildet die Verbreiterung der *Rechtsquellen*. Neben den gesetzlichen Vorgaben gewinnt vor allem die private Regelsetzung zunehmend an Bedeutung. Als Vorreiter darf der im Jahre 1998 eingeführte § 342 HGB gelten, wonach das Bundesministerium der Justiz ein privates Rechnungslegungsgremium durch Vertrag anerkennen und mit der Entwicklung von Konzernrechnungslegungsgrundsätzen beauftragen kann.<sup>84</sup> Vier Jahre später ist der Deutsche Corporate Governance Kodex hinzugetreten, dessen Einhaltung den börsennotierten Aktiengesellschaften gemäß § 161 AktG freisteht,

<sup>80</sup> Vgl. v. *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848 (hier zitiert gemäß dem Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt von 1960). Bekannte Kostproben lauten: „[D]ie Wissenschaft kommt bei der fortschreitenden Entwicklung immer zu spät, niemals kann sie die Gegenwart erreichen.“ (S. 14); „Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“ (S. 24).

<sup>81</sup> So die Kennzeichnung von *Zöllner AG* 1994, 336; im Anschluß an ihn *Spindler* NJW 2004, 3449.

<sup>82</sup> Allgemein zu diesem Gesichtspunkt auch *Eidenmüller* JZ 1999, 53, 60.

<sup>83</sup> Vgl. Symposium: Efficient Creditor Protection in European Company Law, EBOR 7 (2006), 1–471.

<sup>84</sup> Vgl. *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 342, Rdn. 1 f.

sofern sie nur wahrheitsgemäß über ihr Normverhalten Bericht erstatten.<sup>85</sup> Die jüngste Ergänzung liefert der Emittentenleitfaden der BaFin vom Juli 2005, der auf 104 Seiten „Rechtspflichten“ für börsennotierte Aktiengesellschaften formuliert.<sup>86</sup> Es liegt auf der Hand, daß diese neuartigen „Rechtsquellen“ zahlreiche Zweifelsfragen verfassungsrechtlicher und rechtsmethodischer Natur aufwerfen, welche Rechtsprechung und Wissenschaft in den nächsten Jahren beschäftigen werden.

Auch hinsichtlich der zur Verfügung stehenden *Regelungstechniken* sind im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht bemerkenswerte Neuerungen zu verzeichnen: Sie betreffen nicht nur die reflektierbare Auswahl zwischen Rechtsregeln (*rules*) und Verhaltensstandards (*standards*)<sup>87</sup>, sondern auch die Spezifizierung von Tatbestandsvoraussetzungen in Form eines „sicheren Hafens“ (*safe harbor*), bei deren Erfüllung für den Normadressaten gewisslich keine Rechtsnachteile eintreten.<sup>88</sup> Vermehrte Beachtung finden überdies die Regelungsmodelle der „Vorschriftenwahl“ (*opting in*) und „Vorschriftenabwahl“ (*opting out*)<sup>89</sup> sowie die Unterscheidung zwischen Eigentumsregeln (*property rules*) und Haftungsregeln (*liability rules*)<sup>90</sup>: Ersterer lassen einen Ressourcenzugriff nur mit dem Einverständnis des Rechtsinhabers zu; letztere gestatten einen Zugriff auch gegen den Willen des Rechtsinhabers, sofern eine Entschädigung gezahlt wird.

### 3. Funktionswandel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts

Von noch größerer Bedeutung ist ein allmählicher Bewußtseinswandel in Teilen der Gesetzgebung und Rechtslehre. Er führt in zweierlei Hinsicht zu Akzentverschiebungen in der Regelungsphilosophie des Rechtsgebiets: Zum einen werden gesellschaftsrechtliche Vorschriften heute mehr unter dem Gesichtspunkt der *Wirtschaftsermöglichung* und weniger unter dem der *Verhaltensregulierung* betrachtet. Wer Gegensatzbildungen liebt, mag das eine *enabling function* und das andere *regulatory function* nennen.<sup>91</sup> Zum anderen begreift man das Gesellschaftsrecht heute weniger als einen wertengebundenen Korpus von Rechtsregeln, sondern in erster Linie als eine *juristische Infrastrukturleistung* zur Förderung effizienter und wettbewerbsfähiger Unternehmen.<sup>92</sup> Das mag man als vorsichtige Abkehr von einem

<sup>85</sup> Vgl. zur Funktionsweise des „comply or explain“ Hüffer, AktG, 6. Aufl., 2004, § 161, Rdn. 7; zu Haftungsfragen bei einer Falscherklärung Fleischer, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 14, Rdn. 54 ff.

<sup>86</sup> Zu seiner Rechtsnatur Claussen/Florian AG 2005, 745; Merkner/Sustmann NZG 2005, 729.

<sup>87</sup> Grundlegend Kaplow, 42 Duke L.J. 557 (1992).

<sup>88</sup> Dazu Fleischer ZIP 2003, 2045, 2050.

<sup>89</sup> Näher Fleischer ZHR 168 (2004), 673, 695 f.; Hertig/McCahery, ECFR 2006, 341 ff.

<sup>90</sup> Grundlegend Calabresi/Melamed, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972); gesellschaftsrechtliche Adaption bei Whincop, 19 Oxford J. Legal Stud. 19 (1999).

<sup>91</sup> Dazu bereits Fleischer ZHR 168 (2004), 673, 707 mit weiteren Nachweisen.

<sup>92</sup> Beispielhaft das Konsultationsdokument der *High Level Group of Experts on Corporate Law* ZIP 2002, 1310, Kapitel 2, Frage 1: „Sind Sie der Meinung, daß sich die Europäische Union bei den weiteren Arbeiten im Bereich des Gesellschaftsrechts in erster Linie auf die Schaffung neuer und

*deontologischen* hin zu einem *instrumentalistischen* Rechtsverständnis deuten. Vor diesem Hintergrund ist es vielleicht kein Zufall, daß just in dieser Zeit die internationalprivatrechtliche Sitztheorie, die ihre Vertreter immer als eine Art Schutztheorie verstanden, durch die wettbewerbsstimulierende Gründungstheorie abgelöst wird.<sup>93</sup>

#### 4. Öffnung des Zugangs zu den Wirtschaftswissenschaften

Kennzeichnend für den rechtswissenschaftlichen Diskurs ist, daß er dem Kreis valider Argumente vergleichsweise enge Grenzen zieht. Geht es um die Auslegung des geltenden Rechts, so greifen wir auf den traditionellen Methodenkanon zurück. Das ist hier nicht zu vertiefen. Aufmerksamkeit verdient aber eine konzeptionelle Öffnung der Lehre vom Gesellschaftsrecht in anderer Richtung. Sowohl im Hörsaal wie in der wissenschaftlichen Forschung begnügen sich die Fachvertreter nicht mehr damit, den reichhaltigen dogmatischen Figureschatz vorzustellen und zu pflegen.<sup>94</sup> Vielmehr verwenden sie ihre Denkkraft auch darauf, die Funktionen und Wirkungen gesellschaftsrechtlicher Regelungen herauszuarbeiten. Dabei spielen ökonomische Analysen und Argumente eine immer größere Rolle.<sup>95</sup> Sie helfen uns in verschiedener Hinsicht, die anstehenden Probleme zu erkennen und zu bewältigen: *Erstens* schärfen sie den Blick für die Ordnungsstrukturen und Sachgesetzmäßigkeiten eines bestimmten Regelungsbereichs.<sup>96</sup> *Zweitens* lenken sie die Aufmerksamkeit auf die Zielkonflikte, im ökonomischen Fachjargon: die *tradeoffs*, die allen Vorschriften innewohnen.<sup>97</sup> *Drittens* bereiten sie den Boden für eine *transnationale* Gesellschaftsrechtswissenschaft, welche sich nicht im Detail lokaler Einzelregeln

---

die Änderung bestehender gesellschaftsrechtlicher Mechanismen zur Erleichterung des effizienten und wettbewerbsfähigen Betriebs von Unternehmen in der gesamten Union konzentrieren soll?“

<sup>93</sup> Näher *Fleischer*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland (2005), S. 49 ff.

<sup>94</sup> Dazu aus der Sicht eines ausländischen Juristen *Cioffi*, State of the Art: A Review Essay on Comparative Corporate Governance, 48 Am. J. Comp. L. 501, 509 (2000): „[T]hese new conceptual frameworks and analytical techniques may provide some welcome relief from the hermetically sealed doctrinal analysis common in Continental, and especially German law.“

<sup>95</sup> Für eine Entfaltung dieses Forschungsprogramms *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1–32; fortführend *Fleischer*, ZGR 2007, 500 ff.

<sup>96</sup> Dazu schon *Mestmäcker*, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, 1964, S. 103, 112: „Die Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung determiniert zwar grundsätzlich nicht die Entscheidung von Einzelfragen; sie bezeichnet vielmehr einen methodischen Ausgangspunkt für wissenschaftliche Fragestellungen, sie hellt die der rechtlichen oder wirtschaftspolitischen Gestaltung vorgegebene Sachgesetzmäßigkeit auf und sie bietet Maßstäbe für die Entscheidung von Interessenkonflikten oder Zielkonflikten.“

<sup>97</sup> Deziert in diesem Sinne *Epstein*, 115 Harv. L. Rev. 1288, 1311 (2002): „Thus, our task as scholars is to identify and resolve the tradeoffs so common in human affairs. [...] Both, inertia and confusion are endemic to our legal system. Within this environment, we should lower our sights and try to improve our overall reliability as analysts by stressing the incremental improvements

verliert, sondern die generellen Funktionsbedingungen und Funktionsstörungen von Korporationen identifiziert. Ein vorzügliches Beispiel dafür bietet das jüngst vorgelegte Gemeinschaftswerk einer internationalen Forschergruppe. Es trägt den Titel: „The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach.“<sup>98</sup>

##### 5. Zustrom ausländischer Gesellschaftsformen und Kapitalmarktstandards

Schließlich verändern sich Wissenschaft und Praxis des Gesellschaftsrechts tiefgreifend durch das Einströmen ausländischer Gesellschaftsformen und Kapitalmarktstandards. Die Ursachen dafür sind rasch ausgemacht. Der Zuwachs an ausländischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland beruht auf einem „exogenen Schock“: den EuGH-Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* zur Neuinterpretation der Niederlassungsfreiheit.<sup>99</sup> Die zunehmende Verbreitung ausländischer, meist US-amerikanischer Kapitalmarktstandards erweist sich als eine Folge globalisierter Finanzmärkte: Märkte machen Recht!<sup>100</sup> Als ihre Exporteure treten vor allem institutionelle Anleger und Investmentbanken in Erscheinung, die allenthalben auf gleichförmige und ihnen vertraute Rechtsregeln drängen.<sup>101</sup> Ein übriges bewirkt das sog. *Dual Listing* deutscher Unternehmen, die neben dem inländischen Aktien- und Kapitalmarktrecht auch das ausländische Börsenrecht beachten müssen.<sup>102</sup> Darüber hinaus lockern Globalisierungsprozesse generell die sozialen und kulturellen Bindungen des Rechts.<sup>103</sup> Konnte *Montesquieu* noch 1748 in seinem *Esprit des Lois* annehmen, daß die Gesetze den Geist der geographischen Besonderheiten und nationalen Gebräuche atmen<sup>104</sup>, so präsentiert sich

---

that we can make, which again brings us back to the ubiquity of tradeoffs. The key to legal scholarship, in my view, lies in understanding, why and how these tradeoffs should be made.“

<sup>98</sup> *Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*, 2004; dazu die Besprechungen von *Armour* EBOR 2005, 492; *Skeel*, 113 Yale L. J. 1519 (2004); *Tröger* AG 2005, 627; *Wiedemann* ZGR 2006, 240; *Windbichler*, in: Festschrift Röhrich, 2005, S. 693.

<sup>99</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1999, I-1459 – *Centros*; Slg. 2002, I-9919 – *Überseering*; Slg. 2003, I-10155 – *Inspire Art*.

<sup>100</sup> So der plastische Titel von *Ebke*, in: Festschrift Lutter, 2000, S. 17.

<sup>101</sup> Näher *Fleischer* NZG 2004, 1129, 1135.

<sup>102</sup> Dazu *Gruson* AG 2004, 358; *Harrer/Fisher/Evans* RIW 2003, 81.

<sup>103</sup> Allgemein zur Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung *Röhl/Magen*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 17, 1996, S. 1 ff.; zwischen enger und lockerer Koppelung unterscheidend *Teubner*, in: Festschrift Blankenburg (1998), S. 233, 240 ff.

<sup>104</sup> Vgl. *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, 1748, 1. Buch, 3. Kapitel: „[Die staatlichen und bürgerlichen Gesetze] müssen dem Volk, für das sie gelten sollen, so eigentümlich sein, daß sie nur durch einen großen Zufall einem anderen Volk auch gemäß sein könnten. Sie müssen auf Natur und Prinzip der eingesetzten oder einzusetzenden Regierung bezogen sein. [...] Sie müssen mit der physischen Beschaffenheit des Landes übereinstimmen, mit dem eisigen, heißen oder gemäßen Klima, mit der Güte des Bodens, mit Lage und Größe des Landes, mit den Lebensverhältnissen der Völker als Ackerbauer, Jäger oder Hirten.“

die Aktiengesellschaft heute als eine hochtechnisierte Zweckschöpfung des Rechts, die sich von ihren kulturellen und kontextualen Wurzeln weithin gelöst hat.<sup>105</sup>

#### IV. Moderne Herausforderungen

##### 1. Entwicklungslinien gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung

„Scholarship about scholarship“<sup>106</sup> – eine solche Selbstvergewisserung über die Entwicklungsschritte gesellschaftsrechtlicher Forschung hat man im In- und Ausland bislang nur ganz vereinzelt unternommen. Eine verdienstvolle Ausnahme bildet die von *Brian Cheffins* gehaltene Antrittsvorlesung an der Universität Cambridge aus dem Jahre 2003, die fünf mögliche Deutungsmuster in Augenschein nimmt und auf ihre Überzeugungskraft überprüft<sup>107</sup>: (1.) die Vorstellung eines kontinuierlichen juristischen Fortschritts durch die ständige Ansammlung und Auswertung neuen Wissens; (2.) die in unregelmäßigen Abständen erfolgende Verwerfung eines Erklärungsmodells durch ein anderes, wie man sie in den Naturwissenschaften als Paradigmenwechsel zu umschreiben pflegt<sup>108</sup>; (3.) die Vermehrung juristischer Einsichten durch einen marktförmigen Prozeß, in dem Nachfrager und Anbieter von wissenschaftlichen Veröffentlichungen aufeinander treffen<sup>109</sup>; (4.) die fortwährende Wiederkehr immergleicher Fragestellungen, die Rechtswissenschaftler stets aufs neue beschäftigen<sup>110</sup>; (5.) die Herausbildung akademischer Modethemen<sup>111</sup>, welche durch Netzwerkeffekte und Informationskaskaden eine rasche Ausbreitung erfahren.<sup>112</sup>

<sup>105</sup> Näher *Fleischer*, in: Doralt/Kalss (Hrsg.), Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts, 2004, S. 115, 130 ff.

<sup>106</sup> So der Titel des Aufsatzes von *Bryden*, 1992 U. Colo. L. Rev. 641.

<sup>107</sup> Vgl. zu folgendem *Cheffins*, *The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship*, 63 Cambridge L. J. 456, 458 ff. (2004).

<sup>108</sup> Begriff: *Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 2. Aufl., 1976, S. 65 und öfter.

<sup>109</sup> Dazu *Ackerman*, *The Marketplace of Ideas*, 90 Yale L. J. 1131 (1981).

<sup>110</sup> So die These von *Brest*, *Plus ça Change*, 91 Mich. L. Rev. 1945, 1950 (1993): „Taking everything into account, a law student who fell asleep in 1963 and awoke in 1993 would not be astonished by his new surrounds. If he had fallen asleep holding a law review – the soporic power was no weaker in those days – the nature and language of some of the articles would bewilder him, but he would find much that is familiar.“

<sup>111</sup> Plastisch der Aufsatztitel von *Sunstein*, *On Academic Fads and Fashions*, 99 Mich. L. Rev. 1251 (2001); ferner *Bryden*, 1992 U. Colo. L. Rev. 641, 644: „Overemphasis on Glamorous Subjects“; statistische Belege bei *Ellickson*, *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*, 29 J. Legal Stud. 517, 527 (2000).

<sup>112</sup> Vgl. *Sunstein*, 99 Mich. L. Rev. 1251 (2001): „Academics, like everyone else, are subject to cascade effects. They start, join, and accelerate bandwagons. More particularly, they are subject to the informational signals sent by the acts and statements of others [...] It is for these reasons that fads, fashions, and bandwagon effects can be found in academia, including the academic study of law. Fortunately, the underlying forces can spark creativity and give new ideas a chance to prosper.“

Trägt man diese Modelle an das deutsche Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht heran, so ist man schnell mit Einzelbeispielen für den einen oder anderen Erklärungsansatz bei der Hand. So mag man im Aktienrecht von einem „kleinen“ Paradigmenwechsel sprechen, seit der Aktionär nicht mehr nur als Verbandsmitglied, sondern auch als Kapitalanleger und Unternehmensfinancier betrachtet wird.<sup>113</sup> Umgekehrt bildet die soziale Verantwortlichkeit der Aktiengesellschaft eines jener Ewigkeitsthemen, das die Gesellschaftsrechtswissenschaft seit *Walter Rathenau* berühmt gewordenem Vortrag über das Aktienwesen<sup>114</sup> beschäftigt und in unserer Zeit unter dem Stichwort „Shareholder value versus stakeholder value“ wiederkehrt.<sup>115</sup> Schließlich gehören der qualifiziert-faktische Konzern, das Eigenkapitalersatzrecht oder die rechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland zu jenen Modethemen, die Scharen von Gesellschaftsrechtlern (einschließlich des Referenten) angezogen haben wie Licht die Motten.<sup>116</sup>

Die gesellschaftsrechtliche „Introspektion“ zeigt allerdings auch, daß sich die Fortentwicklung des Faches hierzulande nicht monokausal erklären oder gar vorhersagen ließe.<sup>117</sup> Blickt man zunächst auf den Markt für juristische Publikationen, so machen sich Bedenken breit, ob die wissenschaftliche Qualität mit dem zunehmenden Angebot an wirtschaftsrechtlichen Zeitschriften tatsächlich Schritt halten kann: Neben den führenden Archivzeitschriften ZGR und ZHR, die zweimonatlich erscheinen, veröffentlichen monatlich BKR, DZWIR, EWS und RIW, vierzehntägig AG, GmbHR und NZG, sowie allwöchentlich BB, DB, DStR, WM und ZIP gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Aufsätze. Defätisten denken auch in Deutschland an *Fred Rodells* vielzitierten Abgesang auf juristische Zeitschriften: „There are two things wrong with almost all legal writing. One is its style. The other is its content.“<sup>118</sup> Auch das Erklärungsmuster eines unregelmäßigen Paradigmenwechsels will auf unser Fach nicht so recht passen. Zwar zieht *Thomas Kuhn* in seiner Struktur wissenschaftlicher Revolutionen vereinzelt Parallelen zur Rechtswissenschaft<sup>119</sup>,

---

Unfortunately, these same forces can also produce error and confusion.“; für einen allgemeinen Überblick auch *Bikchandani/Hirshleifer/Welch*, Learning From the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades, 12 J. Econ. Persp. 151 (1998).

<sup>113</sup> Vgl. *Fleischer* ZGR 2002, 757, 766 („Paradigmenwechsel“); abschwächend *Zöllner* GesRZ Sonderheft 2004, S. 5 („Verdrängung einer Leitidee durch eine andere“).

<sup>114</sup> Vgl. *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917.

<sup>115</sup> Vgl. zuletzt *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 129 ff. mit umfassenden, auch rechtsvergleichenden Nachweisen.

<sup>116</sup> So das Bild bei *Twining*, 95 L. Q. Rev. 557, 559 (1979): „[I]t is not unknown within jurisprudence for a book-of-the-moment, a robust debate, or some dramatic event to attract the ad hoc attention of swarms of jurists like moths to the flame.“

<sup>117</sup> Für einen ähnlichen Befund in England *Cheffins*, 63 Cambridge L.J. 456, 477 (2004): „[N]o single account of the manner in which legal scholarship evolves is fully convincing.“

<sup>118</sup> *Rodell*, Goodbye to Law Reviews, 23 Va. L. Rev. 38 (1936).

<sup>119</sup> Vgl. *Kuhn* (Fn. 108), S. 37: „In einer Wissenschaft hingegen ist ein Paradigma selten ein Objekt der Wiederholung. Es ist vielmehr der Entscheidung eines Präzedenzfalles im Rechtswesen ähnlich, ein Objekt für weitere Artikulierung und Spezifizierung unter neuen oder strengeren Voraussetzungen.“

doch lehrt die Erfahrung, daß Juristen nicht radikale, sondern inkrementale Reformschritte bevorzugen.<sup>120</sup> Die Stilisierung einer rechtlichen Innovation als organisch gewachsen soll nach Beobachtung mancher sogar ihre Akzeptanz im rechtlichen Diskurs erleichtern.<sup>121</sup> Endlich wird man auch der These eines kontinuierlichen Fortschritts nicht uneingeschränkt beitreten können. Der Fortschritt in der Rechtswissenschaft, zumal in der Rechtsdogmatik, erweist sich als eine erheblich kompliziertere Angelegenheit als in den empirischen Wissenschaften.<sup>122</sup> Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es auch im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht „juristische Entdeckungen“<sup>123</sup> gibt, von denen anderwärts zu handeln ist.

## 2. Zukunftsaufgaben gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung

Wer Wissenschaft als Beruf betreibt, wird sich von Zeit zu Zeit die Frage vorlegen, welche Fortentwicklung das eigene Fach in Zukunft nehmen mag.<sup>124</sup> Ein solcher Blick in die gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Kristallkugel ist nicht ganz ungefährlich.<sup>125</sup> Er sei hier dennoch gewagt und (ver-)führt den Referenten zu fünf Vorhersagen, die freilich ebenso als persönliche Wunschvorstellungen durchgehen mögen.

### a) Rekonfigurierung von Rechtsgebieten

Eine erste Tendenz, die sich schon augenblicklich abzeichnet, betrifft den Zuschnitt der Forschungsgebiete. Diese lassen sich nicht länger in das Prokrustesbett der überkommenen Fächereinteilung zwingen, sondern verlangen nach einer Rekonfigurierung. Das bislang eindrucklichste Beispiel bildet die *Corporate Governance*, die nach den Strukturen der Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung fragt und dabei gesellschafts-, arbeits- und kapitalmarktrechtliche Teilaspekte mit-

<sup>120</sup> Vgl. *Fleischer* ECFR 2005, 378, 393.

<sup>121</sup> Vgl. *Tushnet*, 1998 *Wis. L. Rev.* 579, 581: „Ambitious younger scholars, of whom there is rarely an undersupply, have obvious incentives to discover some novel approach. In general, however, the legal academy’s reward structure requires that novel approaches be one that the younger scholars’ elders can appreciate as continuing a tradition with which the elders are associated.“

<sup>122</sup> Treffend *Alexy* (Fn. 29), S. 328.

<sup>123</sup> Begriff und Beispiele aus dem Zivilrecht (einschließlich des IPR) bei *Dölle*, in: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, Bd. 2, 1959, B 1–B 22.

<sup>124</sup> Ausführlicher zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung neuestens *Fleischer*, *ZGR* 2007, 500ff. Allgemein zum Verhältnis von Wissenschaft und Fortschritt *M. Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, 10. Aufl., 1996, S. 15f.: „Die wissenschaftliche Arbeit ist eingespannt in den Ablauf des Fortschritts. [...] Jeder von uns dagegen in der Wissenschaft weiß, daß das, was er gearbeitet hat, in 10, 20, 50 Jahren veraltet ist. [...] Jede wissenschaftliche „Erfüllung“ bedeutet neue Fragen und will überboten werden und veralten. [...] Wissenschaftlich aber überholt zu werden, ist – es sei wiederholt – nicht nur unser aller Schicksal, sondern unser aller Zweck. Wir können nicht arbeiten, ohne zu hoffen, daß andere weiter kommen werden als wir.“

<sup>125</sup> Zu Prognosen im Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht letzthin *Fleischer* AG 2006, 2 ff.

einander verbindet.<sup>126</sup> Mit ihrer Perspektivenverdoppelung von internen und externen Einflußfaktoren<sup>127</sup> trägt sie zudem zur Verklammerung von Markt und Organisation bei. Ähnliche Grenzüberschreitungen zeigen sich im Bereich der *Corporate Finance*, die sich in Anwaltssozietäten wie in der Wissenschaft als einprägsamer Sammelbegriff etabliert hat. So trägt die betriebswirtschaftliche Finanzierungs-„Bibel“ von *Brealey* und *Myers* den Titel „Principles of Corporate Finance“<sup>128</sup>, und das juristische Echo in Form des vielgelesenen Lehrwerks von *Eilis Ferran* lautet „Company Law and Corporate Finance“<sup>129</sup>. Die jüngste Summe ökonomischer Forschung stammt aus der Feder von *Jean Tirole* und firmiert als „The Theory of Corporate Finance“.<sup>130</sup> In der Sache geht es in diesem Schnittfeld um die Zusammenführung von aktienrechtlicher Finanzverfassung und betriebswirtschaftlicher Unternehmensfinanzierung, die den Blick auf interdisziplinäre Fragestellungen des *financial engineering* eröffnet.<sup>131</sup> Einen dritten Sonderforschungsbereich, der quer zu den traditionellen Disziplinengrenzen liegt, kann man schließlich als *Corporate Reorganization* bezeichnen. Er vereinigt Elemente des Insolvenz-, Kapitalgesellschafts-, Umwandlungs- und Vertragsrechts.<sup>132</sup> Gemeinsam ist allen drei Teilgebieten, daß ihre Abgrenzung nicht gegenstands- oder personen-, sondern *funktionsbezogen* erfolgt. Man darf gespannt sein, wie diese Art der Stoffeinteilung die herkömmliche rechtswissenschaftliche Systembildung beeinflussen wird.<sup>133</sup>

#### b) Identifizierung von Rechtstatsachen

Juristische Probleme lassen sich ohne ein klares Bild von der sozialen Wirklichkeit nicht lösen, oft nicht einmal erkennen.<sup>134</sup> Das gilt namentlich für das Gesellschafts-

<sup>126</sup> Vgl. etwa *Cioffi*, 48 Am. J. Comp. L. 501, 505 (2000): „As used here, the term ‚corporate governance regime‘ refers to an interlocking combination of corporate (or company) law, capital market regulation, and labor relations law into a nationally distinctive and self-enforcing tripartite legal structure that allocates and orders the decision-making powers and processes within the corporate firm.“

<sup>127</sup> Dazu v. *Werder*, Führungsorganisation. Grundlagen der Spitzen- und Leitungsorganisation von Unternehmen, 2005, S. 34 ff.; aus dem juristischen Schrifttum *Merkt* AG 2003, 126.

<sup>128</sup> Vgl. *Brealey/Myers*, Principles of Corporate Finance, 7th ed., 2003; *Brealey/Myers/Allen*, Corporate Finance, 8th ed., 2006.

<sup>129</sup> Vgl. *Ferran*, Company Law and Corporate Finance, 1999.

<sup>130</sup> Vgl. *Tirole*, The Theory of Corporate Finance, 2006.

<sup>131</sup> Zu diesem Schnittfeld bereits *Fleischer*, in: Michalski, GmbHG, 2000, Syst. Darst. 6, Rdn. 1 ff.

<sup>132</sup> In mancher Hinsicht eingefangen und abgebildet nunmehr bei *Knops/Bamberger/Maier-Reimer* (Hrsg.), Recht der Sanierungsfinanzierung, 2005; zuletzt auch *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2006.

<sup>133</sup> Repräsentativ für den klassischen Ansatz *Bydlinski* (Fn. 59), S. 13 ff., der maßgeblich auf das Kriterium der „normativen Spezifität“ abstellt.

<sup>134</sup> Treffend *Chiotellis/Fikentscher*, in: dies. (Hrsg.), Rechtstatschenforschung. Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht, 1985, S. 3: „Wer die Tatsachen besser kennt, entscheidet besser.“

und Kapitalmarktrecht.<sup>135</sup> Nun ist die Forderung nach vermehrter Rechtstatsachenforschung weder neu noch originell.<sup>136</sup> Ungeachtet dessen wartet sie noch immer auf ihre Einlösung<sup>137</sup> und wird auch von staatlicher Seite nur unzureichend unterstützt. So bietet etwa das Statistische Jahrbuch kein aktuelles Zahlenmaterial über die Verbreitung der verschiedenen Gesellschaftsformen. Noch schwerer wiegt die unzureichende statistische Erfassung von Konzernverbindungen.<sup>138</sup> Daß dies der Bildung adäquater Rechtssätze abträglich ist, verdeutlicht ein Blick auf die aktuelle *Corporate Governance*-Debatte: Die europäische Diskussion schießt hier allzu einseitig auf das Phänomen der Trennung von Eigentum und Kontrolle in der Publikumsgesellschaft<sup>139</sup>, das allein die aktienrechtliche Realität in den Vereinigten Staaten und Großbritannien abbildet. Auf dem europäischen Kontinent liegt das Aktienkapital dagegen häufig in den Händen eines Mehrheitsaktionärs<sup>140</sup>, der schon im Eigeninteresse für eine wirksame Überwachung der Leitungsorgane sorgen wird. Viel drängender als das Prinzipal-Agenten-Problem ist daher der Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionär.

Weitere Erkenntnisfortschritte auf dem Feld der Rechtstatsachenforschung sind nach meinem Eindruck von einer Intensivierung der *cross-country-comparison* zu erwarten. Verdienstvolle Vorarbeiten von ökonomischer Seite unter dem Sammelbegriff „Law and Finance“ liegen vor.<sup>141</sup> Sie legen den Schluß nahe, daß anleger-schützende Vorschriften und ihre wirksame Durchsetzung eine wesentliche Voraussetzung für entwickelte und liquide Kapitalmärkte bilden. Zukünftige länderübergreifende Studien sollten in engerer Zusammenarbeit mit Wirtschaftsrechtsvergleichern die juristischen Basisdaten verfeinern<sup>142</sup> und neben dem *law in the books* auch das *law in action* mitsamt seinem aufsichtsrechtlichen und zivilpro-

<sup>135</sup> Vgl. etwa *Mestmäcker* (Fn. 96), S. 103, 108 f.; für einen frühen Versuch *Geiler*, *Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 68 (1927), 593 ff.

<sup>136</sup> Programm: *Arthur Nußbaum*, *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht* (1914); später *ders.* *AcP* 154 (1955), 453; ferner *Hartwig*, *Rechtstatsachenforschung im Übergang*, 1975; *Röhl*, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*.

<sup>137</sup> Vgl. für die deutsche Privatrechtswissenschaft etwa *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, § 29 III 2 b, S. 573: „Das Verschwinden dieser Forschungsrichtung [i.e. die Rechtstatsachenforschung] ist einer der bedauerlichsten Verluste unseres zivilrechtlichen Forschungsinstrumentars.“; für die US-amerikanische Rechtswissenschaft etwa *Rhode*, 115 *Harv. L. Rev.* 1327, 1340 (2002): „The result is that, on many key legal issues, we are glutted with theory and starved for facts.“

<sup>138</sup> Vgl. *Emmerich/Habersack*, *Konzernrecht*, 8. Aufl., 2005, § 1 II 1, S. 3, wonach es nach wie vor an repräsentativem statistischen Material fehlt.

<sup>139</sup> Grundlegend *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.

<sup>140</sup> Vgl. zuletzt *DAI*, *Dax-Aktionärsstrukturen*, 2005.

<sup>141</sup> Vgl. *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, *Legal Determinants of External Finance*, 52 *Journal of Finance* 1131 (1997); *dies.*, *Law and Finance*, 106 *Journal of Political Economy* 113 (1998); *dies.*, *Investor Protection and Corporate Governance*, 58 *Journal of Financial Economics* 3 (2000); *dies.*, *Investor Protection and Corporate Valuation*, 57 *Journal of Finance* 1147 (2002); *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, *Corporate Ownership around the World*, 54 *Journal of Finance* 471 (1999).

<sup>142</sup> Zur Kritik an den bisherigen Studien etwa *Garrido García RabelsZ* 69 (2005), 761, 764 ff.

zessuaem Bezugsrahmen mitbedenken. Auf diese Weise könnte allmählich eine neue, theoretisch abgesicherte und empirisch gehaltvolle Teildisziplin entstehen: *Comparative Company Law and Economics*.<sup>143</sup>

### c) Evaluierung von Rechtsreformen

Eine dritte Herausforderung bildet die empirische Erfolgskontrolle von Reformgesetzen. Ihre Notwendigkeit ergibt sich aus dem dialektischen Entwicklungsmuster des Aktien- und Kapitalmarktrechts, das häufig skandalgetrieben voranschreitet<sup>144</sup> und geradezu reflexartig auf spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche oder geplatzte Spekulationsblasen reagiert.<sup>145</sup> Ein amerikanischer Kollege hat dafür den plastischen Ausdruck „Bubble Laws“<sup>146</sup> geprägt. Das jüngste Beispiel bieten die hektischen Gesetzesänderungen im Gefolge der Bilanzierungsskandale in Europa und den Vereinigten Staaten, die auf mehr oder minder plausiblen, aber zumeist intuitiven Annahmen über bestimmte Wirkungszusammenhänge beruhen. Angesichts ihrer Entstehungsvoraussetzungen, die durch eine öffentlich geschürte Erwartungshaltung und politischen Handlungsdruck gekennzeichnet waren, sind legislative Fehlsteuerungen vorprogrammiert und nachträgliche Erfolgskontrollen unverzichtbar. Zur Illustration mögen die Regelungen des US-amerikanischen *Sarbanes-Oxley-Act* von 2002<sup>147</sup> und die Empfehlungen der EU-Kommission von 2005 über die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern und die Einrichtung von Prüfungsausschüssen<sup>148</sup> dienen. Die theoretischen Argumente über ihre Vor- und Nachteile sind ausgetauscht<sup>149</sup>; zusätzlichen Erkenntnisfortschritt versprechen allein empirische Befunde. Sie fallen überwiegend ernüchternd aus: Verwaltungsräte, die mehrheitlich mit unabhängigen Direktoren besetzt sind, tragen nach verschiedenen Studien nicht zur Verbesserung des Unternehmenserfolges bei.<sup>150</sup> Ähnliches gilt für die Berufung finanzkundiger Experten zu Mitgliedern des Prüfungsausschusses.<sup>151</sup> Die Beispiele legen den Schluß nahe, daß kriseninduzierte Aktien- und Kapitalmarktgesetzgebung in besonderem Maße anfällig ist für überschießende

<sup>143</sup> Für eine erste Skizze *Fleischer*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 827, 846 ff.

<sup>144</sup> Vgl. für Deutschland *Fleischer* (Fn. 65), F 14; für England *Rider*, 1 Int. & Comp. Corp. L. J. 271, 296 (2000): „The history of financial service regulation in Britain records that, in the main, reform is scandal driven.“

<sup>145</sup> Für einen guten Überblick in Deutschland *Zimmer*, in: Schwintowski (Hrsg.), Entwicklungen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht. Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Immenga, 2001, S. 39, 45 ff.; aus US-amerikanischer Perspektive *Banner*, What Causes New Securities Regulation? 300 Years of Evidence, 75 Wash. U.L.Q. 849 (1997).

<sup>146</sup> So der Aufsatztitel von *Ribstein*, 40 Hous. L. Rev. 77 (2003).

<sup>147</sup> Vgl. 116 Stat. 745, Public Laws 107–204 – July 30, 2002.

<sup>148</sup> Vgl. ABL. EU Nr. L 52/51.

<sup>149</sup> Zusammenfassend *Spindler* ZIP 2005, 2033.

<sup>150</sup> Vgl. zuletzt *Helland/Sykuta*, Who’s Monitoring the Monitor? Do Outside Directors Protect Shareholders’ Interests?, 40 The Financial Review 155 (2005).

<sup>151</sup> Vgl. zuletzt *Defond/Hann/Hu*, Does the Market Value Financial Expertise on Audit Committees of Boards of Directors?, 43 Journal of Accounting Research 153 (2005).

oder ineffiziente Regulierung<sup>152</sup> und daher durch institutionelle Schutzvorkehrungen eingehegt werden muß.<sup>153</sup> Hierzu könnten zeitliche Befristungen von Reformregelungen<sup>154</sup> oder gesetzlich verankerte Prüfaufträge nach Ablauf einer Erprobungsphase gehören.<sup>155</sup>

Der Ruf nach mehr Empirie<sup>156</sup> ist selbstverständlich nicht auf aktien- und kapitalmarktrechtliche Maßnahmegesetze beschränkt. Er gilt generell für die Realfolgen gesetzlicher Regelungen<sup>157</sup> und führt uns die „sozialtechnologische“ Dimension der Rechtswissenschaft vor Augen, die keineswegs eine Selbstbeschränkung, sondern eine Erweiterung ihres Potentials bedeutet.<sup>158</sup> Gerade in Umbruchszeiten, wie wir sie mit der Europäisierung des Privatrechts und der leichten (Ver-)Formbarkeit gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Gesetzesregeln erleben, bildet die Folgenanalyse von Rechtsnormen und ihre Inbezugsetzung zu vorgegebenen gesetzlichen Zielen eine zentrale Zukunftsaufgabe. Der mögliche Einwand, eine solche Erfolgskontrolle sei zu aufwendig oder kostspielig, verspricht im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht nicht viel: Wer die Regalreihen ökonomischer Seminarbibliotheken abschreitet, findet dort Seite an Seite das *Journal of Accounting Research*, das *Journal of Accounting and Economics*, das *Journal of Accounting, Auditing and Fi-*

<sup>152</sup> Für einen ähnlichen Befund *Romano*, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, 114 *Yale L. J.* 1521, 1602 (2005): „The more general implication is the cautionary note that legislating in the immediate aftermath of a public scandal or crisis is a formula for poor public policymaking (at least in the context of financial market regulation).“; ferner *Ribstein*, 40 *Hous. L. Rev.* 77, 82 (2003): „[L]awmakers regulating in a crash are likely to ignore or minimize regulatory costs.“

<sup>153</sup> Eine „humble regulation“ fordernd *Ribstein*, *Sarbox: The Road to Nirvana*, 2004 *Mich. St. L. Rev.* 279, 296.

<sup>154</sup> Allgemein zu Zeitgesetzen *Böhret/Hugger*, *Test und Prüfung von Gesetzentwürfen*, 1980, S. 16 ff.; *Reisinger*, in: *Winkler* (Hrsg.), *Rechtstheorie und Rechtssystematik*, 1975, S. 155 ff.; im Zusammenhang mit der Kapitalmarktregulierung *Romano*, 114 *Yale L. J.* 1521, 1600–1602 (2005); *Ribstein*, 2004 *Mich. St. L. Rev.* 279, 297: „Third, humble regulation might have sunset provisions.“

<sup>155</sup> Ausführlicher dazu *Fleischer*, in: *Festschrift Priester*, 2007, im Erscheinen. Ähnliche Vorschläge bei *Clark*, *Corporate Governance Changes in the Wake of the Sarbanes-Oxley Act: A Morality Tale For Policymakers Too*, *Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Discussion Paper No. 525 (September 2005).

<sup>156</sup> Ebenso *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl., 2005, Vorwort zur 3. Aufl., S. VIII: „Was bleibt zu tun? Die Entwicklung der Rechtswissenschaft in Europa hin zu einer stärker rechtsfolgenorientierten Gesetzgebungswissenschaft bedeutet, daß das Arbeiten mit empirisch überprüfbareren Theorien über die Wirkungen bestimmter Rechtsregeln in der Realität zunehmend zum Kern der Tätigkeit auch kontinentaleuropäischer Rechtswissenschaftler gehören wird. Damit steigt die Bedeutung empirischer Forschung innerhalb der Rechtswissenschaft.“

<sup>157</sup> Ausführlich zur Folgenantizipation durch den Gesetzgeber und der Erfolgskontrolle von Gesetzen *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 92 ff.; *van Aaken* (Fn. 8), S. 156 ff.

<sup>158</sup> Eingehend dazu *Albert*, *Kritischer Rationalismus*, 2000, S. 72: „Man kann also die Aufgabe einer rationalen Jurisprudenz als einer technologischen Disziplin folgendermaßen formulieren. Sie hat effiziente Normen zu konstruieren, das heißt Normen, deren Installierung nach unserem Wissen als wirksame Mittel im Sinne bestimmter hypothetisch vorausgesetzter Zwecke angesehen werden können.“

nance, das *Journal of Accounting Literature*, das *Journal of Finance*, das *Journal of Financial Intermediation*, das *Journal of Corporate Finance* usw. – jedes von ihnen gefüllt mit tatsachengesättigten Erhebungen über kapitalmarktrelevante Lebenssachverhalte. Es stünde schlecht um die empirische Kapitalmarktforschung, sollten alle diese Studien für die Kapitalmarktregulierung ohne jeden Nutzen sein. Wünschenswert wäre allerdings, wenn hierzulande noch stärker auf deutsche Datensätze zurückgegriffen würde.<sup>159</sup>

#### d) *Domestizierung von Rechtstransplantaten*

Stärkere Beachtung verdient des weiteren die Rezeption ausländischer Rechtsfiguren, die manche als wesentlichen Faktor für die Fortentwicklung des Rechts betrachten<sup>160</sup>, andere hingegen wegen unüberbrückbarer rechtskultureller Unterschiede als unmöglich ansehen.<sup>161</sup> Im Aktien- und Kapitalmarktrecht sind solche *legal transplants* Legion<sup>162</sup>; sie beschränken sich nicht auf die „Rechtsleihe“ durch Gesetzgeber oder Spruchpraxis, sondern schließen auch kautelarjuristische Vertragsmuster ein<sup>163</sup> und stellen insoweit hohe Anforderungen an die Synthetisierungskraft der hiesigen Zivilrechtsdogmatik. Insgesamt handelt es sich um einen Vorgang von beträchtlicher Tragweite, der dringend einer umfassenden Aufarbeitung bedarf.<sup>164</sup> In diesem Sinne steht der Ausdruck *corporate transplant* für ein aktien- und kapitalmarktrechtliches Forschungsprogramm, das sich freilich nur im fächerübergreifenden Zusammenwirken von Rechtsvergleichern, Rechtssoziologen und Rechtsdogmatikern angemessen bewältigen läßt.<sup>165</sup> Die Leitfragen lauten: Warum werden Rechtstransplantate eingeführt? Woher stammen sie? Wer sind die Re-

---

<sup>159</sup> Für ein Beispiel aus jüngster Zeit etwa *Löffler/Panther/Theißen*, 14 *Journal of Financial Intermediation* 466 (2005) über den deutschen Graumarkt für Neuemissionen und seine Prognosekraft im Hinblick auf den ersten Börsenkurs.

<sup>160</sup> Vgl. *Watson*, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., 1993, S. 21 ff. und passim.

<sup>161</sup> Vgl. *Legrand*, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997) unter dem pointierten Titel „The Impossibility of Legal Transplants“; kritisch auch *Teubner*, 61 *Mod. L. Rev.* 11, 12 (1998), der von „legal irritants“ spricht und so seine – nicht unberechtigten – Grundzweifel daran zum Ausdruck bringt, daß sich fremde Rechtsfiguren bedeutungsgleich in ein anderes Normumfeld einfügen lassen.

<sup>162</sup> Für einen orientierenden Überblick *Fleischer NZG* 2004, 1129.

<sup>163</sup> Vgl. zuletzt *Kötz*, *Der Einfluß des Common Law auf die internationale Vertragspraxis*, in: *Festschrift Heldrich*, 2005, S. 771.

<sup>164</sup> Ähnlich die Einschätzung bei *Wiegand*, in: *Liber Amicorum Buxbaum*, 2000, S. 601, 602: „Es handelt sich um einen epochalen Vorgang, der bisher nicht die nötige Beachtung gefunden hat.“

<sup>165</sup> Treffend *Nelken*, in: *ders. (ed.), Comparing Legal Cultures*, 1997, S. 9: „It is likely therefore that both comparativists and sociologists of law would achieve more in partnership than in polemic.“

zeptionsträger? Wann ist mit ihrer komplikationslosen Aufnahme, wann mit allfälligen Abstoßungserscheinungen zu rechnen?<sup>166</sup>

e) *Transformierung von außerrechtlichen Argumenten*

Die schwierigste und wohl umstrittenste Zukunftsaufgabe betrifft die Einbeziehung außerrechtlicher Argumente in den rechtswissenschaftlichen Diskurs. Man denkt hier unwillkürlich an *Windscheids* warnende Worte aus seiner Rede über die ‚Aufgaben der Rechtswissenschaft‘, wonach ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen „nicht Sache des Juristen als solche sind“<sup>167</sup>. Soll man, kann man dabei stehen bleiben oder setzt man sich damit dem Spott aus, daß die Rechtswissenschaft eine „dem Zentrum des Geistes entlegene Provinz [ist], die dem Fortschritt nur langsam nachzuhumpeln pflegt“<sup>168</sup>?

Einigkeit sollte jedenfalls im Ausgangspunkt herrschen, daß eine hermetische Abschirmung der Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarfächern heute weniger denn je in Betracht kommt.<sup>169</sup> Allerdings droht die *Fähigkeit* zu wissenschaftlicher Kooperation in dem Maße abzunehmen, wie ihre *Notwendigkeit* wächst. Die Ausdifferenzierung der Wissenschaften<sup>170</sup> und die Verfeinerung ihrer Methoden erschweren die fächerübergreifende Zusammenarbeit. Dieser Zwischenbefund führt zu der Schlußfolgerung, daß *arbeitsteiliges* Zusammenwirken zwischen den angrenzenden Disziplinen unverzichtbar wird<sup>171</sup>: Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtler müssen die Ergebnisse der theoretischen und empirischen Kapitalmarktforschung *interpretieren* und *nicht duplizieren*. Dazu bedarf es freilich eines Grundverständnisses wirtschaftswissenschaftlicher Fundamentalkonzepte, das den jungen Juristen spätestens im Postgraduiertenstudium vermittelt werden muß. In einer Umfrage unter Ökonomie- und Juraprofessoren unter dem Titel „What Should La-

<sup>166</sup> Weiterführend und vertiefend die beiden Sammelbände von *Nelken/Feest* (eds.), *Adapting Legal Cultures*, 2001, und *Nelken* (ed.), *Comparing Legal Cultures*, 1997; aus französischer Sicht die zahlreichen Einzelbeiträge in *Archive de philosophie du droit* 45 (2001) 7–267 unter dem Generalthema „L’américanisation du droit.“

<sup>167</sup> *Windscheid*, in: Oertmann (Hrsg.), *B. Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 122; erläuternd *Rückert* *JuS* 1992, 902, 907, der beklagt, daß diese Stelle meist „einäugig“ verwendet werde.

<sup>168</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. IV (Vorwort zur 1. Aufl.).

<sup>169</sup> Ähnlich schon *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* 1, 2. unveränderte Aufl., 1976, Vorwort, S. 7: „Zunächst haben sich auch die Umweltbedingungen für Recht so verändert, daß eine isolierte Jurisprudenz bald zu einer verständnislosen Jurisprudenz würde.“

<sup>170</sup> Zur Ausdifferenzierung des Rechts der gleichnamige Sammelband von *Luhmann*, 1999.

<sup>171</sup> Dazu bereits *Sauermann*, in: *Raiser/Sauermann/Schneider* (Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, 1964, Einführung, S. VI: „Wie kann sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsprechung eine optimale Arbeitsteilung zwischen Juristen und Ökonomen herbeigeführt werden?“; aus dem US-amerikanischen Blickwinkel *Epstein*, 115 *Harv. L. Rev.* 1288, 1291 (2002): „The division of labor matters, and lawyers qua lawyers have no comparative advantage in doing empirical work. (...) Lawyers should be able to understand, interpret and critique the work of social scientists, not replicate it.“

wyers Know About Economics?“ finden sich in dieser Reihenfolge das Konzept der Opportunitätskosten, das *Coase*-Theorem, die Grenzkosten-Betrachtung, das Marktgleichgewicht und die ökonomische Effizienz, also vor allem Grundbegriffe der Mikroökonomie.<sup>172</sup>

Mit der Einsicht in die Notwendigkeit arbeitsteiliger Spezialisierung ist das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, welches den Gesellschaftsrechtlern besonders am Herzen liegt, allerdings noch nicht geklärt.<sup>173</sup> Es wurde in der Vergangenheit häufig als eines von Haupt- und Hilfswissenschaften angesehen. Dabei hatte man ein „genau bestimmtes *Proprium* der jeweiligen Disziplin“<sup>174</sup> und eine auf wechselseitige Abgrenzung bedachte Arbeitsteilung vor Augen. Vorsichtige Versuche zur Überwindung dieser disziplinären Differenzierung wurden im Jahre 1963 auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik unternommen. Einer der Referenten hat sie in der Bemerkung zusammengefaßt, das Recht liefere der Wirtschaftswissenschaft Daten, die Wirtschaftswissenschaft den Juristen Informationen.<sup>175</sup> Zehn Jahre später hat ein von *Dieter Grimm* herausgegebener Sammelband zu dem Thema „Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft“ die Notwendigkeit einer noch engeren Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen bekräftigt, aber auch ihre Grenzen aufgezeigt.<sup>176</sup> Heute haben sich die Wechselbezüge und Abhängigkeiten beider Disziplinen noch verstärkt: Der *Verrechtlichung* aller Wirtschaftsprozesse entspricht eine *Ökonomisierung* des Rechts.<sup>177</sup> Geblieben ist die Sehnsucht nach einer Synthese, die sich vor allem in Gestaltungsfragen der Wirtschaftspraxis andeutet: Synthetische Arbeitsfelder bieten etwa Entscheidungen über die Rechtsformwahl, die Satzungsgestaltung oder die Aufsichtsratsorganisation.<sup>178</sup>

<sup>172</sup> Vgl. *Whaples/Morriss/Moorhouse*, 48 J. Leg. Education 120 (1998).

<sup>173</sup> Zur frühen Phase wechselseitiger Nichtbeachtung *Nußbaum* (Fn. 136), S. 6, der erklärte, „daß die Lehren der Nationalökonomie, abgesehen von ihrem allgemeinen Bildungswert, den Juristen in seinen beruflichen Aufgaben wenig fördern können.“; ferner die Beobachtung von *Walter Eucken*, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 8. Aufl., 1965, S. 241: „Rechtsdenken und nationalökonomisches Denken sind im Laufe des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts ihre besonderen Wege gegangen und haben sich nur selten berührt.“

<sup>174</sup> So die rückblickende Beschreibung von *Schanze*, in: Wittmann u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, 5. Aufl., 1993, Stichwort: Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, Sp. 3759, 3769.

<sup>175</sup> Vgl. aus ökonomischer Sicht *Veit*, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Fn. 171), S. 8, 9: „Die Querverbindung ist denkbar nach folgender Theorie: Das Rechtsleben setzt der Wirtschaftswissenschaft Daten; die Rechtswissenschaft erfährt von der Wirtschaftswissenschaft, was über die ‚Natur der Sache‘ zu wissen ist.“; zustimmend aus juristischer Sicht *Coing*, ebenda, S. 1, 2.

<sup>176</sup> Vgl. aus juristischer Sicht die Summe von *Raisch/K. Schmidt*, in: Grimm (Fn. 169), S. 143, 166: „Zusammenfassend kann dieser Beitrag als ein mit Vorbehalten versehenes Plädoyer für engere Zusammenarbeit der beiden Disziplinen bezeichnet werden. Die gegen die einfache Übertragbarkeit ökonomischer Begriffe und Erkenntnisse in den Rechtsraum vorgebrachten Bedenken sollen diese Forderung nicht entwerten, sondern erst erfüllbar machen.“

<sup>177</sup> Dazu *Schanze* (Fn. 174), Sp. 3759, 3769.

<sup>178</sup> Näher *Schanze* (Fn. 174), Sp. 3759, 3770, der daraus auch curriculare Schlußfolgerungen zieht: „Diese Zusammenarbeit läßt Bilder einer ‚interdisziplinären Kooperation‘ von Fachleuten aus getrennten Wissenschaftsbereichen hinter sich, da sie bereits neuartige synthetische Berufs-

Vorerst ungelöst bleibt die Frage, ob ökonomische Einsichten nicht nur die *Gesetzgebung* befruchten, sondern auch in die *Rechtsanwendung* einfließen können.<sup>179</sup> Eine gründliche methodische Fundierung des Umgangs mit solchen außerrechtlichen Argumenten steht noch aus.<sup>180</sup> Nach meinem Eindruck ist hier Behutsamkeit am Platze. Wo uns die ökonomische Theorie Ergebnisse bereitlegt, *beginnt* die eigentliche Aufgabe des Gesellschaftsrechtlers: Er darf sich nicht mit einer unreflektierten Teil- oder Vollrezeption wirtschaftswissenschaftlicher Theorien begnügen<sup>181</sup>, sondern muß jedes ökonomische Einzelargument auf der juristischen Ebene erneut überprüfen und dem dogmatischen Zugriff zugänglich machen, sofern er es für überzeugungskräftig hält. Dabei hat er stets zu beachten, daß sich ökonomische Argumente *de lege lata* der Autorität des Gesetzgebers beugen müssen, wenn dieser bei der tatbestandlichen Einzelausformung, z. B. im Rahmen des Insiderhandelsverbots oder der Ad-hoc-Publizität, einer bestimmten rechtspolitischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Einschätzung zum Durchbruch verholfen hat.<sup>182</sup> In diesen Grenzen wird ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen den beiden Nachbardisziplinen aber auch künftig dazu beitragen, gesellschaftsrechtliche Probleme besser zu verstehen und sie dauerhaft tragfähigen, weil argumentationsgesättigten Lösungen zuzuführen.

---

bilder entwickelt hat, in denen fachspezifisch, teils mit internationaler Orientierung, eine disziplinäre Differenzierung aufgehoben ist. Diese neuen Berufsbilder stellen eine besondere Herausforderung für die universitäre Ausbildung in beiden Bereichen dar. Eine erste curriculare Antwort sind Mischstudiengänge (z. B. BWL/Jura/Fremdsprachen).“

<sup>179</sup> Ablehnend *Raisch/K. Schmidt* (Fn. 176), S. 143, 153; zurückhaltend auch *Eidenmüller* (Fn. 156), S. 414 ff., 450 ff., der die ökonomische Analyse des Rechts in erster Linie als eine Gesetzgebungstheorie ansieht und ihr bei der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung nur eine begrenzte Rolle zuweist; ferner *Langenbacher*, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, S. 30, wonach eine Ausweitung richterlicher Argumentation bei der Rechtsfortbildung auf außerrechtliche Argumente nicht begründbar sei.

<sup>180</sup> Auf dieses Forschungsdefizit hinweisend auch *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2005, S. 233 ff.

<sup>181</sup> Anschaulich *Assmann*, in: *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, 2. Aufl., 1993, S. 17, 60: „Die Brauchbarkeit der ÖAR liegt damit auf der Ebene minutiöser Steinbrucharbeit. Das Privatrecht ist aber selbst als Teil des Wirtschaftsrechts dazu aufgerufen, welche ‚Bruchstücke‘ oder ‚Abbauverfahren‘ der ÖAR es wie übernehmen kann.“

<sup>182</sup> Dazu auch *Grundmann* *RabelsZ* 61 (1997), 423, 437.

## Wissenschaft und Recht im Kulturvergleich

Kommentar zu Wolfgang Ernst: Gelehrtes Recht – Recht und  
Rechtswissenschaft aus der Sicht des Zivilrechtslehrers –  
und Holger Fleischer: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissen-  
schaftliche Disziplin – Das Proprium der Rechtswissenschaft –

*Wolfgang Fikentscher*

### I.

Für Wolfgang Ernst besteht Wesen und Aufgabe der Rechtswissenschaft darin, Rechtskenntnisse, die das Gesamte der Rechtsordnung repräsentieren sollen, in ein geordnetes System zu bringen (S. 4 f.). Dies verwirkliche, so Ernst, die kontinentale, aber inzwischen wohl weltweit bestimmende Art der Rechtswissenschaft in ihrer an erster Stelle stehenden Ausbildungsfunktion (S. 5, 22). Das bedinge die Betonung eines strictly legal point of view (S. 12, 14, 22, 34), ohne den es zum Orientierungsverlust kommen könne (S. 14), weil eine Vermengung mit außerjuristischen Tatbeständen drohe (S. 12 f.). Aber gerade eine solche Selbstbesinnung der Rechtswissenschaft auf sich selbst fordert dann zu interdisziplinärem Austausch heraus.

Bei Holger Fleischer ist diese „Einbettung“ der fachfremden Quellen in die Rechtswissenschaft das zentrale Thema. Fleischer führt sie am Beispiel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts im einzelnen durch, Gebiete, auf denen ohne wirtschaftswissenschaftliche Quellen nicht auszukommen ist (S. 52 ff.). Das leitet Fleischer zu der rechtstheoretischen Frage, was für den Juristen entscheidungserhebliche Tatsachen seien. Fleischer rät zu einem behutsamen Hin- und Herwandern des Blicks unter Berücksichtigung der lex lata (S. 75 f.), wobei es gelte, neue Bahnen zu beschreiten.

Um dies vorwegzunehmen: Mit beiden Hinweisen kann man sich nur einverstanden erklären. Der strictly legal point of view bei Ernst ist für die rechtswissenschaftliche Arbeitsweise ebenso unverzichtbar wie die Kontrolle fachfremder Quellen durch das Recht, wie Fleischer sie fordert.

Insgesamt ist die Abhandlung von Ernst eher normsetzungs-, die von Fleischer mehr rechtsanwendungsorientiert, was eine reizvolle gegenseitige Ergänzung darstellt. Dabei erscheint – ein erster Eindruck – die Rechtsanwendung fremdquellenoffener zu sein als die Normsetzung. Bei näherer Betrachtung zeigt sich ein mög-

licher Grund: Die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft birgt offenkundig zwei zu trennende Abgrenzungen: Das Recht ist ein Sollensforum neben anderen, wie Moral, Religion, Sitte, Etiquette, usw. Der gegen Geltungsansprüche anderer Foren zu behauptende strictly legal point of view legt dar, dass das Recht als eigenständiges normatives Forum nicht ohne Schaden für die menschliche Gemeinschaft durch andere Foren wie Moral<sup>1</sup> oder Religion<sup>2</sup> oder einen der im Folgenden zu diskutierenden „Realismen“ ersetzt werden kann (dies als Zustimmung zu Ernst). „Fachfremde Quellen“ sind im Unterschied zu konkurrierenden Foren vorwiegend Tatsachen und Tatsachenhäufungen, z.B. politischer, kultureller oder wirtschaftlicher Art, ohne zunächst normersetzenden, mit dem Recht konkurrierendem Anspruch (siehe aber die folgende Realismuskussion). Hier liegt die Gefahr für das Recht in einer naiven, oberflächlichen oder verkürzten Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit dieser Tatsachen (dies zustimmend zu Fleischer). Auch der radikalste Vertreter einer „law-as-fact“- oder „fact-as-law“-Rechtstheorie wird eine eher stärkere Betonung des Normcharakters des Rechts und eine mehr hervorgehobene Sachorientierung des Rechts zu unterscheiden vermögen. Das Recht muss sich also sowohl gegen konkurrierende Foren als auch gegen Anmaßungen einer fruchtlosen Faktizität verteidigen.<sup>3</sup> Darin liegt der Kern der beiden zu treffenden Abgrenzungen, um das Proprium des Rechts zu gewinnen. Darum erscheint auch die von Fleischer in den Mittelpunkt gestellte (gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche) Normanwendung auf den ersten Blick fremdquelleneigiger als die von Ernst vor allem behandelte Normsuche und Normvermittlung. Das ist nicht anders zu erwarten, denn es liegt am Unterschied zwischen Sollen und Sein.

Näher kann angesichts der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit und abgesehen von den im Folgenden eingestreuten Bemerkungen zu den beiden Autoren weder auf die Inhalte noch auf einen Vergleich der beiden umfang- und facettenreichen Beiträge eingegangen werden.<sup>4</sup> Der eigene kulturvergleichende Standpunkt lässt sich wie folgt kennzeichnen:

---

<sup>1</sup> Adolf Hitler auf dem Reichsparteitag 1935 in Nürnberg: „Von nun an gibt es keinen Unterschied mehr zwischen Recht und Moral“.

<sup>2</sup> Theokratien ist historisch nie ein bleibender Erfolg beschieden gewesen; zum Islam als – von einigen Autoren behauptete – theokratische Regierungsform siehe unten V.

<sup>3</sup> Die Gewinnung entscheidungserheblicher und das Kriterium für die Ausscheidung entscheidungsirrelevanter Tatsachen wird durch ein Verfahren gewährleistet, das an anderer Stelle als die Bestimmungen eines „oberen“ und eines „unteren hermeneutischen Umkehrpunktes“ bei der Herrichtung der einen Fall entscheidenden Fallnorm entwickelt und näher dargelegt wurde, dazu unten Anm. 21.

<sup>4</sup> Es sei statt dessen erlaubt, im Sinne der hier vorgesehenen Kommentierung in den Fußnoten auf eigene frühere Versuche zum Thema hinzuweisen.

## II.

Das Proprium der Rechtswissenschaft besteht aus einem solchen der Wissenschaft und einem solchen des Rechts. Bei beiden geht es um kulturelle Spezifika. Von dem, was Wissenschaft und was Recht sind, hat jede kulturelle Denkart eine verschiedene Vorstellung. Was hier folgt ist „unsere“ „westliche“ Auffassung von Wissenschaft und von Recht. Für uns „Westler“ liegt die Wissenschaftlichkeit des Rechts in der Verallgemeinerung und Verbesonderung geltender oder wünschenswerter Rechtsregeln in dogmatisch-, historisch- und vergleichend-kritischer Betrachtung. Das Gegenstück zu der in dieser Weise sehr kurz umrissenen Rechtswissenschaft ist die (lernbare) Rechtspraxis. Sie muss in diesem Zusammenhang – so wichtig sie ist – auf der Seite gelassen werden. Wiederum, die genannten Definitionen von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis entsprechen unserem Kulturbereich. Andere Kulturen verfügen über je eigene Beschreibungen wissenschaftlichen oder gelernten Umgangs mit Recht.

Zur Deutung „westlicher“ Kultur ist, was Wissenschaft (und gelernte Praxis) anlangt, die Urteilslehre des Parmenides (540–475 v. Chr.) noch immer bestimmend. Parmenides gilt als Haupt der in Elea, Süditalien, durch den wenig älteren Xenophanes gegründeten Philosophenschule. Entscheidend ist für Parmenides' Ontologie (Lehre vom Sein) eine Dualität von unabänderlichem wahren, gerechten und einheitlichen (*hen kai pan*) Sein, das mit dem Denken identisch ist, auf der einen Seite,<sup>5</sup> und die den Sinnen zugängliche, allerdings ebenfalls werthaltige Scheinwelt des menschlichen Lebens auf der anderen. Jeder einzelne Mensch ist dadurch in der Lage, die ihn umgebende Welt daraufhin zu beurteilen, ob sie dem wahren Sein mehr oder weniger entspricht. Innerhalb dieser allgemeinen Urteilsmöglichkeit entstehen für den Menschen die drei möglichen besonderen Beurteilungen, ob etwas wahr, gerecht, oder schön ist (so – vielleicht über Parmenides hinausgehend – Plato im Parmenides-Dialog). Parmenides nimmt also Objekt und Subjekt auseinander und verbindet beides mit dem Denken des Wahren, Guten und Schönen, so dass sich der Betrachter ein kritisches Urteil über Wahrheit, handlungslenkendem Wohlverhalten und Ästhetik bilden kann.

Das parmenideische kritische Urteil prägt die „westliche Welt“ in kulturbestimmender Weise. Anderen kulturbestimmenden Denkart ist es fremd. Dort begegnet es eher der Zurückhaltung oder der Ablehnung. So könnte es z. B. in vielen Varianten des Animismus auf eine Herabwürdigung anzustrebender Harmonie mit der Natur hinauslaufen; oder, wie im Buddhismus, als an-die-Welt-bindend und daher den falschen Wegweisend verstanden werden; oder, wie im Islam, einfach

---

<sup>5</sup> In Parmenides' Weltgedicht lehrt bemerkenswerter Weise die menschliche, d.h. die den Stadtstaat (*polis*) legitimierende Gerechtigkeit (*Dike*) die Wahrheit. Die noch bei Homer angerufene mythische Gerechtigkeit (*Themis*) der vorachsenzeitlichen Periode spielt bei Parmenides keine Rolle mehr.

unzulässig sein, weil Allah die Welt vollkommen erschaffen und ein solches Urteil als allein ihm zustehend mit Wirkung für die Ewigkeit schon gefällt hat.

Für den Parmenides-Schüler Sokrates ergibt sich aus der Trias von Subjekt, Denken und Objekt die reale Existenz annäherungsfähiger, absolut gültiger Ideen. Für den Sokrates-Schüler Plato folgt in einem dritten Schritt das Erkenntnismittel Dialog zum Zwecke der Annäherung an diese existenten Ideen, so dass bei Plato die Theorie der möglichen zumindest teilweisen Erkenntnis (episteme) der wahren Ideen zutage tritt. Für die Abgrenzung zu anderen Denkart ist wichtig, dass der Dialog ein Begriff aus der griechischen Erkenntnistheorie ist. Ausserhalb der parmenideischen Dualität von gedanklichem Sein und anschaulicher Erfahrung hat ein Dialog keinen Sinn, oder muss als Sprechaktion mehrerer Beteiligter neu gedeutet werden.

Auf parmenideisch-platonischer Grundlage knüpfte Kant wieder an griechische Ontologie und Epistemologie an und unterwarf die drei möglichen Urteile über Wahrheit, Moral (einschließlich Recht, Anstand und Religion) und Schönheit seinen drei Kritiken der reinen (d. h. auf die Wahrheit bezüglichen), der praktischen (d. h. moralisch handlungsanweisenden) und der ästhetischen Kritik der Urteilskraft. Dabei unterschied er das analytische (d. h. lediglich aus vorgegebenen Sätzen folgernde, zu keiner neuen Erkenntnis führende) und das synthetische (d. h. neue Erkenntnisse ermöglichende) Urteil, und er kombinierte diese Unterscheidung mit der zwischen dem apriorischen, aus jenen absoluten Ideen abgeleiteten und posteriorischen, d. h. Erfahrungen verwertenden Urteilen.

Damit aber stellte sich die „Schicksalsfrage aller Philosophie“, wie Wolfgang Stegmüller es in einem Vortrag nennt,<sup>6</sup> nämlich die Frage, ob es im Bereich der moralisch-praktischen Handlungsanweisungen synthetische Urteile a priori gibt. Denn nur wenn man das bejaht, kann man wissenschaftlich werten, z. B. indem man aus vorgegebenen Werten deduziert. Wenn man es verneint, muss man bei David Humes Satz stehen bleiben, dass aus gehäuften Wahrheitsbeobachtungen keine Handlungsanweisungen abzuleiten sind und es sonst nichts gibt, woraus man moralisch wissenschaftlich zwingend folgern könne. Dann bleiben Wertungen artikuliert, auseinander nicht ableitbare und nicht gegeneinander abwägbare Präferenzen. Dann sind Wertungen Dafürhalten, „guesswork“.

Mit der vom Plato-Schüler Aristoteles vollzogenen Wendung von parmenideisch-kritischer, durch Gerechtigkeitssinn geleiteter Objektbetrachtung zur Sinnerkenntnis aus den Dingen selbst (Entelechie) wird der von Parmenides ausgehobene Graben einer Dualität von wahrem Sein und um Erkenntnis bemühter Unzulänglichkeit wieder zugeschüttet: die Dinge tragen ihren erkennbaren Sinn in sich. In dieser Spätgestalt kam historisch die griechische Philosophie auf die arabisch-islamische Hochkultur, die sie wiederum dem Westen übermittelte. Parmenides und

---

<sup>6</sup> W. Stegmüller, *Einheit und Problematik der wissenschaftlichen Welterkenntnis*, Münchner Universitätsreden, N.F., H. 41, München 1967.

die anderen „Vor-Sokratiker“ ebenso wie Platos Dialoge und Briefe erreichten die islamischen Theoretiker jener formativen Zeit nicht. Auch dem heutigen Islam sind – historisch mitbedingt – Erkenntniskritik und platonische Dialogik nicht geläufig.<sup>7</sup> Um den Islam zu verstehen, muss man daher hinter Parmenides zurückgehen. Das gilt auch für die Begriffe Wissenschaft und Recht, mithin für das Proprium der Rechtswissenschaft.

Der Kontinent entschied sich für Platonik und Kant, kennt also Wertungswissenschaften, auch wertende Sozialwissenschaften, wie z.B. die Wirtschaftswissenschaften und die Rechtswissenschaft. England und USA haben – bei aller respektvollen Zitation – Kants kategorischen Imperativ nie so recht rezipiert, stehen also Hume näher, heute noch. In der Szientismus-Debatte trennt ein Ozean europäischen Kontinent und angloamerikanische Welt, ein Ozean so breit wie Atlantik und Ärmelkanal zusammengenommen.

### III.

Für die angloamerikanische Rechtswissenschaft bedeutet das den Zwang zur „Vermengung“ (wie *Ernst* es bezeichnet), zur Anknüpfung an „fachfremde Quellen“ (wie *Fleischer* sich ausdrückt). Diese „fachfremden Quellen“ erlangen in der angloamerikanischen Rechtswissenschaft Rechtsgeltung. Methodisch geschieht das in einer nicht enden wollenden (und nicht enden könnenden) Aufeinanderfolge von „Realismen“, wie die Rechtsgeschichte diese eigentümliche Erscheinung nennt:

Auf *O. W. Holmes'* an die englische Praxis anknüpfenden historischen Realismus („law is history“ und „law is what the courts will do“)<sup>8</sup> folgte der gesellschaftliche Realismus von *Roscoe Pound*,<sup>9</sup> der ethnologisch- behavioristische Realismus von *Karl N. Llewellyn*, die psychologischen Realismen von *Jerome Frank*, *Fred Rodell* und *Albert Ehrenzweig*, der wissenschaftsempirische Realismus von *Underhill Moore*, der politische und sozialpsychologische Realismus von *C. E. Merriam*, der demokratiepolitische Realismus von *Ranyard West*,<sup>10</sup> der gesetzesrealistische Ansatz von *Felix Frankfurter*,<sup>11</sup> der naturrechtliche (Anti- oder vielmehr Ersatz-)Realismus von *Francis Lucey* und anderen,<sup>12</sup> der „law-as-fact-Realismus“ der Skandinavier (*A. A. Th.*

<sup>7</sup> Einschränkungen dazu unten in Anm. 27. Hätte die islamische Philosophie Plato oder die Vor-Sokratik vor Aristoteles entdeckt und mit der Lehre des Propheten (a.s.) verglichen, wäre die Weltgeschichte anders gelaufen.

<sup>8</sup> *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II: Angloamerikanischer Rechtskreis, Tübingen 1975: Mohr Siebeck, 151–222, mit Hinweisen.

<sup>9</sup> Wie vor 225–239.

<sup>10</sup> Zu den im Text Genannten wie vor 283–326; *Gerhard Casper*, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, Berlin 1967; *Norbert Reich*, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, Heidelberg 1967.

<sup>11</sup> *W. Fikentscher*, wie oben Anm. 8, 340–347.

<sup>12</sup> Wie vor 364–374.

Hägerström, Alf Ross, Karl Olivecrona, Vilhelm Lundstedt, Gunnar Lagergren),<sup>13</sup> der Realismus von ökonomischer Analyse des Rechts<sup>14</sup> und – abgeschwächt – von „law and economics“,<sup>15</sup> der biologische Rechtsrealismus der Soziobiologie<sup>16</sup> und – wiederum abgeschwächt – der Rechtsverhaltensforschung.<sup>17</sup> – Was wird der nächste „Realismus“ bringen, der das kantische synthetische Urteil a priori der praktischen Vernunft ersetzen soll?

Alle „Rechtsrealismen“ liefern externe, nichteingebettete, fachfremde Quellen, wo bei vor allem der Ersatz des Rechts durch die neoklassische Wirtschaftswissenschaft (*Richard A. Posner* u. a.) von Einfluss war – und ist.<sup>18</sup> Die Chicago School und ihr Multiplikatoren in Moskau und anderen Hauptstädten des ehemaligen Sozialistischen Lagers nach 1989 sind verantwortlich für das Misslingen der Überwindung des Gebrauchswerte-Sozialismus in Russland und anderen Ländern, für das bisherige Scheitern einer nachhaltigen, im Popperschen Sinne paradoxiefreien Weltwirtschaft und damit für Globalisierungsgegnerschaft und Hoffnungslosigkeit in vielen Entwicklungsländern: hier fehlt die Kontrolle durch eine Wertungswissenschaft vom Recht.<sup>19</sup>

#### IV.

Damit ergibt sich zweite der oben gestellten Fragen: Was ist – neben der Wissenschaft – das Recht? Von allen Sozialwissenschaften musste sich wohl am meisten die Kulturanthropologie mit der Definition von Recht beschäftigen, weil es für viele theoretische und praktische Zwecke nötig ist, das Recht von anderen normativen Kategorien zu unterscheiden, vor allem von Moral (guter Sitte), sowie von Religion. In kollisionsrechtlichen Verweisungen auf fremdes Recht (aber eben nicht auf Moral und Religion, siehe etwa § 293 ZPO) bedarf es dieser Berücksichtigung rechtsanthropologischer Gesichtspunkte. Hier sei der Kürze wegen nur die Faustformel wiedergegeben, an die sich viele Kulturanthropologen in dieser Abgrenzungsfrage hal-

<sup>13</sup> Wie vor 322 f.

<sup>14</sup> Gute Überblicke über das weitverzweigte Schrifttum finden sich bei *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 1995: Mohr Siebeck; 491–511; sowie *Jürgen G. Backhaus* (Hg.), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2. Aufl. Cheltenham Glos 2005: Edward Elgar Publ. Ltd.

<sup>15</sup> *Robert Cooter & Thomas Ulen*, *Law and Economics*, 4. Aufl. Reading, Mass. 2003: Addison Wesley (1. Aufl. 1988).

<sup>16</sup> Z. B. *Edward O. Wilson*, *Sociobiology: The New Synthesis*, 3rd printing, Cambridge, Mass. 1976.

<sup>17</sup> Anregend, doch vor Übertreibung mahnend, *Margaret Gruter*, *Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft*, Berlin 1976: Duncker & Humblot.

<sup>18</sup> *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl. New York 2003: Aspen Publ. (1. Aufl. 1972); ders., *Overcoming Law*, Cambridge, Mass. 1995: Harvard Univ. Press.

<sup>19</sup> *W. Fikentscher*, *Culture, Law and Economics: Three Berkeley Lectures*, Bern & Durham, North Carolina, 2004.

ten: sanktionslose Autorität ist Wesen der Religion, autoritätslose Sanktion kennzeichnet Moral und gute Sitte, und sanktionierte Autorität ist Recht, wenn das Ziel dieser Verschwisterung der beiden Kriterien Autorität und Sanktion die Gerechtigkeit ist.<sup>20</sup> Dabei entsteht das Recht aus einer Überkreuzung der beiden Unterschiedspaare Wert und Methode, und System und Zeit, woraus die vier rechtsbildenden Elemente tradierte Werte, Rechtszwecke, systematische Ordnung und Entwicklung in durchlaufend vorgestellter Zeit entstehen.<sup>21</sup>

Das Proprium der Rechtswissenschaft in der „westlichen“ kulturellen Denkart besteht also in derjenigen Gattung des parmenideisch-kantischen synthetischen Urteils a priori auf dem Gebiet der „praktischen (= handlungsanweisenden) Vernunft, die sich von anderen sozialen Normsetzungen, insb. von Moral und Religion, durch die Verbindung von (weltlicher) Autorität mit Sanktionen unterscheidet.

Wer das kantische synthetische Angemessenheitsurteil a priori nicht benutzt, muss auf dieses Proprium verzichten und fachfremde, rechtssteuernde Realismen gelten lassen. Wer – noch weitergreifend – das parmenideisch-platonisch-kantische Urteil überhaupt nicht benutzt, für den ist Juristerei, wenn nicht gelernte Praxis, nicht-westliche Wissenschaft, z. B. animistische, hinduistische, buddhistische, modern-totalitäre oder islamische.

## V.

Das legt einen kurzen Überblick über andere kulturelle Auffassungen von Wissenschaft (einschließlich Rechtswissenschaft) nahe. Zu den nachfolgend erwähnten Denkart im Rahmen dieses Kommentars jeweils nur ein Satz: Animismus kennt Wissenschaft hauptsächlich in der Vergleichung von vorgestellter Harmonie mit der Natur und trauriger Wirklichkeit. Der hinduistische Richter wird – immerhin individuell – das Karma des Täters gegen das seines Opfers abwägen. Im Buddhismus wird der Richter nach einem Ort außerhalb des Streitgegenstands suchen, auf den er seine Entscheidung „fallen lassen“ kann (japanisch: otoshi-dokoro), wobei

<sup>20</sup> Dabei muss die Autorität weltlich (this-worldly) gedacht werden, während die Sanktion auch überweltlich (other-worldly) sein kann. Sonst lassen sich Recht und Religion nicht klar trennen. Dies kann hier nicht näher begründet werden, siehe statt dessen *W. Fikentscher, Modes of Thought: A Study in the Anthropology of Law and Religion*, 2. Aufl. Tübingen 2004, XXXI f.

<sup>21</sup> Details und Schrifttum bei *W. Fikentscher, Methoden des Rechts*, Bd. 4, Tübingen 1976, 278–283; ders. (oben FN 20), XXXVII. Anhand dieser Kriterien beantwortet sich auch die „Propriumfrage“ (vgl. *Fleischer* S. 28 f.), in welchem Maß „fachfremde Quellen“ rechtserheblich werden: Man braucht dazu zwei Dinge: (1) ein abgewogenes Verhältnis von Verallgemeinerung und Verbesonderung; näher zu diesem Punkt *W. Fikentscher, Ein juristisches Jahrhundert, Rechtshistorisches Journal* 19 (2000) 560–567 (in Auseinandersetzung mit dem minimalistisch-postmodernen Ansatz bei *Sally F. Moore*); sowie (2) die Fixierung eines „unteren hermeneutischen Umkehrpunktes“ (zur Vermeidung entscheidungsunerheblicher tatbestandlicher Verfeinerung) und eines „oberen hermeneutischen Umkehrpunktes“ (zur Vermeidung unzulässiger Verallgemeinerung auf der anderen Seite), *W. Fikentscher, Methoden des Rechts*, Bd. 4, Tübingen 1977, 194–202.

sich dieser Ort weder beim Kläger noch beim Beklagten oder einer dritten Person zu befinden braucht. In China bedeutet Wissenschaft gelerntes Wissen, und Recht, je nach dem ob es sich um *fa* oder *li* handelt, Strafe oder Mediation.

Im Marxismus vollzieht das Gericht die in letzter, höchster Instanz durch das Politbüro oder – neomarxistisch – durch die „Spitzenkader in den Metropolen“ per Definitionsmonopol bestimmten Gebrauchswerte. Der Gebrauchswert beruht jeweils auf einem Urteil im Sinne des Parmenides. In dieser Festsetzung des Gebrauchswerts soll die Wissenschaftlichkeit der Gebrauchswerte-Bestimmung zum Ausdruck kommen. Die Festsetzung obliegt der zentralen Wirtschaftsplanungsbehörde (bis 1990: Gosplan). Allerdings war Kritik verboten, um Tauschwerte (also empirisch ermittelbare Werte) zu verhindern.

Dem Islam darf aus Gründen der Aktualität ein etwas breiterer (wenn auch freilich viel zu knapper) Raum gewidmet werden. Als religiöse Gestaltung der Scharia, einer auf ihrem Proprium bestehenden Rechtswissenschaft *par excellence*, verdient der Islam diese Hervorhebung. Im Islam wird ein parmenideisches Urteil über Tatumstände und über zu treffende Wertungen vermieden. Wahrheiten und Wertungen sind statt dessen Verhandlungsergebnisse, in den Worten von Lawrence Rosen (1984) aufgrund eines „bargaining for reality“.<sup>22</sup> Da aus den oben genannten religiös-inhaltlichen und historischen Gründen dem Islam eine gedankliche Gegenüberstellung von Seinsideen und Wirklichkeit fehlt (also eine episteme im parmenideisch-platonischen Sinne), kennt der Islam keine kritisch-distanzierte Auseinandersetzung, weder des einzelnen Menschen noch eines Kollektivs, mit Gedankeninhalten. Das schließt die Unmöglichkeit der Auseinandersetzung mit dem Gedankeninhalt „Zeit“ ein, so dass eine Beurteilung von Abläufen, Entwicklung, Fort- oder Rückschritt in einem kritischen, zweifelnden Sinne nicht möglich ist.

Der Islam kennt also wegen der Zentriertheit aller Urteilsbildung bei Allah, dem Allmächtigen, nicht das Urteil im Sinne des Parmenides und folglich weder den platonischen Dialog *über* etwas noch den kantischen kategorischen Imperativ als Grundlage des Folgerns aus Werten. Statt dessen benutzt der Islam das in Behauptungsform gekleidete Nebeneinanderstellen von wahrheitsbezüglichen, moralischen und ästhetischen Inhalten. Daraus ergibt sich, das sich der Islam schwer tut mit der Wirklichkeit der Erfahrung im Sinne der drei möglichen Gegenstände des parmenideischen Urteils. Zu dieser Wirklichkeit kann der Islam keine kritische oder kritisierende Distanz herstellen. Auch folgt daraus, dass Herrschaftsausübung und gesellschaftliche Ordnung im Islam auf einer Wirklichkeitsbestimmung durch größere Verhandlungsmacht und stärkeren Einfluss beruhen, verbunden mit einer Unberatenheit des einzelnen als Teil eines Kollektivs. Eine auf mehrheitliche Beurteilung von Erfahrungssachverhalten beruhende Demokratie ist nicht möglich, weil die Demokratie die Lebensform der im Zeitablauf parmenideisch Urteilenden ist.

---

<sup>22</sup> Lawrence Rosen, *Bargaining for Reality: The Construction of Social Relations in a Muslim Society*, Chicago & London 1984: Univ. of Chicago Press.

Um den Islam zu verstehen, muss man sich demnach, wie angedeutet, die Philosophie des Parmenides hinwegdenken. Das verhindert selbstverständlich im Islam weder wissenschaftliche Tätigkeit als solche noch Rechtswissenschaft im besonderen. Insbesondere sind Dichotomien und andere Unterscheidungen möglich (wobei erstere im zoroastrisch-manichäisch beeinflussten shiitischen Islam besonders deutlich zutage treten). Was Schwierigkeiten bereitet, sind Verallgemeinerungen und Verbesonderungen, also mehr-als-zwei-dimensionale Verankerungen von Aussagen, sowie Vergleiche aufgrund vereinbarter *tertia comparationis*.<sup>23</sup> Denken in Systemen, auch in wissenschaftlichen Systemen, setzt voraus, dass dem Ganzen die Eigenschaft verliehen werden kann, mehr zu sein als die Summe der Teile. Das *tertium comparationis* ist nur ein Beispiel für dieses Ganze, das mehr als die Summe der Teile darstellt, der Dialog zwischen A und B über das vereinbarte Thema C ist ein anderes, die ohne Zuhilfenahme von Fiktionen unüberbrückbare Einteilung der Welt in dar-al-Islam und dar-al-harb ein drittes.<sup>24</sup> Der von Muslimen häufig bedauerte Mangel an Einheit und Zusammenhalt und das von Nichtmuslimen oft festgestellte Fehlen islamischer Institutionen, zumal im Rechtswesen,<sup>25</sup> haben hier ihren Grund: die ummah ist mangels parmenideischen Urteils keine Genossenschaft (mit Vollversammlung von treuegebundenen, individuell fassbaren Mitgliedern, mehrheitlicher Abstimmung und entsprechendem unentziehbaren Minderheitenschutz, Geltung der Beschlüsse mit Begrenzung auf eine als durchlaufend verstandene Zeit, und rechenschaftspflichtiger Vorstandschaft). Die Institution hängt an der Polis oder an der Genossenschaft als der Polis der Bauern. Polis und Genossenschaft hängen am einzelnen, gleichberechtigten, mitgliedschaftlich erfassten und zu kritischer Urteilsbildung aufgerufenen Bürger. Vielmehr ist die ummah ein zeitloses Kollektiv, und in diesem muss ein derartiger Bürger fehlen. Sie verwirklicht eben dadurch eine Scham-, nicht eine Schuldgesellschaft<sup>26</sup> (vgl. Hesekiel Kap. 18, wo der Übergang von der Scham- zur Schuldgesellschaft bei den Juden, vermutlich um das Jahr 580 v. Chr., also in der frühen Achsenzeit, beschrieben wird). Die Bestimmung des Gegners ist daher offen und kann sich auf Personenmehrheiten (Clan, Nation, „der Westen“, „Amerika“, dar-al-harb, usw. beziehen).<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Vgl. P. Kunitzsch & M. Ullmann, Die Plejaden in den Vergleichen der arabischen Dichtung, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Phil.-Hist. Klasse, München 1992, Heft 4 (in Kommission Verlag C. H. Beck); dazu W. Fikentscher, (oben Anm. 20), 432.

<sup>24</sup> Ein bedeutender Vertreter des Islam bedauert das Fehlen einer „language of dialogue“ im Islam, zit bei W. Fikentscher, Modes of Thought (oben Anm. 20), 406 Anm. 7.

<sup>25</sup> Schwierigkeiten des Islam mit dem Institutionenbegriff betont V. S. Naipaul, Among the Believers: An Islamic Journey, London 1981: André Deutsch Ltd. (Neudruck 2003, London: Picador).

<sup>26</sup> Vgl. G. Bierbrauer & E. W. Klinger, Political Ideology, Perceived Threat, and Justice Towards Immigrants, 15 Social Justice Research 2002, 41–52.

<sup>27</sup> Selbstverständlich gibt es inner-islamische Kritik an dem geschilderten Zusammenhang von Kollektivität, Institutionenfremdheit, Dialogferne und mangelnder wissenschaftlicher Kritikfähigkeit. Meist wird diese inner-islamische Kritik unter den Stichworten Demokratiefähigkeit und Souveränität abgehandelt. Es gibt aber auch religionsphilosophische Ansätze. An dieser Stelle nur

Während also im Marxismus die Abgabe eines parmenideischen Urteils möglich, bei kritischen Inhalt allerdings verboten ist, verfügt der Islam über das parmenideische Urteil nicht, was zu weitgehender Verhandelbarkeit von Aussagen Anlass gibt.

## VI.

In Nordamerika werden in den Indianerstämmen bevorzugt Richter aus dem Stamm der Hopi in die lokalen Stammesgerichte gewählt, weil man bei ihnen als Angehörige des Hopi-Volkes die radikale Bikulturalität voraussetzen darf, die nötig ist, um möglichst jeden westlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung zu verhindern.

Zwischen Daressalam und Neuguinea bemüht man sich um einen indischen Rechtsanwalt, denn, so sagt man, Hindi erlaube wegen seiner indoeuropäischen Herkunft die Formulierung von Wenn-dann-Sätzen.

## VII.

Es gilt also der alte Grundsatz: Andere Länder, andere Sitten; und er gilt offenbar auch für andere Wissenschaftsbegriffe und andere Rechtsvorstellungen. Vielleicht gelingt es jemandem, aus den kulturverschiedenen Proprien der Rechtswissenschaften ein Meta-Proprium der Rechtswissenschaften aufzubereiten. Ich traue es mir, jedenfalls heute und hier, nicht zu. Und doch dürfen Sie mich deswegen keinen Kulturrelativisten schelten. Um dieses Rätsel zu lösen – kulturelle Gedanken*vielfalt* als Gegenstand *eines* kulturübergreifenden Denkens –, bedarf es der kulturanthropologischen Analysentechnik unter Einschluss einer differenzierten Innen- und Außenbetrachtung von Kulturen, über die hier nicht zu sprechen ist.<sup>28</sup>

---

drei Beispiele aus dem Schrifttum: *Mehrzad Boroujerdi*, The Encounter of Post-revolutionary Thought in Iran with Hegel, Heidegger and Popper. In: *Serif Mardin*, Cultural Transitions in the Middle East. Social, Economic and Political Studies of the Middle East (C. A. O. van Nieuwenhuijze, Hg.), Band 48, Leiden 1994, Chapter 10, 236–259 (mit einem Bericht über den Versuch von Abdolkarim Soroush, im Rahmen des shiitischen Islam den Begriff der Episteme, also der kritischen Subjekt-Objekt-Betrachtung einzuführen); *Khaled Abou El Fadl*, Islam and the Challenge of Democracy (*Joshua Cohen*, Hg.), Princeton 2004: Princeton Univ. Press (Islamische Demokratie ist möglich, Kolloktivität ist ein im 19. Jahrhundert eingeschlagener Abweg); *W. Fikentscher*, Power Controlling Societal Order, Economy, Religion, and the Modes of Thought, Kritik an S.N.Eisenstadt, EWE 2006 Heft 1, 49–51, 51 (Islamische Ansätze zu kritischer Urteilsbildung aufgrund des „größeren Djihad“ der Selbstbeherrschung).

<sup>28</sup> Einzelheiten und Schrifttum z.B. bei *W. Fikentscher*, Modes of Thought (oben Anm. 20), 116–149. Vorrangig wäre noch der jeweils verwendete Kulturbegriff zu klären.

# Die Propria der Rechtswissenschaft

Anmerkungen zu Wolfgang Ernst und Holger Fleischer

*Mathias Reimann*

Wolfgang Ernsts und Holger Fleischers Beiträge zu diesem Symposium sind jeder für sich so reichhaltig und vielschichtig, dass es nicht Aufgabe blosser Anmerkungen dazu sein kann, sie umfassend zu würdigen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf einige Gesichtspunkte, die sich unmittelbar aus einer Gegenüberstellung der beiden Aufsätze ergeben<sup>1</sup>.

Dabei fallen schnell sowohl wichtige Gemeinsamkeiten als auch weitreichende Gegensätze auf. Wir wenden uns zunächst zwei Gesichtspunkten zu, die beide Beiträge verbinden (unten I. und II.)<sup>2</sup> und betrachten dann zwei Bereiche, in denen sie getrennte Wege gehen (III. und IV.). In allen vier Zusammenhängen ergeben sich Fragestellungen, die für eine Orts- und Kompetenzbestimmung der Rechtswissenschaft von grundlegender Bedeutung sind. Einige Schlussüberlegungen gehen schliesslich der Frage nach, was sich allgemeiner aus der Zusammenschau der Beiträge für die Frage nach dem *Proprium der Rechtswissenschaft* ergibt.

## I. Jurisprudenz als Wissenschaft vom positiven Recht

Die vielleicht folgenreichste Gemeinsamkeit der Beiträge ist leicht zu übersehen. Sie betrifft nämlich einen Gesichtspunkt, der von den Autoren nicht ausdrücklich thematisiert sondern nur angedeutet und im übrigen als selbstverständlich vorausgesetzt wird: Jurisprudenz beschäftigt sich sowohl bei Wolfgang Ernst als auch bei

---

<sup>1</sup> Nachfolgend wird der Beitrag von Wolfgang Ernst entsprechend der Durchnummerierung seiner Abschnitte zitiert (als Nr. 1 usw.), der Beitrag von Holger Fleischer hingegen nach Seitenzahlen.

<sup>2</sup> Eine weitere, hier nicht weiter zu thematisierende Gemeinsamkeit liegt darin, dass sich beide Autoren dankenswerterweise nicht umfassend auf die vieldiskutierte Frage einlassen, ob die Jurisprudenz eigentlich eine „Wissenschaft“ sei oder nicht. In der Tat hat diese Frage jedenfalls in jüngerer Zeit selten zu weiterführenden Einsichten geführt. Wie Wolfgang Ernst treffend bemerkt, hängt hier fast alles davon ab, was man unter Wissenschaft versteht; ein einheitlicher Begriff davon ist weder konsensfähig noch sinnvoll (Nr. 24). Beide Autoren konzentrieren sich vielmehr auf die dem Symposium zugrundeliegende Frage, worin Stellenwert und Leistungsfähigkeit der Jurisprudenz unter heutigen Bedingungen eigentlich bestehen.

Holger Fleischer (nur) mit dem positiven Recht. Beide schliessen damit implizit Fragen inhaltlicher Richtigkeit des Rechts oder gar der Gerechtigkeit aus dem Reich der Jurisprudenz im wesentlichen aus. Nach einem solchen Verständnis mag sich derlei Fragen der (Reform-)Gesetzgeber, vielleicht auch der Richter, und natürlich der Staatsbürger stellen; der Rechtswissenschaftler als solcher, d. h. als Kenner und Bearbeiter des positiven Rechts, ist aber nicht zur Rechtspolitik berufen, jedenfalls nicht in dem Sinne, inhaltliche Kritik an der Gerechtigkeit einer Regelung zu üben oder auf inhaltliche Reform zu drängen. Das ist bei Wolfgang Ernst ganz eindeutig, denn er blendet, wie unten noch weiter zu erörtern ist, aus der Rechtswissenschaft alle nicht streng juristischen Gesichtspunkte aus (insbes. Nr. 20)<sup>3</sup>. Holger Fleischer spricht zwar einmal von „rechtssetzungsorientierter Gesellschaftsrechtswissenschaft“ (S. 62), zitiert eingangs Larenz, der die Rechtsfortbildung zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft zählte (S. 52), und scheint normativer Arbeit gegenüber allgemein offener. Doch ist auch die von Fleischer porträtierte Jurisprudenz auf die Bearbeitung des geltenden Rechts konzentriert und allenfalls am Rande rechtspolitisch angehaucht.

Diese Beschränkung der Jurisprudenz auf das positive Recht geht in der deutschen Entwicklung auf die Begründung der modernen Rechtswissenschaft durch Savigny zurück.<sup>4</sup> Sie wird aufgrund ihrer zweihundertjährigen Tradition in Forschung und Lehre fast allgemein, und meist stillschweigend, vorausgesetzt. Insofern ist die von Ernst und Fleischer behandelte Jurisprudenz zwar eine Norm- aber keine normative Wissenschaft.

Trotz dieser vermeintlichen Selbstverständlichkeit darf man nicht übersehen, dass eine solche Verengung des Blickwinkels auf das positive Recht keineswegs zwingend ist. Schliesslich ist der Ausschluss der Gerechtigkeitslehre aus dem Kernbereich der Jurisprudenz anderen Epochen (etwa dem Naturrecht) und Rechtskulturen (insbesondere religiös bestimmten Rechtsordnungen) durchaus fremd. Und schliesslich ist die Teilnahme an der rechtspolitischen Diskussion etwa in den USA schon seit Generationen ein wichtiger Aspekt akademischer Forschung und Lehre.

Das führt zu der Frage, warum sich die Rechtswissenschaft eigentlich auf die Bearbeitung des positiven Rechts beschränken und inhaltlich normative Arbeit am Recht (jedenfalls weitgehend) versagen soll. Die Autoren der Beiträge werfen diese Frage zwar nicht selbst auf, müssen sie sich aber, stellvertretend für ihr Fach, gefallen lassen.

---

<sup>3</sup> Das heisst freilich auch bei *Wolfgang Ernst* nicht, dass die Jurisprudenz alles gesetzgeberische Walten tatenlos hinzunehmen hätte: „Es ist die Rechtswissenschaft, die den Eigenwert des Rechts gegenüber dem staatlichen Gesetz wahr.“ (Nr. 40). Das gilt allerdings, wie der Kontext deutlich macht, nur insofern, als die Rechtswissenschaft neue Rechtsakte durch Integration in die bestehende Ordnung in ihrer Bedeutung beeinflussen kann (Nr. 40 f.).

<sup>4</sup> Vgl. *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. Göttingen 1967, S. 367ff.; *Mathias Reimann*, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 *Boston College Law Review* 837, 1990, S. 842ff.

Natürlich gibt es für eine solche Beschränkung eine ganze Reihe von Argumenten. Sie können hier nur kurz angedeutet werden, zeigen sich aber schon dabei als fragwürdig. So mag man sich auf die lange Tradition einer solch verengten Rechtswissenschaft berufen, doch ist altes Herkommen allein ein schwacher Grund; denn dass die klassische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts auf normative Elemente weitgehend verzichten wollte, kann unsere Zeit kaum ebenfalls auf einen solchen Kurs verpflichten. Ebenso ist die mangelnde demokratische Legitimation der Rechtswissenschaft zu normativer Arbeit kein stichhaltiges Argument; denn die Schaffung bindenden Rechts steht gar nicht zur Debatte, und zur blossen sonstigen Mitsprache in inhaltlichen Fragen kann die Jurisprudenz aufgrund ihrer Fachkompetenz durchaus berufen sein. Dem würde Wolfgang Ernst sogleich entgegenhalten, dass es an dieser Fachkompetenz für normative Fragen gerade fehlt. Man kann das schon deshalb bezweifeln, weil es keineswegs offensichtlich ist, dass etwa die Ministerialbürokratie, die Reformentwürfe entwickelt, oder die Gerichte, die an rechtspolitischen Fragen gar nicht vorbeikommen, mehr davon verstünden als ausgewiesene Wissenschaftler vom Fach. Vor allem aber beruht ein solches Argument mangelnder Fachkompetenz auf einem Zirkelschluss: die Rechtswissenschaft beschäftigt sich nicht mit inhaltlich-normativen Fragen, also versteht sie auch nichts davon, so dass sie sich nicht damit beschäftigen darf. Schliesslich bleibt das Argument der Wirkungslosigkeit: Auf eine Rechtswissenschaft, die sich inhaltliche oder gar politische Argumentation anmasst, würden Gesetzgeber und Gerichte sowieso nicht hören. So liest man bei Holger Fleischer den Hinweis auf amerikanische Quellen, denen zufolge „die Verarbeitung rechtswissenschaftlicher Forschungsergebnisse durch die Gerichte in den USA rapide abgenommen“ hat (S. 54–55). Ob das stimmt, kann hier dahinstehen, denn das Argument der Wirkungslosigkeit einer rechtspolitischen tätigen Wissenschaft ist jedenfalls empirisch nicht haltbar. Wo sich die Jurisprudenz in der Rechtspolitik zu Wort gemeldet hat, hat sie oft ganz entscheidenden Einfluss auf diese gehabt. Man denke nur an die Entwicklung des europäischen Produkthaftungsrechts oder in den USA an den geradezu durchschlagenden Einfluss der ökonomischen Analyse auf weite Bereiche des Wirtschaftsrechts. Am Schluss stellt sich deshalb unweigerlich die Frage, ob es weise ist, dass sich die Jurisprudenz des möglichen Einflusses auch auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts weitgehend versagt. Jedenfalls verliert dadurch der rechtspolitische Diskurs einen wichtigen Teilnehmer.

## II. Jurisprudenz als Ordnungswissenschaft

Im Gegensatz zum ersten gemeinsamen Nenner ist der zweite in beiden Beiträgen deutlich formuliert: Wesentliche Aufgabe der Jurisprudenz ist die Schaffung von Ordnung im Recht. Wolfgang Ernst spricht davon, dass sie eine „synthetische Anordnung des Rechtsstoffes“ (Nr. 1) herzustellen muss. Durch das Bilden von Begrif-

fen und Theorien (Nr. 50–57) bringt sie die „Gesamtheit des Rechtsstoffes“ in „ein System, dessen einzelne Teile sinnvoll aufeinander bezogen sind“ (Nr. 1). Bei Holger Fleischer sind „klassische Aufgaben“ (S. 54–61) auch des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts ebenfalls die Begriffs-, System- und Prinzipienbildung (S. 55–60) zur „theoretischen Durchdringung des Stoffes“ (S. 56). Freilich hat Fleischer dabei eher die Praxis im Auge, während Ernst zunächst auf die Lehre sieht, so dass für den einen der Kommentar, für den anderen das Lehrbuch im Vordergrund steht (Nr. 9, S. 54–55). Doch bleibt die Jurisprudenz auf dieser Ebene auch bei Fleischer im wesentlichen noch Normwissenschaft mit Ordnungsaufgaben, um die Stoffmasse zu stabilisieren, zu entlasten, zu kontrollieren sowie lehr- und lernbar zu machen (S. 55f.).

Auch dieses Konzept steht deutlich in der Tradition der klassischen deutschen Rechtswissenschaft, wie sie Begriffsjurisprudenz und Pandektistik zugrundelag. Es ist deshalb kein Zufall, dass der Romanist Wolfgang Ernst in dieser Ordnungsaufgabe das zentrale Wesensmerkmal der Jurisprudenz als Wissenschaft überhaupt sieht. Dadurch kann man bei ihm leicht den ersten Eindruck gewinnen, er wolle zurück zur Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts vor Jhering<sup>5</sup>. Freilich liegt die Sache nicht so einfach. Denn wenn Ernsts, und in geringerem Masse auch Fleischers, Jurisprudenz-Konzept auch vieles mit dieser klassischen Rechtswissenschaft gemeinsam hat, so unterscheidet es sich doch in anderen Hinsichten ganz wesentlich von ihr.

Das Konzept einer Jurisprudenz als Ordnungswissenschaft, wie Ernst es ausformuliert (und Fleischer es andeutet), entspricht der Rechtswissenschaft von historischer Schule und Pandektistik zumindest in drei Kernpunkten. Erstens definiert es die Grundaufgabe, das positive Recht durch Begriffs- und Systembildung in eine möglichst widerspruchsfreie und geschlossene Ordnung zu bringen. Bei Ernst meint man stellenweise beinahe Savigny zu lesen, hatte dieser es doch als eigentliche Aufgabe der Jurisprudenz bestimmt, die „leitenden Grundsätze“ herauszuarbeiten und diese dann zueinander in Beziehung zu setzen<sup>6</sup>. Zweitens steht jedenfalls Wolfgang Ernst auf klassischem Boden, wenn er die konsequente Beschränkung rechtswissenschaftlicher Arbeit auf den „*strictly legal point of view*“ postuliert (Nr. 15 und öfter). Wie Savigny in Reaktion gegen naturrechtliche Spekulation insbesondere die Trennung der Jurisprudenz von der Philosophie forderte (und weitgehend durchsetzte), so haben auch für Ernst „Allerweltsbetrachtungen“ (Nr. 19) in der Jurisprudenz keinen Platz. Drittens steht hinter diesem Verständnis sowohl bei Savigny und in der

<sup>5</sup> Dazu *Jakobs*, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn, München, Wien, Zürich 1983; Wieacker, oben Anm. 4, S. 430–468.

<sup>6</sup> *Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814), hier zitiert nach *Hattenhauer, Thibaut und Savigny*, *Ihre programmatischen Schriften*, München 1973, S. 95, 110, 114.

Pandektistik als auch bei Ernst das Vorbild der klassischen römischen Jurisprudenz (Nr. 15)<sup>7</sup>.

Trotzdem darf man selbst Ernsts, und schon gar nicht Fleischers, Jurisprudenz-Konzept mit der klassischen Rechtswissenschaft des deutschen 19. Jahrhunderts pauschal gleichsetzen. Zunächst unterscheidet sich das System, in das Ernst den positiven Rechtsstoff bringen will, wesentlich von demjenigen Savignys und seiner Nachfolger. Für sie war das System dem Stoff bereits inhärent; die Rechtswissenschaft brachte es bloss zu Tage. Wesentliche Aufgabe der Jurisprudenz war damit Erkenntnis und Darstellung. Bei Ernst hingegen gibt erst die Rechtswissenschaft „dem Rechtsstoff eine ihm als solchem nicht schon innewohnende Struktur“ (Nr. 25)<sup>8</sup>. Wesentliche Aufgabe ist damit das *Schaffen* einer Ordnung (Nr. 34, 50 ff.). Unterschiedlich ist auch der Nutzen der erarbeiteten Systeme. Schon für Savigny, der an den römischen Juristen bewunderte, dass sie gleichsam mit ihren Begriffen rechneten<sup>9</sup>, insbesondere aber für die Begriffsjurisprudenz, war das System auch ein Mittel zur Lösung konkreter Rechtsfragen; bei Puchta und Jhering wurde es gar produktiv; dadurch geriet die Rechtswissenschaft selbst zur Rechtsquelle. Ernsts Anspruch ist hier nicht nur viel bescheidener, sondern auch viel pragmatischer. Jurisprudenz ist keine Ersatz-Mathematik und schon gar „keine selbständige Rechtsquelle“ (Nr. 8). Vielmehr formuliert die Rechtswissenschaft lediglich „das positive Recht in denkökonomischer Weise“ (Nr. 8). Sie dient der „Reduktion von Komplexität“ (Nr. 34) und erfüllt damit „das Bedürfnis nach orientierender Systematik, das sich gegenüber der Unübersichtlichkeit des Rechtslebens bemerkbar macht“ (Nr. 34). Darüber hinaus hat auch Ernst, und schon gar Fleischer, mit Vorstellungen harmonisch-organischer Rechtsentwicklung, wie sie Savignys Jurisprudenz zugrundeliegen, nichts zu schaffen. Für Ernst verläuft die Rechtsentwicklung gerade „nicht geordnet. Rechtsentstehung ist wie das Leben ein spontaner, chaotischer Prozess.“ (Nr. 39) Es kommt dadurch zu einem „Wechselspiel von spontaner, chaotischer Rechtsentstehung und strukturgebender, komplexitätsreduzierender Wissenschaft“ (Nr. 45). Damit führt Jurisprudenz einen ständigen Kampf, dem unvermeidlichen Chaos der Gesetzgebung und Rechtsprechung die bestmögliche Ordnung abzurufen. Das wird bei Fleischer zwar nicht mit derselben Ausdrücklichkeit thematisiert,

---

<sup>7</sup> Im übrigen bestehen auch deutliche Ähnlichkeiten zwischen Savignys Vorstellung der Juristenzunft als eines allmählich spezialisierten Expertenstands und Ernsts Definition der Jurisprudenz als „Organisation des Expertenwissens, das den Kern unserer Professionalisierung darstellt“ (Nr. 12). Das ist Wolfgang Ernst natürlich bewusst (Nr. 12, Anm. 25). Wir verfolgen diesen Gesichtspunkt hier nicht weiter, weil die Professionalisierung der Jurisprudenz heute jedenfalls in westlichen Rechtskulturen so allgemein akzeptiert ist, dass sie nicht mehr ernstlich zur Debatte steht.

<sup>8</sup> Obwohl auch Ernst gelegentlich mit der Idee bereits immanenter Strukturen zu liebäugeln scheint (so ist die Rede von „systematischen – man könnte vielleicht auch sagen: philosophischen – Strukturen der Rechtsordnung“ Nr. 33), sieht er letztendlich die „Ordnung, die dem mit dem positiven Recht gegebenen Rechtsstoff eingegeben wird“ als „Produkt‘ der Rechtswissenschaft“ (Nr. 34).

<sup>9</sup> Savigny, oben Anm. 6, S. 114.

klingt aber auch bei ihm insbesondere im Zusammenhang mit Rechtsreform deutlich an (S. 61–62).

Das alles drängt zu der Frage, ob die Rechtswissenschaft ihre Ordnungsfunktion unter heutigen Bedingungen noch sinnvoll erfüllen kann. Diese Frage ist schon deshalb von zentraler Bedeutung, weil sie für eine (wie insbesondere bei Wolfgang Ernst) insgesamt als Ordnungswissenschaft verstandene Jurisprudenz unmittelbar an die Existenzberechtigung geht.

Beide Autoren verkennen keineswegs die Herausforderung, vor der sich die Jurisprudenz gestellt sieht. Ernst erkennt den chaotischen Charakter der Rechtsentstehung ebenso an wie die Komplexität der Rechtswirklichkeit (Nr. 44–46); für ihn sind Chaos und Komplexität ja gerade der Grund, aus dem wir eine Rechtswissenschaft brauchen (Nr. 46). Fleischer stellt fest, dass Reform „in Permanenz“ (S. 62) auch im Wirtschaftsrecht „die Systematisierung des Rechtsstoffs erschwert“ und die „Lehr- und Lernbarkeit der Rechtsmaterie“ vermindert (S. 62). Letztenendes sind aber beide optimistisch, dass die Rechtswissenschaft nach wie vor neue Gesetze „in die gewachsene Ordnung integrieren“ kann (Nr. 40), bzw. dass „Einzelregelungen vergehen, Prinzipien bestehen!“ (S. 59).

Doch ist die Frage, ob es angesichts des heutigen „Normenstroms“ (S. 62) noch möglich ist, „Ordnungsprinzipien zu entwickeln, die der beliebigen Umgestaltung entzogen sind“<sup>10</sup>, damit noch lange nicht ausdiskutiert. Einerseits muss man sich durchaus davor hüten, das Ausmass des Problems zu überschätzen und in Panik zu geraten. Zwei Minuten Besinnung auf die Rechtsgeschichte machen schnell deutlich, dass der Stoff heute keineswegs verwirrender oder inhaltlich schwieriger ist als in früheren Epochen<sup>11</sup>; alle Zeiten bejammern die gestiegene Komplexität der Existenz. Und auch die schiere Masse des Rechts ist kein unbezwingbares Problem, denn auch die Ressourcen der Rechtswissenschaft sind enorm gewachsen<sup>12</sup>.

Andererseits darf man sich auch nicht von den systematischen Erfolgen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zu der Annahme verleiten lassen, was damals möglich war, müsse auch heute gelingen. Denn der Ordnungserfolg der klassischen Jurisprudenz beruhte auf zumindest drei heute nicht mehr zutreffenden Prämissen. Erstens lag ihm der (auf Savigny zurückgehende) Glaube an eine innere (organische) Gesamtstruktur des Rechts zugrunde; diesen Glauben haben wir heute weitgehend verloren. Zweitens beruhte dieser Erfolg auf der Konzentration auf eine sehr begrenzte und in sich bereits leidlich homogene Rechtsmasse, nämlich das klassische römische Recht; diese Konzentration ist heute schon angesichts der enormen Bedeutung des öffentlichen Rechts nicht mehr möglich. Und drittens war die klassische Rechtswissenschaft bereit, den Gesetzgeber jedenfalls dann zu ignorieren, wenn er massiv von der wissenschaftlichen Ordnung abwich; ein solches Igno-

<sup>10</sup> So *Wolfgang Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, Expose zur Konferenz.

<sup>11</sup> Darauf weist *Ernst* Nr. 47–48 deutlich hin.

<sup>12</sup> *Ernst* Nr. 49.

rieren können wir uns im modernen Rechts- und Gesetzesstaat aber nicht mehr leisten.

Hinzu kommt, dass es der heutige Gesetzgeber der Wissenschaft noch sehr viel schwerer macht als derjenige des 19. Jahrhunderts. Zum Teil ist der Unterschied lediglich quantitativer Natur: Der moderne Gesetzgeber ist aktiver, schneller und hektischer, sodass er ungleich mehr Recht produziert und „das Haltbarkeitsdatum von Detailregelungen sinkt“ (S. 59). Damit aber kann eine wohlausgestattete und guteingespilte Jurisprudenz noch zurechtkommen, wenngleich sie die von ihr geschaffene Ordnung in immer kürzeren Abständen überarbeiten oder gar umstellen muss. Fataler sind die qualitativen Unterschiede: Der heutige Gesetzgeber ist zunehmend bereit Prinzipien anzutasten, die nicht nur althergebracht sind, sondern von der Jurisprudenz auch als grundlegend empfunden werden. Das geschieht nicht unbedingt aus Unverstand oder bösem Willen, ja nicht einmal unbedingt aus rechtspolitischen Erwägungen des Parlaments. Vielmehr werden diese Eingriffe in Grundprinzipien zunehmend auf supranationaler Ebene, d. h. von weitentfernt liegenden und demokratisch schwach legitimierten Institutionen verordnet; diese verstehen offenbar nicht immer, was sie tun, oder ignorieren jedenfalls die Auswirkungen ihres Tuns auf nationale Rechtsordnungen. So erleidet der Grundsatz *pacta sunt servanda* einen schweren Kratzer, wenn Verbraucher, die einen Vertrag geschlossen haben, diesen ohne jeglichen Grund frei widerrufen können (jetzt § 312 BGB); so erodiert der römisch-rechtliche Eigentumsbegriff, wenn über Teilzeitwohnrechtsverträge dingliche Rechte in zeitlich begrenzter Dauer möglich sein sollen (vgl. § 481 BGB, § 31 WEG); und so können Rechte auf einmal „erlöschen“, bevor sie überhaupt entstehen konnten (vgl. § 13 ProdHG). Ob derlei Neuerungen rechtspolitisch sinnvoll, bzw. für die angeblich geschützten Verbraucher in der Europäischen Union nutzbringend sind, kann hier dahinstehen. Unbestreitbar ist jedenfalls, was Holger Fleischer konstatiert: „Ungereimtheiten und Wertungswidersprüche nehmen zu“ (S. 62). Hier zeigt sich die „Fragilität der Ordnungsversuche gegenüber einem Gesetzgeber, der manchem Wissenschaftler als Elefant im Porzellanlagen erscheinen mag“<sup>13</sup>. Man kann an dieser Stelle einwenden, Systembrüche seien nichts Neues. Schliesslich gibt es im deutschen Privatrecht seit geraumer Zeit Vertragspflichten ohne Vertrag, und das sogar gegenüber Nichtvertragsparteien (jetzt § 311 Abs. 2 und 3 BGB). Und schliesslich hat die Rechtsprechung schon längst den *numerus clausus* der Sachenrechte durch die Erfindung der Anwartschaft, wenn nicht gar des Sicherungseigentums, durchbrochen. Aber es ist eine Sache, derartige Figuren allmählich durch Zusammenarbeit von Wissenschaft und Praxis zu entwickeln und dabei gleichzeitig ins bestehende System einzubauen, aber eine ganz andere, sie von oben herab ohne viel Federlesens und ohne Rücksicht auf bestehende Grundprinzipien zu verordnen. Wir haben damit im Ergebnis heute

---

<sup>13</sup> Schön, oben Anm. 10.

eine Gesetzgebung, die nicht nur „ganze Bibliotheken zu Makulatur“ werden lässt<sup>14</sup>, sondern die auch das System der Rechtswissenschaft selbst gründlich durcheinanderbringen kann.

Wolfgang Ernst scheint das Problem dadurch lösen zu wollen, dass er Elemente, die „nicht ins Bild passen“ (Nr. 55), aus der wissenschaftlichen Ordnung auszuklammert; man ist auch hier an Savigny erinnert, der das „Unächte“ aus dem Recht ausscheiden wollte<sup>15</sup>. Natürlich muss eine Ordnungswissenschaft den Mut haben, „die große theoretische Linie selbst gegen widerstrebendes Detail durchzuhalten“ (Nr. 55). Doch geht es bei den hier in Rede stehenden Ungereimtheiten und Widersprüchen eben nicht mehr um Details sondern um Systembrüche und nicht mehr um vereinzelte Ausrutscher sondern zusehends um gesetzgeberischen Alltag. Blickt man gar vom Zivil- aufs öffentliche Recht, so kann man an der Ordnungsaufgabe der Rechtswissenschaft leicht vollends verzweifeln. Von dieser Warte aus betrachtet, nimmt Ernsts Ziel der „Einheit der Rechtsordnung“, in der „alle geltenden Bestimmungen ihren systematischen Ort finden“ (Nr. 37) utopische Züge an.

Trotzdem hat Wolfgang Ernst jedenfalls mit seiner *Forderung*, die Jurisprudenz müsse für Ordnung sorgen, recht, denn letztenendes ist die klassische Jurisprudenz auch heute so unentbehrlich, wie das Larenz vor vierzig Jahren dargestellt hat<sup>16</sup>.

Dass sie sich mit Teilerfolgen begnügen müssen wird, ist kein Grund zur Resignation<sup>17</sup>. Andernfalls würde sie in der Tat „das Chaos, vor welchem man die Waffen zu strecken scheint, durch Unterlassung erst selbst mitverursachen“ (Nr. 49) – oder vielleicht sollte man besser sagen: verschlimmern. Die Auswirkungen kann man in den Vereinigten Staaten beobachten, wo die Jurisprudenz bereits vor Jahrzehnten jeglichen ernsthaften Ordnungswillen verloren, und der Rechtsstoff als ganzer (d. h. von Teilgebieten abgesehen) seither immer chaotischere Züge angenommen hat. Das gewichtigste Argument für die Ordnungsaufgabe der Rechtswissenschaft ist also nicht, dass diese Aufgabe wirklich zu bewältigen ist, sondern dass kein vernünftiger Weg am unablässigen Versuchen vorbeiführt. Es ist damit wie in einem Spruch, der im linken politischen Lager in den 1970er Jahren populär war: Du hast keine Chance, aber nutze sie.

### III. Ordnungssuche als Allzweck oder klassischer Kern?

Betrachtet man die Beiträge mit Blick auf die Unterschiede zwischen ihnen, so bilden sie (sei es durch weise Planung der Organisatoren der Konferenz, sei es durch

<sup>14</sup> von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Berlin 1848, Nachdruck Heidelberg 1988) S. 29.

<sup>15</sup> Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd I (1840), XII.

<sup>16</sup> Larenz, *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1966.

<sup>17</sup> So schreibt auch Ernst vom „Mass an Ordnung, das die Rechtswissenschaft dem Rechtsstoff zu geben vermag.“ (Nr. 50).

glücklichen Zufall) ein Gegensatzpaar, wie man es sich für den Zweck dieses Symposiums besser kaum wünschen könnte. Zwei (miteinander engverbundene) Unterschiede scheinen besonders wesentlich: Ernsts weist der Jurisprudenz eine viel engere Aufgabe zu als Fleischer (dazu sogleich), und er verfiert einen Perspektiven-Purismus, den Fleischer nicht teilt (dazu unten IV.).

Wolfgang Ernst versteht die Jurisprudenz fast ausschliesslich als Ordnungswissenschaft. Alle anderen Aspekte sind demgegenüber zweitrangig. Entweder sind sie letztendlich Mittel zum Zweck einer „möglichst erwartungssicheren Ordnung“ (Nr. 30), oder sie gehören auf Nebengebiete, die „die eigentliche Fachdisziplin“ nur „begleiten“. Natürlich dient die Rechtswissenschaft selbst mit ihren Ergebnissen wiederum anderen Zwecken, insbesondere der Lehre, letztendlich aber auch der Praxis. Doch bleibt sie selbst dabei ihrer „ordnungsstiftenden- und erhaltenden Grundaufgabe“ (Nr. 30) verpflichtet.

Holger Fleischer erkennt diesen Beruf zwar auch für das Wirtschaftsrecht an, geht aber bald darüber hinaus. Für ihn sind Begriffs-, Prinzipien- und Systembildung „klassische Aufgaben“, zu denen andere, vor allem neuere, hinzukommen. Für Fleischer ergeben sich aus veränderten Rahmenbedingungen „moderne Herausforderungen“ (S. 66–76), denen sich die Jurisprudenz stellen muss. Sie kann sich nicht mehr mit der dogmatischen Durchdringung und systematischen Ordnung des Stoffs begnügen. Vielmehr muss sie heute (unter anderem) den Funktionswandel des Wirtschaftsrechts weg von Verhaltensregulierung und hin zur juristischen Infrastrukturleistung mitbewältigen sowie sich mit der „Rekonfigurierung von Rechtsgebieten“ beschäftigen (S. 68). Hinzu kommen das Bedürfnis nach verstärkter Rechtstatsachenforschung, insbesondere nach empirischer Bewertung der praktischen Auswirkung von Reformen, sowie die Aufgabe der Integration aus dem Ausland übernommener Modelle.

Die Beiträge führen uns damit hier zu einer weiteren Frage, die für das Problem des *Propriums der Rechtswissenschaft* grundsätzliche Bedeutung hat: Soll sich die Rechtswissenschaft jedenfalls im Kern auf die klassische Hauptaufgabe des Ordnungstiftens konzentrieren oder darf sie sich aufspalten in eine Vielzahl von Zweigen, die, wie etwa empirische Forschung oder Infrastrukturleistung, mit dieser Hauptaufgabe kaum noch etwas zu tun haben? Die Frage kann hier nicht beantwortet werden. Allerdings geht, wenn der Eindruck nicht trügt, der Zug der Zeit auch in Europa zunehmend in weg von einem monolithischen Jurisprudenz-Verständnis Ernst'scher Prägung. Das hat weitreichende Konsequenzen nicht nur für Selbstverständnis und Arbeitsweise der Rechtswissenschaft, sondern auch für Wissenschaftsorganisation, personelle Besetzungen und Ressourcenverteilung. Hüten sollte man sich jedenfalls vor Modeerscheinungen, denn ihre Kurzlebigkeit bedeutet meistens, dass der Ertrag vorübergehend populärer Unterdisziplinen gering bleibt.

#### IV. Purismus oder Interdisziplinarität?

Ein zweiter wesentlicher Unterschied zwischen den Beiträgen besteht hinsichtlich der *Perspektiven*, unter denen sie die Jurisprudenz den Stoff bearbeiten lassen wollen. Fleischer bezeichnet die beiden „Stilrichtungen“ in Anlehnung an amerikanische Terminologie als „eingebettete“ und „nichteingebettete“ Rechtswissenschaft (S. 52).

Ernst vertritt das Konzept einer Ordnungswissenschaft vom positiven Recht mit heute vielleicht einzigartiger Konsequenz: Er verlangt von der Jurisprudenz, dass sie sich in quasi-asketischer Manier kategorisch auf den „*strictly legal point of view*“ (Nr. 15) beschränkt. Wie alle modernen Wissenschaften ihre „eigentümliche Durchschlagskraft“ gerade daraus beziehen, „dass sie ihren Gegenstand nur unter *einem* isolierten Gesichtspunkt untersuchen“ (id.), so muss auch das Wesen der Jurisprudenz „gerade in dieser Isolierung des rechtlichen Gesichtspunktes“ (id.) gegenüber anderen Elementen bestehen. Und wie Bernhard Windscheid verkündete, ethische, politische und wirtschaftliche Überlegungen seien nicht Sache des Juristen als solchen<sup>18</sup>, so sieht auch Wolfgang Ernst das „Jurist-Sein als solches“ (Nr. 20) definiert durch bewussten Ausschluss der soziologischen, wirtschaftlichen, psychologischen oder politischen Seite der Lebensvorgänge (Nr. 15). Der Jurist soll bei seinen (klassischen) Leisten bleiben, sonst unterminiert er den Anspruch der Jurisprudenz als Fachwissenschaft.

Solcher Purismus ist Fleischer's Wirtschaftsrechtswissenschaft fremd. Sie öffnet sich zunehmend gegenüber den Nachbardisziplinen. Dabei spielt insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts eine grosse Rolle. Unter ihrem Einsatz bemüht sich die Forschung, „die Funktionen und Wirkungen gesellschaftsrechtlicher Regeln herauszuarbeiten“ (S. 64).

Im Grunde scheiden sich die Geister damit an der Frage der Interdisziplinarität der Jurisprudenz. Das liegt daran, dass die Aufsätze aus der von beiden anerkannten Arbeitsteilung in den Wissenschaften gegenteilige Konsequenzen ziehen. Für Ernst erfordert diese Arbeitsteilung, alles Nichtjuristische den zuständigen anderen Fächern zu überlassen und deshalb aus der eigentlichen Jurisprudenz zu verbannen. Gerade in dieser Beschränkung liegt, „geschichtlich betrachtet, ... eine rechtskulturelle Errungenschaft ersten Grades“ (Nr. 18), hinter die man auf keinen Fall „zurückfallen“ sollte (Nr. 19). Für Fleischer hingegen kommt eben wegen fortschreitender Spezialisierung der Disziplinen „eine hermetische Abschirmung der Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarfächern heute weniger denn je in Betracht“ (S. 74). Freilich sieht auch Ernst das „wechselseitige Aufeinander-Angewiesen-Sein der Disziplinen“ (Nr. 22) und damit die Notwendigkeit der Zusammenarbeit mit ihnen; und freilich redet auch Fleischer nicht unreflektierter Übernahme ausser-

<sup>18</sup> *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen (hrsg. von Oertmann, Leipzig 1904), S. 112.

rechtlicher Gesichtspunkts das Wort (S. 76). Doch darf das nicht darüber hinwegtäuschen, dass es hier um wesentlich unterschiedliche Auffassungen von Rechtswissenschaft geht. Fordert Wolfgang Ernst „die Isolierung einer juristischen Fachwissenschaft“ (Nr. 22), so geht es bei Fleischer um „die Einbeziehung ausserrechtlicher Argumente in den rechtswissenschaftlichen Diskurs“ (S. 74). Etwas überspitzt gesagt: Bei dem einen dürfen Juristen als solche über wirtschaftswissenschaftliche Aspekte nicht reden, bei dem anderen müssen sie es.

Viele neigen heute mit Fleischer zu Offenheit gegenüber interdisziplinärem Arbeiten, denn dass Erkenntnisse aus anderen Fächern für juristische Forschung oft von grösster Bedeutung sind, ist weitgehend anerkannt und übrigen oft auch kaum zu bestreiten. Ernsts Purismus mit seiner Beschränkung auf den „*strictly legal point of view*“ wird dagegen manchen veraltet wirken. Doch begründet Ernst seine Position mit bedenkenswerten Argumenten: Ausserjuristische Elemente in der Rechtswissenschaft führen leicht zu Dilettantismus, verwischen die Grenzen zwischen den jeweiligen Verantwortungsbereichen, und verwässern die klassischen Ordnungsziele. Sieht man auf die Vereinigten Staaten, wo an den Law Schools seit Jahrzehnten immer stärker interdisziplinär gearbeitet wird, so wird man diese Bedenken teilen. Zwar hat die interdisziplinäre Forschung in den USA viele wichtige Erkenntnisse geliefert, insbesondere im Schnittbereich zwischen Jurisprudenz und Ökonomie, aber etwa auch im Zusammenspiel von Verfassungsrecht und Politologie sowie und allgemeiner zwischen Jurisprudenz und Soziologie, Geschichte, Anthropologie und anderen Fächern. Das hat den juristischen Diskurs enorm bereichert und auch den Studierenden Perspektiven geöffnet, die ihnen in der deutschen Juristenausbildung in aller Regel gänzlich verschlossen bleiben. Doch ist das interdisziplinäre Arbeiten in den Vereinigten Staaten mitunter auch erschreckend amateurhaft. Im übrigen geht es in der Tat auf Kosten stringenter juristischer Argumentation sowie systematischer Durchdringung des Stoffs. Das wiederum führt zu eben dem Struktur- und Orientierungsverlust, vor dem Ernst warnt. Das amerikanische Beispiel lehrt damit, dass bei der Aufweichung der Grenzen zwischen der Jurisprudenz und ihren Nachbarfächern deutsche Skepsis mindestens ebenso wichtig ist wie amerikanischer Enthusiasmus.

### Schlussbemerkung: Die Propria der Rechtswissenschaft

Betrachtet man insbesondere den Gegensatz zwischen einer eng auf Ordnungsaufgabe und „*strictly legal point of view*“ begrenzten und einer vielgestaltig-interdisziplinären Rechtswissenschaft aus transatlantischer Perspektive, so fällt einem Fausts bekannter Ausruf ein: „Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust.“<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Goethe, Faust. Der Tragödie Erster Teil. Vor dem Tor.

Einerseits hat Wolfgang Ernsts Bestehen auf einer klar definierten Ordnungsjurisprudenz grosse Anziehungskraft für einen in Deutschland sehr traditionell ausgebildeten (und für geraume Zeit lehrenden) Rechtswissenschaftler und insbesondere für einen Rechtshistoriker mit Blick auf das 19. Jahrhundert. Diese Anziehungskraft wird durch lange Erfahrung mit der chaotischen Natur des positiven Rechts in den Vereinigten Staaten verstärkt, denn dort zeigt sich, wie kostspielig dogmatisches Durcheinander, und wie kostbar deshalb eine systematische Struktur des Rechtsstoffs ist. Andererseits überzeugt Holger Fleischers breiter angelegte und gegenüber Nachfächern offenere Rechtswissenschaft den *legal scholar*, der an einer amerikanischen Hochburg interdisziplinärer Jurisprudenz forscht und lehrt. Ihm scheint die im 19. Jahrhundert verwurzelte und in Deutschland noch immer vorherrschende Jurisprudenz klassischer Prägung viel zu eng, weil er gelernt hat, das positive Recht in seiner vielfältigen Beziehung zur Umwelt und damit eigentlich aus sozial- bzw. kulturwissenschaftlicher Perspektive zu sehen. Man kann sich natürlich fragen, ob nicht beide Richtungen miteinander vereinbart werden können. Wolfgang Ernst verneint das durchgehend; Holger Fleischers Kombination von klassischen und neuen Aufgaben bejaht es vorsichtig. Hier muss es dahingestellt bleiben. Jedenfalls macht die Vorherrschaft der einen Richtung in Deutschland und der anderen jenseits des Atlantik deutlich, dass die Antwort auf die Frage nach dem *Proprium der Rechtswissenschaft* je nach Rechtskultur unterschiedlich ausfallen wird. Das steht auch beiden Autoren klar vor Augen (Nr. 2–3, S. 52–54).

Darüber hinaus zeigen ihre Beiträge deutlich, wie sehr diese Antwort von der juristischen Fachrichtung abhängt. Bei Wolfgang Ernst spürt man in jeder Zeile die Prägung durch römisches Recht und moderne Zivilistik. In der Tat haben die Zivilrechtler seit jeher ein besonders starkes Interesse an der Ordnungsfunktion der Jurisprudenz – und das mit gutem Recht: Durch seine Rolle als Kern der Juristenausbildung sowie als Grundlage anderer Fächer ist das Privatrecht besonders stark auf einheitliche Begriffe, klare Prinzipien und systematische Ordnung angewiesen. Im übrigen führt natürlich auch das ständige Arbeiten mit einer komplexen Kodifikation zu einer Betonung – und Wertschätzung – systematischer Strukturen. Wenn hingegen Holger Fleischer über diese Ordnungsfunktion weit hinausgehen will, so liegt das nicht unbedingt daran, dass seine Kontakte zum amerikanischen Recht ihm den deutschen Purismus verdorben hätten; vielmehr stehen für ihn eben als Wirtschaftsrechtler auch andere Sorgen im Vordergrund: Erforschung der Rechtswirklichkeit, Steuerungsprobleme, Effizienzüberlegungen, Europäisierung und Internationalisierung und anderes mehr. Zu recht deuten deshalb auch beide Beiträge in ihren Titeln an, dass sie nicht von jeglicher Jurisprudenz handeln, sondern von der Rechtswissenschaft in ihrem jeweiligen Fach.

Ist somit das *Proprium der Rechtswissenschaft* nicht nur durch die Rechtskultur, sondern auch durch die jeweilige Fachrichtung – sowie übrigens auch durch die konkreten Zeitbedürfnisse – bedingt, so ist es in der Jurisprudenz in der Tat wie in der faustischen Brust – nur noch schlimmer: Statt mit nur zwei Seelen haben wir

mit einer ganzen Vielzahl zu leben. *Das Proprium der Rechtswissenschaft* an sich gibt es also gar nicht, jedenfalls nicht im Sinne einer allgemeingültigen Bestimmung des Eigentlichen der Jurisprudenz. Stattdessen müssen wir ihre vielgestaltigen *Propria* in deren jeweiligem Zusammenhang zu ermitteln und zu verstehen suchen.



# Strafrecht



# Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin

*Günther Jakobs*

I. Ein Problemfall .....	104
II. These: Wissenschaft als Legitimations-, „Kritik“ .....	105
III. Die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft (Autoritäten) .....	107
IV. Die Moderne (Vernunft, Verstand; Freiheit und Gesellschaft) .....	108
A. Überblick .....	108
1. Neue Legitimation .....	108
2. Plausibilität .....	109
B. Entwicklungsstufen .....	110
1. Feuerbach .....	110
a. Recht und Moral (Vernunft: Freiheit) .....	110
b. Strafandrohungstheorie (Verstand: „psychologischer“ Zwang) .....	113
2. <i>Hegel</i> und die Hegelianer .....	115
a. Hegel (Sittlichkeit) .....	115
b. Hegelianismus am Beispiel Köstlins (gemeinsames Wohl) .....	115
3. Positivismus: Binding (bürgerliche Vernunft) .....	117
4. Naturalismus: von Liszt .....	119
a. Straftheorie (bürgerlicher Verstand) .....	119
b. Handlungs- und Verbrechensbegriff (Begriffspyramide) .....	121
5. Individueller und gesellschaftlicher Sinn: Welzel .....	123
a. Handlungsbegriff (individueller Sinn) .....	123
b. Sozialadäquanz (gesellschaftlicher Sinn) .....	126
6. Bemerkungen zur Gegenwart .....	127
a. „Trend“ .....	127
b. Beispiele .....	128
aa. Objektive Zurechnung (gesellschaftlicher Sinn) .....	128
bb. Schuldbegriff (Person als gesellschaftliche Konstruktion) .....	129
aaa. Aufbau .....	129
bbb. Wissensfehler und Wollensfehler („Funktionalismus“) .....	130
cc. Straftheorie (Erhaltung von Normgeltung) .....	132
V. Schlußbemerkungen .....	133
A. Resümee .....	133
B. Gesellschaft .....	133
C. Zur Wirklichkeit des Rechts .....	134
D. Erneut: der Problemfall (siehe I.) .....	134

## I. Ein Problemfall

In der Widmung der 1930 in zwei stattlichen Bänden erschienenen Festschrift für den allseits hoch geschätzten Kommentator *Reinhard von Frank* heißt es, mit seinem Hauptwerk, dem Kommentar „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz“, habe er „die Entwicklung der Wissenschaft begleitet und geleitet“; das Werk bilde ein „unentbehrliches Hilfsmittel für den Studenten und Referendar“, zugleich „eine Quelle reichster Anregung für die Wissenschaft“ und schließlich auch noch „einen sicheren Wegweiser für die Praxis aller Gerichte bis hin zu dem höchsten“.<sup>1</sup> Der Kommentar wird also mehreren gesellschaftlichen Systemen zugerechnet, dem Erziehungssystem, nämlich als Arbeitsmittel für Studenten und Referendare, ferner, etwas zurückhaltend, dem Wissenschaftssystem (zwar begleitet und leitet der Kommentar, aber er ist nur „Quelle reichster Anregung“, nicht etwa Schatzkammer vertiefter Erkenntnis und steht auch nicht für einen bestimmten Begriff des Strafrechts), sodann auch dem Rechtssystem selbst als Wegweiser zur gerichtlichen Entscheidung. Diese Zuordnungen erschöpfen den Zusammenhang nicht; in der letzten, 18. Auflage von 1931 findet sich die Angabe: „47.–50. Tausend“, ein deutlicher Hinweis nicht nur auf die große Beliebtheit des Werkes, sondern bei 4000 Exemplaren eines Kommentars von fast 900 Seiten allein bei der letzten Auflage auch auf seine Zugehörigkeit zum Wirtschaftssystem: Weder der Autor noch sein Verlag<sup>2</sup> verfolgten karitative Zwecke.

Aber selbst mit dieser Ergänzung ist noch nicht alles gesagt. *von Franks* Werk weist nicht nur die skizzierten strukturellen Kopplungen auf, sondern andere gerade nicht, und unter diesen anderen fällt auf, daß der Autor sich auf die Behandlung von Problemen des Zusammenhangs *im* Recht beschränkt und die Frage nach dem Zusammenhang *des Rechts mit der Gesellschaft* nicht stellt, jedenfalls nicht offen. Was sich bei einer Sicht von außen auf das Recht zeigt, wird nur als Reflex deutlich, nämlich bei der Darstellung des Verhältnisses von Norm und Strafrechtssatz. Es geht darum, ob *vor* dem Strafgesetz eine verbietende Norm anzunehmen sein müsse, – bekanntlich die These *Bindings*<sup>3</sup>. Die Angelegenheit wird brisant, sobald danach gefragt wird, wo diese vorstrafrechtliche Norm denn wohl herkomme: Solange man andere Rechtsgebiete, insbesondere das Zivilrecht oder das Polizeirecht, als Quellen nennt, bleibt die Antwort noch unverfänglich, dies aber nicht mehr, sobald man die Norm als eine *informelle* Produktion der Gesellschaft begreift, die damit *vor* dem Strafgesetz festlegt, welches Verhalten materiell rechtswidrig ist. So formu-

<sup>1</sup> *Hegler* in: *ders.* (Hg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1930, S. V.

<sup>2</sup> J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

<sup>3</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, Normen und Strafgesetze, 4. Auflage, 1922, S. 35 ff. – Die Herkunft der Normen bleibt bei *Binding* in einem Halbdunkel. Die soziologisch feinsinnige Herleitung aus „Kulturnormen“ durch *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 14 ff., hat *Binding* in scharfer Form bekämpft, a.a.O. Bd. 2, Schuld und Vorsatz, 1. Hälfte, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2. Auflage, 1914, S. 366 ff.

liert *Eb. Schmidt*: „Dieser materiell (antisoziale) Gehalt des Unrechts ist unabhängig von seiner richtigen Würdigung durch den Gesetzgeber (er ist ‚metajuristisch‘).“<sup>4</sup> Jetzt ergibt sich auf einmal die Möglichkeit, den Gesetzgeber im Namen der Gesellschaft zu kritisieren; denn er mag zuwenig unter Strafe gestellt haben oder, näherliegend, zuviel, insbesondere Bagatellen nicht aus dem Strafrecht ausgeschieden haben.<sup>5</sup> Auch mögen die vom Gesetzgeber vorgesehenen Rechtfertigungsgründe zu eng gezogen sein, so daß „übergesetzliche“ hinzutreten können, etwa der „rechtfertigender Notstand“.

*von Frank* verwirft solche Korrekturen des Gesetzes durch die Gesellschaft, genauer, durch deren Interpreten (den nicht mehr „wegzuinterpretierenden“ rechtfertigenden Notstand begreift er als rechtsordnungsinterne „Pflichtenkollision“<sup>6</sup>): „... so lange der Richter dem Gesetz unterworfen ist, kann er darüber nicht hinaus.“<sup>7</sup> *Radbruch* hat diesen Positivismus durch das Element der Rechtssicherheit zu überhöhen versucht;<sup>8</sup> *von Frank* dürfte bei seinen Ausführungen das in der bürgerlichen Gesellschaft verbreitete Vertrauen leiten, zwischen Gesellschaft und gesetztem Recht werde sich schon keine Kluft auftun, und deshalb bedürfe es keiner metadogmatischen Bemühungen der Interpreten der Strafgesetze.

Mit diesen Bemerkungen zu *von Franks* Kommentar, einem „Klassiker“ im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts, soll ein Problem skizziert werden, das heute, bei einer ins schier Unübersehbare angeschwellenen Literaturflut, noch dringender der Lösung harret: Wie soll das Wissenschaftliche oder doch immerhin wissenschaftlich Anregende aus der Gemengelage mit dem für das Rechtssystem Hilfreichen, dem Didaktischen und dem nur gut Verkaufbaren herausgefiltert werden, mit anderen Worten, es gibt höchst unterschiedliche Texte zum Strafrecht, – woran erkennt man die wissenschaftlichen?

## II. These: Wissenschaft als Legitimations-, „Kritik“

Die Antwort, die ich im folgenden mittels eines Blicks auf die Strafrechtswissenschaft der Neuzeit zu geben versuche, lautet, die wissenschaftliche Leistung erschöpfe sich nicht in der Bildung eines *klassifikatorischen* Systems, bildhaft, im Ordnen des Materials eines Handwerkskastens nach Schrauben und Nägeln, und auch nicht in der Bildung eines *teleologischen* Systems, also in dem Zurechtlegen der

<sup>4</sup> *von Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Auflage, besorgt von *Eb. Schmidt*, 1927, S. 174.

<sup>5</sup> Dazu *von Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Auflage, 1931, S. 2 u.

<sup>6</sup> *von Frank* (Fn. 5), vor § 32.

<sup>7</sup> *von Frank* (Fn. 5), S. 2 a. E. 3. Abs.

<sup>8</sup> *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 182f. – Es geht *Radbruch* entgegen einem geläufigen Verständnis nicht speziell darum, die Richter der Weimarer Zeit auf das positive Recht einzuschwören, wie das Erscheinungsjahr der hier zitierten ersten Auflage belegt!

Schrauben und Nägel in der Reihenfolge, in der sie gebraucht werden,<sup>9</sup> also nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, in der Unterscheidung von Recht und Unrecht nach vorgegebenen Kriterien, sondern sie behandle zudem und hauptsächlich die Frage nach der *Legitimation* des Strafrechts: Die Strafrechtswissenschaft hat auch die Antwort auf die Frage zu geben, welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht ist und welches nicht legitim, mit anderen Worten, welche Rede von Recht und Unrecht in einer bestimmten Zeit eine *wahre* Rede ist, die *wahre* Benennung der normativen Verfassung der Gesellschaft. Zur Wissenschaft gehört die Erarbeitung des normativen Selbstverständnisses der Zeit, die Zurückführung des Zusammenhangs der Rechtsinstitutionen auf den sie legitimierenden Grund. Damit ist nicht gemeint, jeder Wissenschaftler müsse diese Legitimitätsuntersuchungen aus seinem eigenen Kopf hervorbringen; was andere bereits geleistet haben, muß nicht wiederholt werden. Aber es ist doch gemeint, daß die ordnende Tätigkeit von einem erhellenden Legitimationsgrund her begriffen werden muß, wenn sie Wissenschaft sein soll. Wer sich als „Rechtsgehilfe“ *nur* im *Rechtssystem* aufhält, mag dieses fördern, ohne allein deshalb auch *Wissenschaft* zu betreiben. Das Werk dessen aber, der die Anstrengung des Rechtsbegriffs bis zum Legitimationsgrund leistet, kann – entgegen dem Diktum *von Kirchmanns* (1847) – durch „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers“ nicht makuliert werden, da der Grund nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht, dieser vielmehr, wenn er den Grund seinerseits verfehlt, nichts als Makulaturgesetze produziert.

Die Ordnung eines vorhandenen Materials nach Begriffen oder Zwecken ist schon Voraussetzung jeder konsequenten *Rechtsanwendung* und nicht wissenschaftsspezifisch. Eine solche Ordnung kann auch retrospektiv vorgenommen werden, etwa indem man heute ein System des Römischen Rechts entwickelt, oder utopisch, etwa als System der Rechte und Pflichten im entwickelten Kommunismus. Die Wissenschaft verbindet das Recht mit dem Geist ihrer Zeit und ordnet sowie legitimiert oder delegitimiert es aus diesem Geist. Je nach der Zeit kommen höchst unterschiedliche Ordnungs- und Legitimationsgründe in Betracht: Die Autorität des Alten und der Alten, Vernunft und Verstand, letzterer als Grund effektiver Gestaltungen oder deduktiver Begrifflichkeit, Sachlogik, und in der Gegenwart der zur Gestalt der Gesellschaft geronnene Geist und anderes mehr. – Die skizzierte These dürfte im Fortgang bei der Behandlung einiger markanter historischer und gegenwärtiger Positionen an Plausibilität gewinnen; die Legitimationsfrage stellen deren Autoren allemal.

---

<sup>9</sup> *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: *Hegler* (Fn. 1), S. 158 ff.

### III. Die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft (Autorität)

Die drei alten Fakultäten, die theologische, die juristische und die medizinische Fakultät, bilden für die Praxis aus und sollen das Niveau der Praxis steigern. Was speziell die strafrechtliche Praxis betrifft, so bleibt sie bis weit ins 18. Jahrhundert von modernen Strömungen einigermaßen unberührt. In der Staatstheorie der Aufklärung wird zwar das Strafrecht stets erwähnt und teils auch gründlich behandelt, etwa bei *Grotius*, *Hobbes* und vorweg *Pufendorf* mit seiner wirkungsmächtigen Imputationslehre<sup>10</sup>, aber die Praxis erreicht das kaum. Ihr Vorbild ist vielmehr das von 1635 bis 1758 immer wieder neu edierte<sup>11</sup> Werk von *Carpzov* „*Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*“,<sup>12</sup> in dem dieser unter Berücksichtigung der Spruchpraxis des Leipziger Schöppenstuhls, des römischen Rechts, der italienischen Jurisprudenz, der *Constitutio Criminalis Carolina* und des sächsischen Rechts (auch das kanonische Recht sowie die Bibel, Kirchenväter und weiteres mehr finden sich) detaillierte Strafrechtlehren entwickelt, und zwar nicht deduktiv, sondern durch ausführliche Darstellung und Gewichtung der vorhandenen Rechtsmeinungen und der für und gegen sie sprechenden Argumente. Wenn *Carpzov* wegen dieses Werkes als „der eigentliche Begründer einer deutschen gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft“ und als der „praktisch wie *wissenschaftlich* vielleicht einflußreichste deutsche Jurist überhaupt“ bezeichnet wird,<sup>13</sup> so ist das, was die Wissenschaftlichkeit angeht, jedenfalls insoweit richtig, als *Carpzov* einen Zusammenhang der strafrecht dogmatischen Sätze zu geben versucht, die der verbindlichen Gerichtspraxis angehören, durch Autoritäten legitimiert und in diesem Sinn für seine Zeit *wahr* sind, so wie er die nicht so darstellbaren Sätze als nicht geltend, *unwahr*, verwirft. *Carpzovs* Darlegungen, obgleich präskriptiv gemeint (formuliert sind sie zumeist deskriptiv), lassen sich ohne Schwierigkeiten an dem *Code* wahr/unwahr ausrichten, wobei „wahr“ als „richtige Aussage zur legitimen Gerichtspraxis“ zu verstehen ist und „unwahr“ als diesbezüglich „falsche Aussage“.

Was das *Programm* angeht, mit dem bei *Carpzov* die wahren Sätze von den unwahren geschieden werden, so ist es mit seiner Orientierung an Autoritäten, Rechtsgesetzen, und einer – nicht völlig rationalisierbaren – Überzeugungskraft von Argumenten sowie vorweg mit dem – gelingenden! – Bemühen, (am Beispiel der Tötungsdelikte) einen Zusammenhang, ja nahezu ein System der strafrechtlichen Zurechnung zu entfalten,<sup>14</sup> für seine Zeit und für weit mehr als einhundert Jahre von hoher Plausibilität, das heißt, von einer für die Praxis hinreichenden Wahrheit.

<sup>10</sup> *Welzel*, Die Naturrechtslehre des Samuel Pufendorf, 1958, S. 84 ff.

<sup>11</sup> Nachweise der Auflagen bei *Oehler*, Benedikt *Carpzov*. Strafrecht nach neuer Kurfürstlich-Sächsischer Praxis, 2000, S. III\* f.

<sup>12</sup> *Carpzov*, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium* in Partes III, 1635.

<sup>13</sup> *Kleinheyer/Schroeder*, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 1976, S. 50, Hervorhebungen nicht original.

<sup>14</sup> *Carpzov*, Pars I, Quaestiones 1–32 (Fn. 12, zitiert nach *Oehler*, Fn. 11).

Wenn die kompilatorische Methode *Carpzovs* (nicht erst) heute als unwissenschaftlich abgetan wird – aus heutiger Sicht ist *Carpzovs* „Practica Nova“ ein höchste Gelehrsamkeit ihres Autors ausweisendes Kompendium für die Gerichtspraxis – so wird es doch seinerzeit als Wissenschaft verstanden, nämlich *als Entwicklung des* – nach damaligem Verständnis – *legitimen strafrechtlichen Zusammenhangs mittels einer* – ebenfalls nach damaligem Verständnis – *anerkannten Methode*.

Mit den Merkmalen *Zusammenhang* (also *System*) und *Methode* erreicht *Carpzov* freilich die moderne, in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts beginnende und sich rasch entfaltende Strafrechtswissenschaft nicht; denn für *Carpzov* ist die Autorität „der Alten“ und „des Alten“ fraglos maßgeblich, und das trennt ihn von der *alles* in Frage stellenden Aufklärung. Diese Autorität begründet *Carpzov* nicht, nimmt sie vielmehr als gegeben hin und steht insoweit – in der Mitte des 17. Jahrhunderts und bis in die Mitte des 18. wirkend – noch voraufklärerisch in einer vielleicht als gottgewollt akzeptierten, jedenfalls nicht problematisierten Tradition.

#### IV. Die Moderne (Vernunft, Verstand; Freiheit und Gesellschaft)

##### A. Überblick

##### 1. Neue Legitimation

*Carpzovs* Epoche endet, als es die Strafrechtswissenschaft übernimmt, nicht alte Legitimation weiterzuleiten, sondern neue Legitimation zu schaffen. Nach dem neuen Programm werden nicht allein vorgegebene Rechtsquellen interpretiert und die Ergebnisse systematisiert, sondern es muß erst einmal ausgemacht werden, was überhaupt als Quelle in Betracht kommt, und hier drängen sich Verstand und Vernunft nach vorne, vor die Autorität; zumindest muß bestimmt werden, mit welcher Intention die alten Texte zu traktieren sind, und diese Intention ist nicht mehr die „Erhaltung der guten Ordnung“, sondern „Ermöglichung von Freiheit“. Die gegenüber der „guten Ordnung“ andere Seite des Rechts, das Recht als Zwangsordnung, wird problematisiert und kann nur dergestalt legitimiert werden, daß es den Leitstern der Moderne, Freiheit, nicht verdunkelt, vielmehr hervorhebt: Recht, Strafrecht als Bedingung von Freiheit.

Das kann Unterschiedliches bedeuten, nämlich zum einen Strafrecht als vernunftbegründetes Instrument der bürgerlichen Gesellschaft, die ihrerseits ein vernunftbegründetes Instrument zur Garantie der Freiheit der Bürger zu sein hat (*Feuerbach*), und zum anderen Strafrecht als Teil der normativen Struktur, der staatlichen Verfassung der Gesellschaft, wobei der Staat als sittliche Institution der vernünftigen Freiheit die Substanz vorgibt (*Hegel*). Das letztgenannte Modell zeigt vielleicht übertrieben stark, was im erstgenannten freilich zu verschwinden droht: Strafrecht als Teil der normativen Struktur der Gesellschaft. Strafrecht ist eine gesellschaftliche Veranstaltung, nicht ein Unternehmen einzelner, und deshalb wer-

den, gleich welchem der Modelle man anhängt, subkutan oder offen die strafrechtlichen Begriffe von der Gesellschaft vorgegeben oder doch vermittelt. Ein Täter ist nur in einer Gesellschaft überhaupt Täter, und insbesondere ist seine Schuld eine Zuschreibung durch die Gesellschaft. Bei dieser Sichtweise verschwindet nicht etwa die Freiheit, vielmehr geht es um die Bedingungen, unter denen sie als gesellschaftlich anerkannte überhaupt möglich ist, nämlich als Freiheit von Personen, von Trägern von Rechten und Pflichten, nicht von vorrechtlich gedachten Individuen.

Diese funktionale Sicht muß nicht die gesamte Zurechnungslehre umstürzen; denn der Sache nach bildet jede Gesellschaft Regeln aus, die im großen und ganzen funktional gestaltet sind, – ansonsten zerbräche die Gesellschaft. Freilich wird noch zu zeigen sein, daß es der Arbeit mehr als eines Jahrhunderts bedurfte, um unter den sich immer mehr als Schutt offenbarenden psychologisierenden Zurechnungsbrocken ein sinnvolles Gefüge zu finden, und ein solcher Sinn kann gegenwärtig nur gesellschaftsfunktional hergestellt werden.

Der Täter eines Verbrechens bleibt Person,<sup>15</sup> und deshalb muß Strafe nicht nur als gesellschaftlich unumgänglich, sondern auch als ihm, dem Täter, gegenüber legitim ausgewiesen werden. Mit der schlichten Aussage der Aufklärung, Strafe solle abschrecken, ist es seit *Kant* nicht mehr getan, aber sein Gedanke einer verdienten, ansonsten freilich zwecklosen Strafe könnte heute ebensowenig befriedigen. Auch das soll nachfolgend genauer ausgebreitet werden, wobei allerdings die verbreiteten sogenannten Vereinigungstheorien, die entweder das Verdiente mit dem Zweckvollen in steter Harmonie sehen oder das eine oder das andere je nach Situation prävalieren lassen wollen, nicht weiter beachtet werden – keine Theorien, sondern Sammelsurien.

## 2. Plausibilität

Im Ergebnis ist es also in der modernen Strafrechtswissenschaft mit einem methodisch errichteten Systembau nicht getan: Die Methode – personalistisch, begriffsjuristisch, ontologisierend, teleologisch oder modern: gesellschaftsfunktional – und das verwendete Material müssen als einer freiheitlichen Gesellschaft zugehörig dargetan werden. Daß dabei über Plausibilitäten nicht hinauszukommen ist, soll sofort zugestanden werden: „Wahr“ im Sinne von „gewiß“ sind die Sätze der Strafrechtswissenschaft nur im Fall ihrer absoluten Trivialität. Auch wenn es sich um die höchstmögliche Plausibilität handelt und unter konkurrierenden Systemen allein dasjenige mit der umfassenderen Erklärungskraft gilt, bleibt ein Abstand zur Gewißheit: Das Plausible ist nun einmal wandelbar. An den Unbequemlichkeiten des nur Vorläufigen gibt es aber in der Strafrechtswissenschaft kein Vorbeikommen; denn mehr als Plausibilität läßt sich nach der Erschöpfung der Erklärungskraft von Gottes Vernunft (mit Gottes *Willen* war Sicherheit nie zu erreichen) und von ihrem

---

<sup>15</sup> Zum Ausnahmemodell des Feindstrafrechts siehe unten IV. C.

Echo in der menschlichen Vernunft des deutschen Idealismus nur noch in der entzauberten (*M. Weber*<sup>16</sup>), also sinnlosen, kausal-determinierten Welt ausmachen, und dort gibt es Gewißeheiten nur in den Naturwissenschaften und im Formalen,<sup>17</sup> etwa in der Logik und der Mathematik.

Dem zum Trotz entwickeln sich in der modernen Gesellschaft unter den Oberbegriffen des Vernünftigen und Verständigen Sinnzusammenhänge, die sich zwar als wandelbar, aber nicht als *für ihre Zeit* beliebig darstellen lassen: Freiheit wurde bereits genannt, daneben treten etwa politische Gleichheit, wirtschaftliche Partizipation, Selbständigkeit, Solidarität, Sicherheit etc., aber auch einiges „eine Etage darunter“, zum Beispiel Fairneß des Gerichtsverfahrens oder Widerspruchsfreiheit von Entscheidungen. Was das jeweils heißt, ob es die Gestalt der Gesellschaft der Zeit maßgeblich mitbestimmt, wenn ja, in welchem Maß es als Legitimationsgrundlage des Strafrechts und als Argument bei der Gesetzesinterpretation oder bei der juristischen Konstruktion verwendet werden kann oder gar muß, das wird kaum je gewiß sein, zumindest nicht für geschichtsbewußte Strafrechtswissenschaftler, aber es mag doch solchermaßen plausibel werden, daß es nicht vernachlässigt werden kann, und das heißt, es sei mangels besserer Alternativen als praktisch wahr zu nehmen.

## B. Entwicklungsstufen

### 1. Feuerbach

#### a. Recht und Moral (*Vernunft: Freiheit*)

In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zeichnet sich eine machtvolle aufklärerische Wende ab, zunächst in der Kriminalpolitik, verbunden mit den Namen *Beccaria*<sup>18</sup>, *Sonnenfels*, dem Mitschöpfer der *Josephina*<sup>19</sup>, sowie *Hommel*<sup>20</sup>, und in ausdrücklicher Wendung gegen die „Carpzovsche Tyrannei“<sup>21</sup> spricht *Feuerbach* 1799 allen Bemühungen die Wissenschaftlichkeit ab, die sich nicht durch „bestimmte Begriffe und ... feste, hell und deutlich gedachte allgemeine Grundsätze“ auszeichnen.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> *M. Weber*, Wissenschaft als Beruf, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Auflage, hg. von *Winckelmann*, 1968, S. 582 ff., 594.

<sup>17</sup> *Kelsens* Rechtslehre kennt demgemäß Gewißeheiten: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Auflage, 1923, S. 3 ff.; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 16 ff., 47 ff.; *ders.*, Reine Rechtslehre 2. Auflage, 1960, S. 1 ff.

<sup>18</sup> *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen. Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und hg. von *Alff*, 1966.

<sup>19</sup> Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung, 1787; zu *Sonnenfels* siehe *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 13), S. 250 ff.

<sup>20</sup> *Hommel*, Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht, 1784, hg. von *Rüping*, 1998.

<sup>21</sup> *von Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Teil, 1799 (Nachdruck 1966), S. XVII.

<sup>22</sup> *von Feuerbach* (Fn. 21), S. XII.

Es ist weniger das Fehlen „bestimmter Begriffe“ als dasjenige „allgemeiner Grundsätze“, das *Feuerbach* an *Carpzov* mißbilligt. Die Begrifflichkeit, genauer, der Definitionsumfang, ist bei *Carpzov* nicht sonderlich unbestimmt, aber bei der (in *Feuerbachs* Sicht) Heterogenität seiner Erkenntnisquellen – vom Wortlaut römischer Gesetze über italienische Autoritäten und die CCC bis zur Plausibilität von Argumenten (homogen ist nur das dominierende Autoritative, aber das erkennt *Feuerbach* nicht an) – kann eben von „allgemeinen Grundsätzen“ nicht die Rede sein. *Feuerbach* „verkauft“ seine Gedanken zwar unter dem Titel „Genauigkeit statt Willkür“, gemeint ist aber „Vernunft statt Berufung auf Autoritäten“, *ein* Geist statt *vieles* Geschichten, – *Hegels* „*ein* Geist in *einer* Geschichte“ war noch nicht formuliert.

Das Programm der Wissenschaft hat sich also um 1800 radikal verändert. Die traditionellen Titel haben nach der Französischen Revolution abzutanken; römisches Recht, die CCC, das alles ist nur noch Spielmaterial für den Geist der Erneuerung, und trotz *Feuerbachs* Versicherung, er wolle „die Anmaßungen der Philosophie in dem peinlichen Rechte einschränken“ und die „Jurisprudenz“ darauf zu konzentrieren, „eine unterthänige Dienerin der Gesetze zu sein“,<sup>23</sup> soll die „Dienerin der Gesetze“ diesen erst einmal vorschreiben, wie sie auszusehen haben. Statt diverse normative Behauptungen gegeneinander abzuwägen, gilt es nunmehr, das Allgemeingültige zu bestimmen: Was kann überhaupt und in welcher Hinsicht Gegenstand strafrechtlicher Regelungen werden?

*Feuerbach* macht sich sogleich in seiner ersten größeren Arbeit an die Lösung dieser Aufgabe: „Kritik des natürlichen Rechts“, 1796,<sup>24</sup> wobei „Kritik“ hier im *kantischen* Sinn zu verstehen ist, also als Bestimmung der Möglichkeit und Grenzen des natürlichen Rechts. Die Stoßrichtung des Unternehmens wird deutlich, wenn man einige der Fragen nennt, die *Feuerbach* sich selbst vorlegt, nämlich „Wie sind äußere Rechte möglich?“, wobei „äußere Rechte“ solche sind, „welche in ihrer Materie dem Sittengesetz widersprechen“,<sup>25</sup> und: „Wie sind freie Rechte möglich?“, gemeint sind Rechte, „die moralisch indifferente Rechte zur Materie haben“.<sup>26</sup> Sein Programm ist damit offenbar: Rechte sollen von moralischen Positionen getrennt werden; nichts soll nur deshalb verboten oder gar strafbar sein, weil es unmoralisch ist,<sup>27</sup> vielmehr soll der Staat die Rechte der in liberaler Weise isoliert gedachten Personen (und seine eigenen Rechte) schützen und bei deren Verletzung strafen,<sup>28</sup> ansonsten aber

<sup>23</sup> von *Feuerbach* (Fn. 21), S. X.

<sup>24</sup> von *Feuerbach*, Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, 1796 (Nachdruck 1963).

<sup>25</sup> von *Feuerbach* (Fn. 24), S. 87.

<sup>26</sup> von *Feuerbach* (Fn. 24), S. 88.

<sup>27</sup> von *Feuerbach* (Fn. 24) spricht von der Erfüllung des Sittengesetzes, S. 259 (dazu *Gallas* J. P. A. *Feuerbachs* „Kritik des natürlichen Rechts“, 1964; S. 20 f.), aber das Ergebnis ist äußere Freiheit!

<sup>28</sup> von *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 11. Auflage, 1832, § 23.

nicht, mit anderen Worten, es gilt, einen „vom Sittengesetz verschiedenen in dem berechtigten Subjekt an sich gegebenen Grund des Rechts zu finden“.<sup>29</sup>

*Feuerbach* wird auch fündig; er konstatiert, daß die Erfüllung des Sittengesetzes Freiheit des sittlich Verpflichteten voraussetzt und deshalb diesem gegenüber Zwang ausschließt, es sei denn, er nehme anderen Personen deren Freiheit: „Recht ist eine, durch die Vernunft bestimmte, Möglichkeit des Zwangs, oder ein von der Vernunft um des Sittengesetzes willen bestimmtes Erlaubtseyn von Zwang.“<sup>30</sup> Das Sittengesetz ist damit aus dem *Inhalt* des Rechts ausgeschieden und fungiert nur noch als möglicher Bestimmungsgrund der vom Recht einzig zu schützenden Freiheit, und zwar auch im Fall ihres unsittlichen Gebrauchs.<sup>31</sup> – Nahezu zeitgleich, 1797,<sup>32</sup> entwickelt *Kant* seinen Rechtsbegriff: „Recht ist ... der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

Für *Feuerbach* können im Ergebnis bei den Beziehungen zwischen nicht *besonders* verbundenen Personen, also bei Jedermannsbeziehungen, nur die *negativen* Pflichten strafbewehrt werden,<sup>33</sup> und das sind die Pflichten, den anderen nicht zu verletzen, während die *positiven* Pflichten, die Pflichten zur Verbesserung der Lage des anderen, „einen besonderen Rechtsgrund“ verlangen, also allemal einen *Rechtsgrund*, der Bestand einer moralischen Verbindlichkeit reicht per se nicht hin.

Das ist der strafrechtliche Abschied von der Staatstheorie und Strafrechtstheorie des aufgeklärten Absolutismus. Kurz zuvor, 1794, wurde das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten in Kraft gesetzt, und in diesem heißt es noch an prominenter Stelle, nämlich bei der Bestimmung der „allgemeine(n) Grundsätze des Rechts“ in der „Einleitung“<sup>34</sup>: „Ein jedes Mitglied des Staates ist, das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens, nach dem Verhältniß seines Stands und Vermögens, zu unterstützen verpflichtet.“ Das ist ein Grundsatz aus vorrevolutionärer Zeit, wirkungsmächtig propagiert durch *Chr. Wolff*, nach dessen Lehre jedermann „verbunden“ ist, „dem anderen mit seinem Vermögen, seiner Arbeit, seiner Hilfe und seinem Exempel (!) vielfältig zu dienen“,<sup>35</sup> und im „gemeinen Wesen“ gilt es, die „gemeine Wohlfahrt“, also den „ungehinderte(n) Fortgang in der Beförderung

<sup>29</sup> von *Feuerbach* (Fn. 24), S. 238.

<sup>30</sup> von *Feuerbach* (Fn. 24), S. 259.

<sup>31</sup> von *Feuerbach* (Fn. 24), S. 289 ff.

<sup>32</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, 2. Auflage, 1798, in: Weischedel (Hg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Bd. IV, 1963, S. 305 ff., S. 337.

<sup>33</sup> von *Feuerbach* (Fn. 28), § 23.

<sup>34</sup> Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (Nachdruck 1970), Einleitung § 73.

<sup>35</sup> *Chr. Wolff*, Vernünfftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen, 4. Auflage 1736 (Nachdruck 1975), § 1.

des gemeinen Bestens<sup>36</sup> weder durch Handlungen zu stören noch zu unterlassen, „was dazu dienlich befunden wird.“<sup>37</sup>

Diese Verpflichtung auf das Allgemeine wird von *Feuerbach* weggeschoben: Freiheit der Person statt „Beförderung des gemeinen Bestens“. Was heißt das im einzelnen? Für jeden Verbrechenstatbestand muß dargetan werden, daß ein Recht einer Person oder ein Recht des Staates verletzt wird. Römischrechtliche Tatbestände, etwa das *falsum*, müssen also in einzelne Rechtsverletzungen aufgegliedert und, soweit das nicht möglich ist, verworfen werden; einzelne Rechtsverletzungen sind danach Betrug<sup>38</sup>, Meineid, Münzdelikte, – beiläufig, bei der Urkundenfälschung ist *Feuerbachs* Postulat heute noch nicht erfüllt.<sup>39</sup> Freilich ist bei *Feuerbach* nicht stets klar, ob nicht einzelne Ausführungen *de lege ferenda* zu verstehen sind, da die „Philosophie des Strafrechts“ zwar als erste Quelle des „gemeinen deutschen Criminalrechts“ genannt wird, dies aber nur, „so weit diese (scil. die Philosophie, *G. J.*) in ihrer Anwendung nicht durch positiv gesetzliche Bestimmungen beschränkt wird,<sup>40</sup> also hauptsächlich durch das römische Recht und durch die CCC.

Auch abgesehen davon wird der liberale Wein dadurch verwässert, daß *Feuerbach* – für seine Zeit: geradezu selbstverständlich – „Polizeyvergehen“ kennt, also strafbare Verstöße gegen polizeiliche Gesetze, die „an sich nicht rechtswidrige Handlungen ... verbieten“.<sup>41</sup> Unter diesen „Polizeyvergehen“ finden sich dann auch solche, durch welche Gesetze der Sitten- oder Bevölkerungspolizei übertreten werden: Konkubinat, Hurerei, Inzest etc.<sup>42</sup> Immerhin kommentiert *Feuerbach* diese Erscheinungsform von Strafgesetzen wie folgt: „Sehr leicht kann die Polizeystrafgesetzgebung mißbraucht werden, um alle menschliche Freiheit in Fesseln zu schlagen und aus dem Bürger eine lebende chinesische Puppe zu machen, die kein noch so unschuldiges Schrittchen thun kann, ohne in Strafe zu fallen.“<sup>43</sup>

#### b. Strafandrohungstheorie (Verstand: „psychologischer“ Zwang)

Wenn *Feuerbach* als der Begründer der modernen Strafrechtswissenschaft gilt, so nicht zuletzt wegen seiner Ausführungen zu deren Grundproblem, zur Frage nach dem Verhältnis von Strafgerechtigkeit und Prävention. *Kant* hat eine Antwort gegeben, die Prävention auszuschließen scheint: „Richterliche Strafe ... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den

<sup>36</sup> Wolff (Fn. 35), § 213.

<sup>37</sup> Wolff (Fn. 35), § 217.

<sup>38</sup> Zur Täuschung beim Betrug als Rechtsverletzung Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 65 ff., 139 ff.

<sup>39</sup> Jakobs, Urkundenfälschung. Revision eines Täuschungsdelikt, 2000, S. 5 ff.

<sup>40</sup> von *Feuerbach* (Fn. 28), § 5.

<sup>41</sup> von *Feuerbach* (Fn. 28), § 22.

<sup>42</sup> von *Feuerbach* (Fn. 28), §§ 432 ff., 449 ff.

<sup>43</sup> von *Feuerbach* (Fn. 28), § 22 Anm. b.

Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wogegen ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann.“<sup>44</sup>

Das mag allerfeinste Philosophie sein, ist aber damit noch keine gute Strafrechtswissenschaft; denn diese muß auch eine Theorie entwickeln, wie hoch die Strafe auszufallen hat, und eine reine Gerechtigkeits- oder Schuldvergeltungstheorie kann das mangels jeglichen Bezugs zu empirischen Größen nicht leisten.<sup>45</sup> *Kant* hat gemeint, dem Problem durch die Bestimmung der Strafe als Talion beizukommen, – ein Versuch, über den die Philosophie mit Spott<sup>46</sup> und die Strafrechtswissenschaft nahezu schweigend hinweggegangen sind, beide zu Recht, da *Kant* sich selbst nicht darüber klar war, was spiegelnd auszugleichen sein soll, der Schaden beim Opfer – so beim Mord, Tod gegen Tod, genauer, Tod für Tod, ohne Blick auf die *allgemeine* Erschütterung der Geltung des Tötungsverbots – oder der Sozialschaden – so beim Diebstahl, Sklaverei für die *allgemeine* Verunsicherung des Eigentums.<sup>47</sup>

Der *Kantianer Feuerbach* versucht, das Problem mittels einer Theorie des psychischen Zwangs zu lösen: Die Strafe wird *verhängt*, weil verbrochen worden ist, aber sie wird *angedroht*, damit nicht verbrochen wird, und zwar soll die Drohung so bemessen werden, daß die „sinnliche Triebfeder zur Tat“ aufgehoben wird.<sup>48</sup> „... wenn jeder Bürger gewiß weiß, daß auf die Uebertretungen ein größeres Übel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Handlung entspringt,“ wird, so *Feuerbachs* Kalkül, niemand mehr delinquieren. Diese Theorie hat mehrere Nachteile,<sup>49</sup> von denen die Anknüpfung an die zu paralyisierende Motivstärke am schwersten wiegt; denn diese Stärke hat mit dem drohenden Sozialschaden nicht zwingend etwas gemein – zu einem Bagatelldelikt mögen stärkste Motive treiben, und ein Mord mag leichthin begangen werden. So scheitert *Feuerbach*, weil er sich an der Einzelheit des Verbrechers, an seinem Motiv, orientiert statt am Gesamten, am Sozialschaden. Diese unglückliche Vertauschung wird sich noch einige Mal wiederholen.

<sup>44</sup> *Kant* (Fn. 32), S. 453. *Kant* fährt fort: „Er (der Verbrecher, *G. J.*) muß vorher *strafbar* befunden sein, ehe (!) noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen ... zu ziehen.“ Also darf *nachher* Nutzen gezogen werden. Siehe den Brief *Kants* an *Erhard* vom 21. 12. 1792, in: *H. E. Fischer* (Hg.), Briefwechsel von Imm. *Kant*, Bd. 2, 1912, S. 340 f., 341. Weitere Äußerungen *Kants* in diesem Sinne nennt *Schild*, Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 70 (1984), 71 ff., 76 ff.

<sup>45</sup> *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 16 ff.

<sup>46</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1820/21), in: *Glockner* (Hg.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe in 20 Bänden, Bd. 7, Nachdruck 1952, § 101 Anm. (S. 158).

<sup>47</sup> *Jakobs* (Fn. 45), S. 16 f.

<sup>48</sup> *von Feuerbach* (Fn. 21), S. 44 f.

<sup>49</sup> *Jakobs* (Fn. 45), S. 21 ff.

## 2. Hegel und die Hegelianer

### a. Hegel (Sittlichkeit)

Was das Verhältnis von Strafgerechtigkeit und Prävention betrifft, so sind es nicht *Kant* und *Feuerbach*, die bis über die Mitte des 19. Jahrhunderts hinaus die Theorie vorgeben, sondern es ist *Hegel* mit seiner Schule. Bei *Hegel* hat das Verbrechen, die Verletzung „des Rechts als Recht“,<sup>50</sup> nur eine Existenz, die „in sich nichtig“ ist, was heißt, nicht dauerhaft anschlussfähig, nicht als Grundlage einer wirklichen Gesellschaft geeignet, und die Strafe als Verletzung des verbrecherischen Willens ist ihrerseits die Vernichtung des Unrechtlichen, in diesem Sinn „Wiederherstellung des Rechts“<sup>51</sup> und damit zugleich Anerkennung der Vernünftigkeit des Straftäters, der mit der Strafe nicht etwa als Gefahrenherd beseitigt, sondern „als Vernünftiges geehrt“ wird.<sup>52</sup>

Was das Strafmaß angeht, so muß es nicht in der „Art“ der Tat entsprechen, sondern in deren „Wert“,<sup>53</sup> genauer, Unwert. Dies legt *Hegel* bereits im abstrakten Recht dar, also bei der Entwicklung des *Mindest*programms des vom Denknötwendigen in die Wirklichkeit tretenden Rechts, mit *Hegels* Worten, beim ersten Schritt der Entwicklung des Begriffs zur Idee. Freilich ist mit dem abstrakten Verweis auf die Wertgleichheit wenig gesagt, was *Hegel* durchaus erkennt; denn bei der Darstellung der bürgerlichen Gesellschaft, also des eher sozialtechnischen Teils des Staates, kommt er auf das Problem zurück und bindet das Strafmaß an die „Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft“,<sup>54</sup> so daß eine ihrer selbst sichere Gesellschaft milder strafen kann als eine solche, die mit dem Rücken an der Wand steht. Nahezu unwirsch verbittet er sich die Frage nach Einzelheiten: „Ein Strafkodex gehört ... seiner Zeit und dem Zustand der Gesellschaft in ihr an“;<sup>55</sup> Einzelheiten sind insofern kein Gegenstand der Philosophie.

### b. Hegelianismus am Beispiel Köstlins (gemeinsames Wohl)

Dieses Modell, eine absolute, ja als *logisch* behauptete Straftheorie mit einer elastischen Strafmaßbestimmung, blieb über ein halbes Jahrhundert lang wissenschaftlich leitend, was nur möglich war, weil die Elastizität es zuließ, das Anliegen der Aufklärung, Prävention, in ihm unterzubringen, *hegelsch*: es aufzuheben. In der *Hegelschule*, die entgegen der geläufigen Annahme keineswegs aus willigen Vollstreckern von Anordnungen *Hegels* bestand,<sup>56</sup> sondern die das Strafrecht durchaus

<sup>50</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 95.

<sup>51</sup> *Hegel* (Fn. 46), §§ 97, 99.

<sup>52</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 100 mit Anm.

<sup>53</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 101.

<sup>54</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 218.

<sup>55</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 218 Anm.

<sup>56</sup> Siehe aber *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, 1965, §§ 267 ff.

kritisch weiterzuentwickeln suchte,<sup>57</sup> wurde der „Einbau“ der Prävention in die Strafrechtstheorie am gründlichsten von *Köstlin* unternommen. Skizzenhaft<sup>58</sup>: Wenn relative Strafzwecke zu berücksichtigen sein sollen, so müssen sie sich *begriffsnotwendig*, eben bei der Entfaltung des Begriffs, ergeben.<sup>59</sup> Bei dieser Entfaltung kommt *Köstlin* zu einem anderen Ergebnis als *Hegel*, da er den Staat mit abweichendem Inhalt bestimmt: Dieser ist bei *Köstlin* nicht sittliche Substanz, an der die Subjekte nur als Akzidenzien teilhaben, vielmehr sei „das objektiv Sittliche wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt“, und mithin sei „das Individuum nicht nur Akzidenz an der Substanz des Staates, sondern *freies Organ seines Geistes*“,<sup>60</sup> und zwar dergestalt, daß die Subjekte im Staat ihr *Wohl* finden.<sup>61</sup> „Das Recht muß auch um des Menschen willen, für sein Wohl da seyn.“<sup>62</sup>

Das Recht ist bei *Köstlin* die Bedingung *gemeinsamen* Wohls,<sup>63</sup> und deshalb ist ein Verbrechen nicht nur „die Verletzung einer vereinzelter Berechtigung“, vielmehr zugleich eines allgemeinen Gutes: Allen wird etwas „geschmälert“,<sup>64</sup> und alle haben einen Grund, unsicher zu werden. Das Verbrechen „stellt sich hiemit als ein nicht bloß isolirtes, sondern weitere Gefahren, theils von Seiten des bestimmten Individuums, welches das Verbrechen begangen hat, theils von Seiten der Uebrigen, welche daran ein böses Beispiel nehmen können, drohender Akt dar.“<sup>65</sup> Modern gesprochen, die Strafe muß nicht nur das Verbrechen ausgleichen (wie das auch immer geschehen mag), sondern auch bewirken, daß die kognitive Untermauerung der Normen nicht erodiert, muß also auch allgemein prävenieren. Daneben tritt bei *Köstlin* eine spezielle Prävention: Dem Verbrecher muß die Chance einer Besserung durch „freie Selbstbestimmung“ gegeben werden, was freilich „Züchtigung und Abschreckung“ nicht ausschließen soll,<sup>66</sup> allerdings nur innerhalb des Rahmens der „objektiven Genugtuung nach dem Werthe (Vergeltung)“<sup>67</sup>; innerhalb dieses Rahmens gilt eine sichernde Strafe demjenigen, der aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden muß, und eine züchtigende dem in „sittliche Unmündigkeit“ Regredierten etc.<sup>68</sup>

<sup>57</sup> *Ramb*, Strafbegründungen in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 238 ff.

<sup>58</sup> Eingehend zu *Köstlin*: *Ramb* (Fn. 57), S. 101 ff.

<sup>59</sup> *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845, Nachdruck 1970, S. 781; *ders.*, System des deutschen Strafrechts, Abt. 1, Allgemeiner Teil, 1855, Nachdruck 1978, S. 345.

<sup>60</sup> *Köstlin*, Revision (Fn. 59), S. 789 (Hervorhebungen nicht original); *ders.*, System (Fn. 59), S. 395.

<sup>61</sup> *Köstlin*, wie Fn. 60.

<sup>62</sup> *Köstlin*, Revision (Fn. 59), S. 789.

<sup>63</sup> *Köstlin*, Revision (Fn. 59), S. 676.

<sup>64</sup> *Köstlin*, wie Fn. 63.

<sup>65</sup> *Köstlin*, Revision (Fn. 59), S. 676 f.

<sup>66</sup> *Köstlin*, Revision (Fn. 59), S. 633.

<sup>67</sup> *Köstlin*, System (Fn. 59), S. 414.

<sup>68</sup> *Köstlin*, System (Fn. 59), S. 414; *ders.*, Revision (Fn. 59), S. 820 f.

Gegen diese Art der Strafrechtswissenschaft läßt sich eine Menge einwenden und ist auch eingewendet worden; das Unhistorische der Vorgehensweise<sup>69</sup> oder die Neigung, das positive Recht solange im Namen der Philosophie zu vergewaltigen, bis es paßt;<sup>70</sup> zerbrochen ist sie an der gesteigerten Komplexität der modernen Gesellschaft, die sich nur noch *positivrechtlich* fassen läßt. Aber es bleibt das Verdienst der Hegelianer, mit einer – wie an *Köstlins* Beispiel gezeigt wurde – immensen „Anstrengung des Begriffs“ darauf bestanden zu haben, die Wissenschaft nicht gegen eine gelehrte Kunde vom Sammelsurium des positiven Rechts einzutauschen.

### 3. *Positivismus: Binding (bürgerliche Vernunft)*

Beginnend mit dem Erlaß von Landesstrafgesetzbüchern bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts und abschließend mit dem des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 „versickert“ die philosophisch orientierte Strafrechtswissenschaft,<sup>71</sup> was sich auch umkehren läßt: Die Gesetzbücher zeigen, daß eine philosophische Begründung nicht mehr hinreicht. Jedenfalls gilt es nunmehr, das positive Recht zu interpretieren. Daß das Recht in der bürgerlichen Gesellschaft die Form des positiven Gesetzes annehmen muß, hat im übrigen schon *Hegel* als notwendig entwickelt.<sup>72</sup> Am Anfang des 19. Jahrhunderts konnte *Tittmann*, noch ohne großes Aufsehen zu erregen, formulieren: „Die Strafrechtswissenschaft ist eine rein philosophische Wissenschaft. Denn sie hat bloß das Vernunftgesetz zur Quelle, und alles Positive ist ihr durchaus fremd.“ Das Wissen vom Positiven bleibt „Strafgesetzkunde“.<sup>73</sup> Gegen Ende des Jahrhunderts ist es gerade dieses von *Tittmann* ausgesprochene Programm, das zu der Forderung nach „einem radikalen Bruch mit den wissenschaftlichen Traditionen der letzten hundert Jahre“ führt.<sup>74</sup> Sie wird in einer ihrerseits programmatischen Schrift von *Loening* erhoben,<sup>75</sup> wonach die Strafrechtswissenschaft nichts sein soll „als Erkenntnis des bestehenden, positiven, gültigen Rechts in seinem ganzen Umfang und seiner ganzen Tiefe“,<sup>76</sup> so daß insbesondere die *Hegelianer* falsch ansetzten sollen.<sup>77</sup>

Nun ist *Loening* nicht solchermaßen hermeneutisch naiv zu meinen, man könne mit einem isolierten Gesetzestext etwas Sinnvolles anfangen. Kommentierungsver-

<sup>69</sup> Insbesondere *Loening*, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, ZStW 3 (1883), 219 ff., 225, 258.

<sup>70</sup> So *Eb. Schmidt* (Fn. 56), § 268.

<sup>71</sup> Besonders klar ersichtlich an *Hälschners* Argumentation, einerseits in seinem „System des preußischen Strafrechts“, Bd. 1, 1858, und andererseits im „Gemeines deutsches Strafrecht“, Bd. 1, 1881; dazu *Ramb* (Fn. 57), S. 200 ff., 235 ff.

<sup>72</sup> *Hegel* (Fn. 46), §§ 211 ff.; dazu *von Bogdandy*, Hegels Theorie des Gesetzes, 1989, S. 235 ff., 237 ff.

<sup>73</sup> *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzkunde, 1. Theil, 1806 S. 5.

<sup>74</sup> *Loening* (Fn. 69), 253, 261.

<sup>75</sup> *Loening* (Fn. 69), 219 ff.

<sup>76</sup> *Loening* (Fn. 69), 223.

<sup>77</sup> *Loening* (Fn. 69), 256.

bote, die strengste Weise der Isolierung eines Gesetzestextes, haben stets nur dazu geführt, daß ein Ministerium oder ein Ausschuß auf die Fragen, die vom Text aufgeworfen werden, ihrerseits kommentierend zu antworten hatten. Der Zusammenhang, in den *Loening* den Text stellen will, um ihn zu verstehen, ist der *historische*: Es handelt sich um den rund ein dreiviertel Jahrhundert verspäteten Versuch, die historische Schule, die in der Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts allenfalls eine Außenseiterrolle gespielt hat, doch noch für das Strafrecht zu aktivieren. Personalisiert gesprochen: *Savigny statt Hegel*. Wörtlich: „... keine Wissenschaft des bestehenden Rechts ohne die Grundlage historischer Erkenntnis!“<sup>78</sup>

Es ist gewiß heute noch nützlich, sich bei „sperrigen“ Instituten des Strafrechts, etwa beim Raubtatbestand mit seiner unklaren Verbindung eines Freiheitsdelikts mit einem Eigentumsdelikt,<sup>79</sup> deren Geschichte zu vergegenwärtigen, im Beispielfall über die CCC zurück bis zu den Digesten. Aber solche Untersuchungen<sup>80</sup> geben keine Antwort auf die Frage, die politisch seit der Französischen Revolution und philosophisch seit *Locke, Rousseau, Kant* und *Hegel* nicht mehr weggeschoben werden kann und die auch zu *Loenings* Zeit längst eine allgemeine gesellschaftliche Frage ist und nicht nur eine solche eines philosophischen Teilsystems: Wie sind Zwang und Freiheit im Recht auf einen Nenner zu bringen? In den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts, der Zeit des Erscheinens von *Loenings* Programmschrift, läßt sich der Volksgeist nicht mehr auf gelehrt gepflegte Tradition reduzieren. Die Strafrechtswissenschaft – das dürfte aus dem bislang Ausgeführten bereits deutlich geworden sein – muß die Frage nach dem legitimen Umfang des Strafrechts für ihre Zeit verständlich und genügend beantworten, und zu *Loenings* Zeit gehört zu einer solchen Antwort zumindest eine Theorie des Positivismus.

Eine solche Theorie entwickelt *Binding*, wenn auch nur knapp: „Das Rechtsleben ... als das Lebendigwerden von Rechten und Pflichten in freier Handlung – das webt die Masse der tätigen Rechtsgenossen“,<sup>81</sup> so beginnt eines seiner monumentalen Werke, sein „Handbuch des Strafrechts“, und mit der „Masse der tätigen Rechtsgenossen“ wird nur wenige Jahre nach *Loenings* Restaurationsversuch der Volksgeist der Romantik durch den Geist der bürgerlichen Gesellschaft ersetzt. *Binding* wendet sich zwar energisch dagegen, „Folgerungen bestimmter philosophischer Anschauungen oder die Ausgeburten der Rechtsphantasie als Rechtssätze zu behandeln“,<sup>82</sup> aber er leugnet nicht die Herkunft seiner Wissenschaft: „Die neuere Straf-

<sup>78</sup> *Loening* (Fn. 69), 233.

<sup>79</sup> Andeutungen bei *Jakobs*, Zur Kritik der Fassung des Raubtatbestands, in: Arnold u. a. (Hg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 323 ff.

<sup>80</sup> Ein hervorragendes Beispiel bildet die im Druck befindliche Arbeit von *Bernd Lang*, *Die Geschichte der Konkurrenzen im 19. Jahrhundert*, Diss. Bonn 2005: Die Regeln der Konkurrenzen im geltenden Recht als Ergebnis einer Kette von Flüchtigkeiten und Mißverständnissen.

<sup>81</sup> *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 1885, S. 3.

<sup>82</sup> *Binding* (Fn. 81), S. 6; schon *ders.*, *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft im normalen Verhältnis zueinander*, ZStW 1 (188), 4ff., 19.

rechtswissenschaft ist geschichtlich ein Spross der Philosophie.<sup>83</sup> *Binding* beläßt dieser Herkunft auch ihre „historische Notwendigkeit“,<sup>84</sup> freilich *nur* die historische; in *seiner* Gegenwart – Wie könnte es am Ende des 19. Jahrhunderts anders sein? – dominiert das Zweckvolle des Rechtsarrangements: „Nun liegt ... im Begriffe der Ordnung der der Vernünftigkeit. Eine wissenschaftliche Ordnung des Menschengeschlechts kann nicht darauf verzichten, diese in ihrer Vernünftigkeit zu begreifen und auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen. In demselben Augenblick, wo die Wissenschaft des positiven Rechts sich dieser Notwendigkeit bewußt wird, sieht sie ihre Betrachtung über die Sätze des Rechtswillens hinausgedrängt und findet sich hingewiesen auf die ausser ihnen liegenden Gedanken des Warum und Wozu.“<sup>85</sup> Wird das Warum und Wozu vom positiven Recht verfehlt, erlaubt der Positivist *Binding* zwar keine wissenschaftliche Korrektur des Gesetzes, aber fordert von der Wissenschaft doch einen Appell zu dessen Änderung: „... jeder Gesetzgebungsvorschlag ist eine *rechtswissenschaftliche* Tat.“<sup>86</sup> Auch *Binding* versteht also die Wissenschaft als Suche nach dem legitimierbaren Strafrecht.

*Binding* hat diese Variante einer – wie man es heute wohl nennen würde – teleologischen, mehr noch, gesellschaftsfunktionalen, Interpretation der Rechtssätze sehr ernst genommen; die isolierte Interpretation eines Rechtsbegriffs hält er für unmöglich, und er erklärt „der häßlichen, durch einen Teil der Kommentar-Literatur über alle Gebühr gepflegten Unsitte, die ganze Strafrechtswissenschaft aufzulösen in endlose, eintönige, ermüdende Auslegung der einzelnen Gesetzesworte“, den Krieg, und zwar „energisch“.<sup>87</sup> „Aus dem Zusammenhange der Geschichte (!), aus dem Ganzen der Rechts-, nicht der Alltagssprache und des Rechtslebens einer bestimmten Zeit wollen die Rechtsbegriffe erfaßt sein.“<sup>88</sup>

#### 4. Naturalismus: von Liszt

##### a. Straftheorie (bürgerlicher Verstand)

Damit hat sich *Binding* als aufgeklärter Positivist etabliert, freilich schaut ihm längst ein anderer über die Schulter und fragt kritisch: Was soll die Rede von Zwecken, vom „Warum und vom Wozu“, wenn man nicht empirisch nachweisbar effektiv vorgeht, insbesondere, was soll an einer tatvergeltenden Strafe – an der *Binding* festhält – zweckvoll sein? Die Rede ist von *von Liszt*. Bei *Binding* leitet noch die bürgerlich-liberale Grundannahme, bei gerechten Zuständen werde die Gesellschaft im stabilen Gleichgewicht bleiben, dies ungeachtet einiger Pendelschwünge. *von Liszt*, der Antipode, rechnet hingegen nicht nur mit den durch die Industrialisierung frei-

<sup>83</sup> *Binding* (Fn. 81), S. 7.

<sup>84</sup> *Binding* (Fn. 81), S. 8 Fn. 2.

<sup>85</sup> *Binding* (Fn. 81), S. 13; *ders.*, Strafgesetzgebung (Fn. 82), 18: „Lebensbedürfnisse“.

<sup>86</sup> *Binding* (Fn. 81), S. 15 Fn. 15 (Hervorhebung nicht original).

<sup>87</sup> *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 1902, S. 2 f.

<sup>88</sup> *Binding* (Fn. 87), S. 3.

gesetzten Kräften, sondern will den Effekt des Strafrechts berechnen und kontrollieren, statt ihn spekulativ zu prognostizieren. An die Stelle der Entfaltung des Begriffs der Strafe treten nunmehr Interessenschutz, Verbrechens-Ursachenforschung, Rückfallstatistik, deutliche Ausgrenzung der jugendlichen Verbrecher aus dem allgemeinen Strafrecht, Zurückdrängung der kurzfristigen Freiheitsstrafe (da sie den Verbrecher eher weiter verdirbt als bessert) und vieles andere mehr.<sup>89</sup>

Mit großem Scharfsinn legt *von Liszt* die Hauptschwäche aller absoluten Theorien bloß: Sobald sie von der Artgleichheit, der Talion, zur Wertgleichheit übergehen, verlieren sie das Kriterium zur Bestimmung des Strafmaßes; denn zur Ermittlung der Wertgleichheit muß man den „Wechselkurs“ vom Verbrechen zum Strafmaß kennen, und diesen kann die absolute Theorie nicht angeben. Bestimmt man den Kurs aber nach dem, was zur Erhaltung der gesellschaftlichen Gestalt erforderlich ist, so ist man längst bei präventiven Überlegungen angekommen. Also konstatiert *von Liszt*: „Die richtige, d. h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe“, sowie die Umkehrung: „Nur die notwendige Strafe ist gerecht“; denn die Strafgewalt hat sich durch den Effekt zu legitimieren, ohne einen solchen ist sie illegitim.<sup>90</sup> Zweck der Strafe soll der Schutz von Interessen durch Einwirkung auf die Täter begangener Taten sein, nämlich „Besserung der besserungsfähigen Verbrecher, Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher“ und Ausschaltung, „Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher“.<sup>91</sup>

Man wird fragen, warum bei dieser radikalen Wendung von der Tat zum Täter mit der Strafe überhaupt gewartet werden soll, bis ein Verbrechen begangen worden ist; noch effektiver wäre es, man griffe schon *vor* dem Verbrechen zu. *von Liszt* hat das gesehen, will aber mindestens *einen* Beweis für die Notwendigkeit einer Reaktion abwarten.<sup>92</sup> Mehr als ein Indiz ist die Tat freilich nicht; die Strafe hat nicht proportional zur Tat auszufallen, sondern richtet sich nach den gefährlichen Eigenschaften des Täters.

Dieses Täterstrafrecht hat bei *von Liszt* polizeilichen Charakter: lieber effektive Polizei als Metaphysik der Vergeltung! Aber die Bindung an die Tat, an den Sozialschaden, fehlt nun einmal und muß extern als Verhältnismäßigkeit an die Theorie herangetragen werden. *von Liszt* hat diese Täterorientierung in zahlreichen kriminologischen Arbeiten gefordert und andere sind ihm gefolgt. – Auf einer geänderten Basis, nicht einer polizeilichen, sondern einer ethisierenden,<sup>93</sup> gewinnt die Täterorientierung in der nationalsozialistischen Zeit Bedeutung, und diese Wendung ist nur konsequent, wenn die *Gemeinschaft* der Rechtsgenossen in den Vordergrund

<sup>89</sup> *von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 1 ff.; *ders.*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Auflage, 1891, S. 8 ff., 15 ff.

<sup>90</sup> *von Liszt*, Zweckgedanke (Fn. 89), 31.

<sup>91</sup> *von Liszt*, Zweckgedanke (Fn. 89), 34.

<sup>92</sup> *von Liszt*, Die Zukunft des Strafrechts, in: *ders.*, Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1905, S. 1 ff.

<sup>93</sup> Dazu *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, S. 158 ff.

gestellt wird: Verbrechen ist dann Gesinnungsverfall, Verrat, Feindschaft (mit einem Feind als *inimicus*, nicht als *hostis*),<sup>94</sup> aber obwohl es seinerzeit nicht um die staatsbürgerliche Gesinnung ging, sondern um die parteiliche, und obwohl nicht ein Volk von Freien „verraten“ wurde, sondern ein ideologisch geschlossenes Volk, gilt das Täterstrafrecht seitdem als insgesamt verpönt.<sup>95</sup>

*b. Handlungs- und Verbrechensbegriff (Begriffspyramide)*

Die umfangreichen empirischen und kriminalpolitischen Arbeiten von *von Liszt* sollen hier nicht erörtert werden,<sup>96</sup> aber ohne Berücksichtigung des *von Lisztschen* Verbrechensbegriffs wäre die wissenschaftliche Lage um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert allzu unvollständig dargestellt, zumal dieser Begriff Kontroversen bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts nach sich gezogen hat.

Bei *Hegel* und den *Hegelianern* ist die verbrecherische Handlung der Sinn Ausdruck einer Person, das Recht als Recht zu verletzen, und zwar als gesellschaftlich maßgeblicher Ausdruck derjenige einer *zurechnungsfähigen* Person.<sup>97</sup> Dieser Ausdruck muß ebenso selbstverständlich, wie die Person zurechnungsfähig sein muß, eine objektive Seite haben, da eine andere Person ansonsten nicht in ihrem „Dasein der Freiheit in seinem konkreten Sinne“ verletzt würde,<sup>98</sup> also kein verwirklichtes Verbrechen vorläge.<sup>99</sup> Das ist, skizzenhaft, die Entfaltung des Begriffs des Verbrechens, jedenfalls eines Ganzen: Der böse Wille ist nichts ohne die objektive Seite und *vice versa*.

Der leitende Gesichtspunkt bei *von Liszt* ist nicht „Sinn“, sondern „Interesse an Gütern“: Strafrecht ist Interessenschutz. Die Strafrechtswissenschaft hat zum Interessenschutz beizutragen, indem sie „die Anwendung der Rechtssätze auf die Tatsachen des Rechtslebens erleichtert und sichert“,<sup>100</sup> und zwar durch „systematische Erkenntnis der Rechtssätze“<sup>101</sup> in folgenden Schritten: Sie hat den Stoff zu sammeln,

<sup>94</sup> Eingehend *Lesch*, wie Fn. 93.

<sup>95</sup> *Lesch* (Fn. 93), S. 164 f.

<sup>96</sup> Dazu *Eb. Schmidt* (Fn. 56), §§ 307 ff.; *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525 ff.; *Frisch*, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 565 ff.; *Müller-Dietz*, Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzugs, ZStW 94 (1982), 599 ff.

<sup>97</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 120 Anm. (obgleich dort auch von den „Handlungen“ der „Kinder, Blödsinnigen Verrückten“ die Rede ist; der Zusammenhang zeigt, daß es sich bei *verminderter* Zurechnungsfähigkeit immerhin soll um Handlungen handeln können; dazu *von Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 48 f.).

<sup>98</sup> *Hegel* (Fn. 46), § 95.

<sup>99</sup> Eingehend *von Bubnoff* (Fn. 97), S. 40 ff., insbes. zu Abegg S. 54 ff.

<sup>100</sup> *von Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur Juristischen Methodenlehre, in: *ders.*, Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 212 ff.

<sup>101</sup> *von Liszt* (Fn. 100), S. 215.

also die Rechtssätze des geltenden Rechts,<sup>102</sup> die Rechtssätze zu analysieren, wodurch sie „Begriffsbestimmungen“, „Definitionen“ entwickelt,<sup>103</sup> die „das Material für eine ... Synthese“ abgeben. Es folgt die Systembildung durch „Ueber- und Unterordnung der Begriffe und der sie verbindenden Sätze“ in zunehmender Abstraktion,<sup>104</sup> und zwar über das Strafrecht und dessen Allgemeinen Teil hinaus zur „allgemeinen Rechtslehre“ und bis zur „allgemeinen Wissenschaftslehre“.<sup>105</sup>

Für den Verbrechensbegriff heißt das: Die Betrachtung der Rechtssätze ergibt, daß es sich bei Verbrechen stets um „sinnlich wahrnehmbare Veränderungen der Außenwelt“ handelt, die „auf menschlichem Wollen beruhen“.<sup>106</sup> Solche Vorgänge nennt *von Liszt* „Handlung“ und begreift darunter Tun wie Unterlassen. Der nächste Schritt führt zu der Einsicht, daß ein Verbrechen stets rechtswidrig ist,<sup>107</sup> und der dritte zeigt das Erfordernis der Schuld, was bei *von Liszt* heißt, Zurechnungsfähigkeit des Handelnden sowie Vorsatz oder Fahrlässigkeit.<sup>108</sup> – Zunächst (weiteres wird folgen) ist dazu zu bemerken: Einerseits stellt *von Liszt* auf „Veränderungen in der Außenwelt“ ab, die auf „menschlichem Wollen“ beruhen; eine Veränderung, die auf eine unwillkürliche Bewegung eines menschlichen Körpers zurückgeht, – der von plötzlicher Ohnmacht Überkommene stürzt und zertrümmert dabei eine Porzellanstatue – reicht nicht hin. Andererseits soll aber eine Schuldhaftigkeit des Willküraktes nicht erforderlich sein, obgleich nicht schuldhaft, aber strafbare Handlungen in den Rechtssätzen nicht zu finden sind. Ob man bei dieser Lage bei „Bewegungen des Körpers“ oder bei „willkürlichen Bewegungen des Körpers“ oder bei „schuldhaften Bewegungen des Körpers“ oder, radikal umgekehrt, bei einem „bewegten Körper“ (A wird von B gegen C geschleudert, der verletzt wird) oder überhaupt bei einem „Körper“ ansetzen soll (der vor der Tür liegende Körper verhindert, daß diese geöffnet und eine dritte Person gerettet werden kann), ist kein wissenschaftliches, sondern nur ein didaktisches Problem – zumal sich beim Fehlen eines Willküraktes immer ein vorausgehender Willkürakt finden läßt, durch den der Körper in die Situation gebracht wurde, in der er – nunmehr ohne Willkürakt – Glied in einer Kette zu einem Erfolg ist. Die wissenschaftliche Aussage von *von Liszt* zum Verbrechen erschöpft sich in dessen *Zerlegbarkeit* nach Art der Gegenstände

<sup>102</sup> *von Liszt* (Fn. 100), S. 214. – *von Liszt* ist bei der dogmatischen Arbeit *Gesetzespositivist* (Lehrbuch, Fn. 89, S. 80); die Grenze der Strafbarkeit nach positivem Recht wird so zur *magna charta* des Verbrechers.

<sup>103</sup> *von Liszt* (Fn. 100), S. 215.

<sup>104</sup> Wie Fn. 103. – *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: *Hegler* (Fn. 1), S. 160, vermerkt zutreffend, die nicht-teleologische, sondern kategoriale Systembildung in der Strafrechtsdogmatik sei für einen Kriminalpolitiker wie von Liszt „seltsam genug“.

<sup>105</sup> *von Liszt* (Fn. 100), S. 216.

<sup>106</sup> *von Liszt*, Lehrbuch (Fn. 89), S. 119.

<sup>107</sup> *von Liszt*, Lehrbuch (Fn. 89), S. 119 f.

<sup>108</sup> *von Liszt*, Lehrbuch (Fn. 89), S. 120.

der Mechanik;<sup>109</sup> „Verbrechen“ ist nicht ein Ganzes, sondern etwas Zusammengesetztes, kein Sinnausdruck, vielmehr ein Unterfall von Interessenverletzungen.

Auch wenn von der Darstellung des nachfolgend von *Beling* und *Radbruch* verfeinerten Systems hier abgesehen werden soll – was *Radbruch* angeht, besteht seine Leistung insbesondere in der Ausklammerung des Unterlassungsdelikts, da ein Willkürakt für ein Unterlassen nicht konstitutiv ist,<sup>110</sup> – also auch ohne Details hinzuzunehmen, dürfte erhellen, welcher gesellschaftliche Geist es ist, der *diese* Strafrechtswissenschaft hervorbringt: In dieser Gesellschaft leben nicht mehr die sittlich autonomen Vernunftwesen *Kants* oder die in der objektiven Sittlichkeit ihre Freiheit findenden Subjekte *Hegels*, sondern die ihre Interessen maximierenden Besitzbürger, für die der Verbrecher weniger ein Mitbürger ist als ein Störfaktor, zwar ein etwas kompliziert gestalteter Störfaktor – er stört durch schuldhaftige Willkürakte –, aber in der Hauptsache stört er eben. Konsequenterweise bedeutet die Schuld dieses Störfaktors nur, daß seine Apparatur funktioniert hat: Er hat den „normale(n) Geisteszustand des geistig reifen und geistig gesunden menschlichen Individuums“ erreicht,<sup>111</sup> das ist die Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung der Schuld, und er handelt vorsätzlich oder fahrlässig,<sup>112</sup> das sind die beiden Schuldarten.

## 5. Individueller und gesellschaftlicher Sinn: Welzel

### a. Handlungsbegriff (individueller Sinn)

Die Außenseite, die physischen Fakten, als Unrecht, die Innenseite, die psychischen Fakten, als Schuld<sup>113</sup> – dieser sinnlich-anschauliche Naturalismus gewinnt in der folgenden Zeit großen Einfluß. Zwar soll das System, geläufigem Urteil zufolge, schon bald daran zerbrochen sein, daß man bei der Sammlung und Analyse der Rechtssätze sogenannte subjektive Unrechtselemente<sup>114</sup> „entdeckte“; beispielhaft, Diebstahl ist nur gegeben, wenn eine fremde Sache *in Zueignungsabsicht* weggenommen wird, ist also rein objektiv nicht bestimmbar. Aber es handelt sich bei der Zuordnung dieser subjektiven Unrechtselemente zum Unrecht nur um Umgruppierungen innerhalb desselben naturalistischen Systems: Treten zum Willkürakt noch weitere psychische Fakten hinzu, so ändert das nichts am Naturalismus, sondern variiert nur die Gliederung der nach wie vor naturalistisch bestimmten Elemente, seien es solche des Unrechts, seien es Elemente der Schuld.

<sup>109</sup> Durchaus vergleichbar der bekannten Methodenlehre des *Hobbes*, *De Corpore*, 1655, hier nach: *Vom Körper*, ausgewählt und übersetzt von *Frischeisen-Köhler*, 2. Auflage, 1967, S. 6 ff.

<sup>110</sup> *Radbruch*, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904 (Nachdruck 1967), S. 136, 141 f.

<sup>111</sup> *von Liszt*, *Lehrbuch* (Fn. 89), S. 165, auch S. 161.

<sup>112</sup> *von Liszt*, *Lehrbuch* (Fn. 89), S. 173 ff.

<sup>113</sup> Beides mit je einem Schönheitsfehler: Die physischen Fakten basieren auf Psychischem, eben einem Willkürakt, und mit den psychischen ist es bei der Fahrlässigkeit nicht weit her.

<sup>114</sup> Dazu *Hegler*, *Die Merkmale des Verbrechens*, *ZStW* 36 (1914), 19 ff.; *Mezger*, *Die subjektiven Unrechtselemente*, *GS* 89 (1924), 207 ff. mit umfassenden Nachweisen.

Ein gegenüber diesem Naturalismus und Logizismus – zumindest auf den ersten Blick – neues Handlungsmodell entwickelt erst der Finalismus in seiner frühen Gestalt, freilich, um das Ergebnis vorwegzunehmen, nicht konsequent genug. – Noch vor *Arnold Gehlens* These, der Mensch sei ein „handelnde(s) Wesen“, damit ein „stellungnehmende(s) Wesen“, „sich selbst noch Aufgabe“, und mit der Stellungnahme nehme „er auch zu sich selbst Stellung und mach(e) sich zu etwas“, und zwar nicht zu etwas in einer Umwelt, sondern in einer sozialen Kultur,<sup>115</sup> – schon ein Jahr zuvor formulierte *Welzel*, „die dem Recht zugrunde liegende Wirklichkeit“ sei nicht die naturwissenschaftliche, vielmehr diejenige „des sozialen Lebens“, und das heiße, des *sinnvoll* geordneten Lebens,<sup>116</sup> und zwar nicht nur-individuell sinnvoll geordnet, sondern sozial sinnvoll: Handlung als „soziales Phänomen“, als „Phänomen des Gemeinschaftsdaseins“, als „Sinnausdruck“, und nach dem zuvor Gesagten offenbar Ausdruck eines *sozialen*, nicht nur-individuellen Sinns (falls es einen solchen überhaupt geben sollte).

Nähme man diese Exposition der Basis des Finalismus wörtlich, so ließe sich *Wetzels* Lehre als eine Wiederaufnahme des Hegelianismus verstehen:<sup>117</sup> sozialer Sinn und eben nicht individualisierende Interessenverfolgung wie bei *von Liszt*. Aber *Welzel* bleibt nicht auf dieser Linie; er leitet den Sinnbegriff nicht konsequent aus der Gesellschaft ab, wendet ihn vielmehr alsbald ins Individuelle, indem er „Handeln im engsten und strengsten Sinne“ als „menschliche Zwecktätigkeit“ begreifen will,<sup>118</sup> und zwar individuell-menschlich. Das ist immerhin gegenüber der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, für die der Rand des Topfes des positiven Rechts den Rand der Welt bedeutet, eine *Theorie*, aber eben nicht die angestrebte Theorie der Handlung als „soziales Phänomen“, sondern der Handlung eines für sich tätigen menschlichen Individuums. Mehr noch, *Welzel* unterscheidet zwischen dem instrumentellen Sinn, der Handlung als Mittel zur Veränderung der Umwelt der Individuen, und der dieser Handlung zugrunde liegenden Wertentscheidung: *Welzel* klammert die Wertentscheidung aus dem Handlungsbegriff aus,<sup>119</sup> und kehrt damit, was die Handlung angeht, in naturalistische Bahnen zurück. Zwar bleibt sein Schuldbegriff an den Sinn gebunden: Schuld ist eine Wertentscheidung,<sup>120</sup> damit ist eine Entscheidung gegen einen *sozial* relevanten Wert gemeint, und Schuldfähigkeit ist die Fähigkeit zu sinnvoller Wertentscheidung,<sup>121</sup>

<sup>115</sup> *Gehlen*, *Der Mensch*, 13. Auflage, 1986 (1. Auflage, 1940), S. 23, 36 ff., 38.

<sup>116</sup> *Welzel*, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), 491 ff., 496.

<sup>117</sup> In der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg findet sich auch ansonsten bei *Welzel* eine starke Tendenz zum objektiven Idealismus; dazu *Loos*, *Hans Welzel (1904–1977)*. Die Suche nach dem Überpositiven im Recht, in: *ders.* (Hg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 486 ff., 504 f. 505 mit Nachweisen; *Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Wetzels*, 2000, S. 90 ff. und passim, mit umfassenden Nachweisen.

<sup>118</sup> *Welzel* (Fn. 116), 502.

<sup>119</sup> *Welzel* (Fn. 116), 504, 506.

<sup>120</sup> *Welzel* (Fn. 116), 504.

<sup>121</sup> Wie Fn. 120.

was abermals auf *sozial* relevante Werte bezogen werden darf, aber für die Handlung bleibt nur der instrumentell steuernde Wille, zwar nicht solchermaßen reduziert wie der Willkürakt bei *von Liszt*, jedoch ohne über psychische Fakten, eben die Antizipation des Geschehens, hinauszukommen.<sup>122</sup>

Spätestens bei der unbewußten Fahrlässigkeit wird das Ungenügende dieser nur-instrumentellen Steuerung evident: Der unbewußt fahrlässig Handelnde vermeidet die Tatbestandsverwirklichung nicht, aber warum sollte er auch? Permanent führen wir bei unserem alltäglichen Handeln irgendwelche Folgen herbei, ohne das zu bedenken, und es ist ja in der Regel auch nichts Bedenkenswertes. *Welzel* stellt die Frage nach dem Sinn des Steuerns, des Herbeiführens oder Vermeidens, selbst und antwortet, der Täter solle zur Vermeidung steuern, wenn und weil er „kraft seiner sinnvollen Teilnahme am Gemeinschaftsleben seine Werteinstellungen so auszurichten und anzupassen vermag, wie es für ein rechtmäßiges Verhalten im Sozialleben erforderlich ist“.<sup>123</sup> Schuld und Unrecht lassen sich also bei der unbewußten Fahrlässigkeit nicht trennen. Aber dieses Problem kann „nach vorne weitergereicht“ werden: Warum sollte der bewußt instrumental geschickt steuernde Täter von der gesteuerten Tat absteigen? Die Antwort liegt auf der Hand, scil. weil er als Schuldfähiger das Unrecht vermeiden könnte. Kurz und knapp, entweder bleibt die Handlung im instrumentellen Bereich, aber dann ist sie kein Sinnausdruck, oder sie umfaßt – mit *Welzels* Worten – die „sinnvolle Teilnahme am Gemeinschaftsdasein“, also die Schuld, und damit wäre die Geschichte wieder bei *Hegel* und den *Hegelianern* angekommen.

Die Probleme, die das Konzept der finalen Handlung bei der Unterlassung bringt,<sup>124</sup> sollen hier zugunsten der Suche nach einer Antwort auf die Frage übergangen werden, was über mehr als ein Vierteljahrhundert die Faszinationskraft der finalen Handlungslehre ausgemacht hat. Im Vordergrund steht die bis heute beeindruckende didaktische Brauchbarkeit; jedenfalls zum Unrecht des Vorsatzdelikts bietet der Begriff der finalen Handlung gegenüber dem eines Willkürakts die umfassendere Erklärung, und diese Erklärungsmacht hat bewirkt, daß man sich bei der Zergliederung des Verbrechensbegriffs, beim sogenannten Deliktsaufbau, geläufig an das finalistische Schema hält. Ansonsten wird wohl zu unterscheiden sein: In den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts bot die Lehre einen Ausbruch aus einem steril gewordenen Positivismus an, und zwar durchaus im Einklang mit der seinerzeit überzeugungsmächtigen Anthropologie, und im „Sinnausdruck“, der, wie gezeigt, freilich unterentwickelt blieb, auch nicht ohne Bezug zur Gesellschaft. In der Nachkriegszeit ließ sich die Lehre wegen der von *Welzel* herausgestellten „ontologischen“ Fundierung der Handlung,<sup>125</sup> wegen ihrer Finalität, als „sachlo-

<sup>122</sup> *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 23 ff.

<sup>123</sup> *Welzel* (Fn. 116), 561 f.

<sup>124</sup> *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 23 ff., 66 ff.

<sup>125</sup> *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1951, S. 198.

gische Struktur“<sup>126</sup> als ein formales, unpolitisches Naturrecht begreifen,<sup>127</sup> das es ermöglichte, das Thema „Strafrecht und Politik“ auszuklammern und sich an – wenn auch kleine, so doch – „ewige Wahrheiten“<sup>128</sup> zu halten. Damit steht *Welzel* zwischen zwei Positionen, scil. zwischen einer materialen Naturrechtslehre auf der einen Seite (die er für seine Gegenwart vehement verwirft)<sup>129</sup> und dem Naturalismus der Kybernetik<sup>130</sup> der individuellen Bewegungen.

*b. Sozialadäquanz (gesellschaftlicher Sinn)*

*Welzel* war zu wenig bloßer „Rechtsgehilfe“ und zu sehr Wissenschaftler, um nicht zu spüren, daß sein Handlungsbegriff defizitär ist, weil er nichts Wesentliches zum Begreifen des *gesellschaftlichen* Phänomens des Handelns beiträgt: Der Begriff ist formal und individualisierend; gesellschaftlich vermittelter Sinn schimmert nur vorübergehend auf und weicht dann individueller Zweckverfolgung. Um einen zumindest partiellen Anschluß an die Gesellschaft zu finden, nimmt *Welzel* alle *sozialadäquaten* Handlungen aus dem Tatbestand heraus. „In der Funktion der Tatbestände, die ‚Muster‘ des verbotenen Verhaltens nachzuzeichnen, kommt zum Ausdruck, daß die in ihnen ausgewählten Verhaltensarten ... gesellschaftlichen Charakter haben, d. h. auf das Sozialleben bezogen sind.“<sup>131</sup> Die Verhaltensarten mit gesellschaftlichem Charakter sind nichts anderes als das Verhalten in gesellschaftlichem Verständnis, in seinem gesellschaftlichen Sinn. *Welzel* spricht von der Wandelbarkeit des gesellschaftlichen Sinns, seiner geschichtlichen Natur,<sup>132</sup> und ergänzt so die formale sachlogische Struktur der Handlung um den materialen Geist der Gesellschaft, nicht unbedingt einen „objektiven“, aber doch einen gesellschaftlichen Geist.

Von diesem Ansatz,<sup>133</sup> also von der Verlagerung der Fragestellung von der finalen oder nicht finalen Erfolgsherbeiführung auf die *Verhaltensbedeutung*, wird noch zu handeln sein; jedenfalls liegt *hier* der wesentliche Beitrag der Lehre *Wetzels* zur Legitimation des Strafrechts in der Gegenwart.

<sup>126</sup> Siehe den Titel des Buches von *Sticht* (Fn. 117).

<sup>127</sup> *Sticht* (Fn. 117), S. 280 ff., 334 f.

<sup>128</sup> *Welzel* (Fn. 125), S. 198.

<sup>129</sup> *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Auflage, 1962, S. 236 ff.

<sup>130</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 37.

<sup>131</sup> *Welzel* (Fn. 130), S. 55; *ders.* (Fn. 116), 516 ff.

<sup>132</sup> *Welzel* (Fn. 130), S. 55.

<sup>133</sup> Mehr als ein Ansatz findet sich bei *Welzel* nicht, immerhin aber eine Verdeutlichung für Fahrlässigkeitsdelikte (insbesondere: *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 14 ff.). Eine noch allgemeine naturalistische Befangenheit – „Instrumentalität“ der Handlung statt „Sinn“ der Handlung – hinderte die Entwicklung und führte zu theorieloser Zersplitterung in Einzelfragen, so etwa bei *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78 ff.; zum Potential der Lehre *Wetzels* treffend *Cancio*, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, GA 1995, 179 ff.; *Roxin*, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), 929 ff., 934 ff.

## 6. Bemerkungen zur Gegenwart

### a. „Trend“

Bevor die Rezeption oder auch Neubegründung der Lehre von der Sozialadäquanz weiter verfolgt wird, sei versucht, den Haupttrend der Strafrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts – unter Ausklammerung des Komplexes „Nationalsozialismus“<sup>134</sup> – zu bezeichnen. Es ist kein Trend hin zu großen Linien, zu umfassenden Systemen – insoweit ist selbst der (nur *einiges* umfassende) Finalismus vereinzelt geblieben, und auch dieser ist bald in Quisquilien erstarrt (etwa zur Irrtumsproblematik)<sup>135</sup> –, sondern zur Arbeit an einzelnen Strafrechtseinstituten, und das zeigt zugleich, daß die Gesellschaft an die Strafrechtswissenschaft zwar eine Menge Einzelfragen, aber keine umfassende Frage gerichtet hat. Die vorhandenen Leistungen werden dadurch nicht abgewertet; es gibt ja keine Garantie, Arbeit am Ganzen bringe wissenschaftlich bedeutende Ergebnisse, aber Arbeit am Detail nicht, – das Gegenteil mag der Fall sein, und zudem mag solide Zuarbeit zum Rechtssystem, etwa in Gestalt eines soliden Kommentars für den praktischen Gebrauch, zwar selbst keine Wissenschaft, aber dürftiger Wissenschaft qualitativ haushoch überlegen sein.

Jedenfalls kann man die entschiedene Durchsetzung des Schuldprinzips durchaus als Neubestimmung des Verhältnisses von Gesellschaft und störendem Straftäter verstehen,<sup>136</sup> und die bis heute wirkungsmächtige Kritik des Strafrechts von einer liberalen Rechtsgutstheorie her hat unter anderem die Sittlichkeitsdelikte auf Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung reduziert<sup>137</sup> und sie zugleich erweitert, indem sie es ermöglicht hat, auch in an sich sittlichen Institutionen die Verletzung subjektiver Rechte sichtbar zu machen, etwa bei der Vergewaltigung in der Ehe. Aber die gesellschaftliche Prägung des Strafrechts muß nicht stets so offen auf der Hand liegen; etwa auch in der strafrechtlichen Anerkennung eines rechtfertigenden Notstands liegt eine Aussage über die Struktur der Gesellschaft, nach der geläufigen Ansicht: über Solidarität als normative Kraft,<sup>138</sup> und die Lehre von der Beteiligung kann die gegebene Handvoll strafrechtlicher Begriffe nur deshalb explizieren, weil sie diese im Spiegel der gesellschaftlichen Vorstellung von der Gemeinsamkeit, vom

<sup>134</sup> Dazu Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW 115 (2003), 638 ff.

<sup>135</sup> Siehe Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, passim; dazu Hardwig (Besprechung dieser Monographie), JZ 1961, 269 f.

<sup>136</sup> Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, S. 116 ff., 212 ff.; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 19 ff., 39 ff.

<sup>137</sup> H. Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 6 ff.; Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 244 ff.

<sup>138</sup> Nunmehr grundlegend Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, mit umfassenden Nachweisen: der Notstand als „Kulturproblem“, S. 79; kritisch zur Tauglichkeit des Solidaritätsbegriffs S. 57 ff.

Maß des Gemeinsamkeit oder von der Trennung der Arbeitenden in einer arbeitsteiligen Gesellschaft begreift,<sup>139</sup> sei es affirmativ, sei es kritisch.

Ich versuche, mich dem aktuellen Stand zu nähern, – eher einem Problemstand als einem Stand von Lösungen –, indem ich einige neuere Entwicklungen skizziere und es anschließend unternehme, von der Antwort der Wissenschaft auf die Frage der Gesellschaft zurückzuschließen.

### *b. Beispiele*

#### *aa. Objektive Zurechnung (gesellschaftlicher Sinn)*

Das wohl meistbehandelte Strafrechtsinstitut der letzten 30 Jahre ist die objektive Zurechnung, wobei hier nur der Teilbereich der Lehre vom unerlaubten Verhalten interessiert. Längst bevor diese Lehre entwickelt wurde, war bekannt, daß nicht jede vermeidbare oder durch einen Willkürakt kausierte oder finale Herbeiführung eines potentiell tatbestandsmäßigen Erfolgs auch ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist – zur Sozialadäquanz bei *Welzel* war davon bereits die Rede –, und bei Fahrlässigkeitsdelikten ist seit langer Zeit geläufig, daß eine Erfolgsherbeiführung „sorgfaltswidrig“ sein muß, ein erlaubtes Verhalten somit nicht hinreicht. Diese Ansätze wurden zu einer Lehre erweitert, nach der zur Erklärung eines Erfolgs nicht nach dem Verursacher, sondern – zugleich enger (Verursachung per se reicht nicht hin) wie weiter (Verursachung nach Art derjenigen bei einer Begehung ist bei der Unterlassung entbehrlich) – nach der *Zuständigkeit* für einen Schadensverlauf gefragt wird. Wer zuständig ist, läßt sich nicht am Faktum eines Kausalverlaufs ablesen, sondern an dessen Zuordnung zu einer Person, drastisch sichtbar bei der Unterlassung, wenn ein möglicherweise natürlicher Verlauf, etwa eine Erkrankung, einer Person zur Beherrschung zugeordnet wird, etwa einem Arzt, so daß dieser möglicherweise einen Erfolg verschuldet, den er nicht verursacht hat.

Die Zuständigkeit richtet sich nach den die Gesellschaft strukturierenden Institutionen,<sup>140</sup> vorweg nach dem Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung. Demnach kann ein schadensbringender Verlauf dem Verhalten eines Täters zugeordnet werden, wenn dieser das ihm in seiner Rolle zugestandene Risiko überstiegen hat (Überschreitung des erlaubten Risikos), aber auch – allein oder als „Mitverschulden“ zusammen mit dem Täter – dem Opfer selbst, das seinen Obliegenheiten zum Selbstschutz nicht genügt hat (Handeln auf eigene Gefahr), oder ausschließlich einer dritten Person, die ein stereotyp harmloses Verhalten eines anderen ins Schadensgeneigte gewendet hat (Regreßverbot), oder dem Opfer als Zufall (*casum sentit dominus*). Ein Beispiel zum Regreßverbot: Der Schuldner zahlt auf-

<sup>139</sup> Umfassende Darstellung der neueren Lehre bei *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Auflage, 2000, S. 546 ff.

<sup>140</sup> *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1991, 7/35 ff., 51 ff., 56 ff.; 24/13 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 90 ff., 148 ff., 230 ff.

forderungsgemäß am Fälligkeitstag ein Darlehen zurück, obgleich er weiß, daß der Käufer mit der Summe einen strafbaren Waffenkauf tätigen wird, – so wenig Beihilfe zu diesem Geschäft, wie es Unterstützung eines karitativen Werks wäre, wenn der Gläubiger voraussehbar die Summe für „gute Zwecke“ spenden würde.

Schon diese – durchaus rudimentäre<sup>141</sup> – Darstellung dürfte zeigen, worum es geht: Dem Verhalten, mag es ein (schuldhafter, aber das soll hier dahinstehen) Willkürakt oder ein Finalakt oder ein Unterlassen sein, wird eine gesellschaftliche Bedeutung gegeben, es wird – jetzt konsequent – als gesellschaftlich relevanter Sinausdruck verstanden. Beispielhaft, in erlaubter Weise ein Kraftfahrzeug zu lenken, bedeutet nicht „verletzen“, auch wenn es einen Schaden bringt, aber vor dem Eingang einer Schule schnell und unaufmerksam zu fahren, bedeutet „verletzen“, auch wenn vom Täter nichts Böses bedacht wurde, und eine Heckenschere an eine ungeschickt und hastig hantierende erwachsene Person zu verleihen, bedeutet wiederum nicht „verletzen“, selbst wenn der böse Ausgang vorausgesehen wurde, wohingegen die Überlassung des gefährlichen Geräts an ein Kind „verletzen“ bedeutet. Die Tat wird nicht aus ihren natürlichen Eigenschaften konstituiert, wie bei *von Liszt* (interessengefährdende Willkür), oder aus ihren individuellen, wie bei *Welzel* (finale Überdetermination), sondern aus ihren gesellschaftlichen; sie *bedeutet* „Tatbestandsverwirklichung“, „Zuständigkeit“. Legitimierender Grund, die Tat als Unrecht zu begreifen, ist nicht mehr die Gefährlichkeit des Individuums und auch nicht seine fehlerhafte Selbststeuerung, sondern der *Rollenbruch*: Der Straftäter fällt aus der Rolle des rechtstreuen Bürgers.

*bb. Schuldbegriff (Person als gesellschaftliche Konstruktion)*

*aaa. Aufbau.* Diese Entwicklung wurde durch den sogenannten normativen Schuldbegriff vorbereitet. „Normativer Schuldbegriff“ heißt, Schuld sei nicht ein psychisches Faktum (oder das Fehlen eines solchen, etwa eines Vermeidewillens), sondern ein Zurückbleiben hinter den Vorgaben eines Maßstabs, nämlich des Maßstabs für hinreichende Rechtstreue. Wer Schuld hat, erbringt die Rechtstreue nicht, die von einer Person im Recht verlangt wird.<sup>142</sup> Der Straftäter fällt nicht nur mit seinem äußeren Verhalten, sondern auch mit seiner Motivation aus der Rolle des Rechtstreuen (was zusammen ein Ganzes bildet).

Dementsprechend kann ein Konflikt dann ohne Schuldzuschreibung gelöst werden, (1) wenn von einer Person im Vollsinn des Begriffs nicht die Rede sein kann, etwa beim seelisch kranken Täter, der eben zur Zeit oder dauernd nicht kompetent ist, sozial Bedeutsames zu generieren (§ 20 StGB), (2) wenn dem Täter (ohne sein Zutun) die Norm unzugänglich ist, so daß seine Rechtstreue (oder unterstellte Rechtstreue: jedenfalls) ins Leere stößt (§ 17 StGB), und (3) wenn nicht die Persona-

<sup>141</sup> Es fehlt insbesondere die Darstellung der Garantenstellungen, dazu *Jakobs* (Fn. 140), 29/29 ff., 57 ff.

<sup>142</sup> *Jakobs* (Fn. 140), 17/18 ff.

lität der Täters herausgestellt werden muß, sondern auf seine Kreatürlichkeit verwiesen werden kann, weil der Täter sich in einem nicht generalisierbaren, also nicht systembedrohenden existentiellen Konflikt befindet (§ 35 StGB)<sup>143</sup> oder weil der Konflikt auf das Opfer verlagert werden kann (§ 33 StGB)<sup>144</sup>. Ansonsten hat der Täter Rechtstreue aufzubringen, wie, ist seine Sache, was heißt, ein Versagen ist seine Schuld.

*bbb. Wissensfehler und Wollensfehler („Funktionalismus“).* Der Grund für gerade diese Konstruktion der Schuld ist nicht schwer zu finden, wenn er auch selten benannt wird.<sup>145</sup> Im Gegensatz zum *Wissen* von den natürlichen und sozialen Tatsachen, Gegebenheiten, der Welt, dessen Erwerb vom Recht nicht erst angeregt werden muß, weil er im Eigeninteresse eines jeden Individuums liegt, das nämlich weiß, früher oder später mit seinen Plänen scheitern zu müssen, falls diese kognitive Fehler aufweisen sollten, – im Gegensatz also zu dieser Wissensseite des Verhaltens liegt es auf der Willensseite keineswegs stets im Interesse des Individuums, die rechtlichen Normen auch befolgen zu wollen; die Pflicht dazu mag vielmehr eine Last sein, der man sich bei nächster Gelegenheit gern entledigen würde. Wegen dieser konstitutionellen Schwäche der Normen – die bloße Klugheit rät nicht dazu, sie stets zu befolgen, – schiebt das Recht die Aufgabe, für hinreichenden Rechtsbefolgungswillen zu sorgen, den Personen zu und nennt ein Versagen bei der Erfüllung dieser Aufgabe „Schuld“. Die Rolle der rechtstreuen Person ist also eine gesellschaftlich zu dem Zweck konstruierte Rolle, eine normative Struktur stabil halten zu können, und das ist so selbstverständlich, daß es allenthalben als „gerecht“ erscheint.

Ein Wollensfehler – keine „Lust“, das Recht zu befolgen, – führt demgemäß zu ungeminderter Schuld, während bei einem (durchaus vermeidbaren) Wissensfehler – „Fahrlässigkeit“ – mit Nachsicht gerechnet werden kann. Freilich darf man dabei den *Wissensfehler* nicht psychologisierend bestimmen. Ein Fehler im Sinne eines entlastenden Irrtums liegt nur vor, wenn der Täter *in seinem eigenen Interesse* wissen sollte, weil ihm nämlich beim Handeln ohne Überblick eine poena naturalis droht. Wenn er freilich *nicht wissen will*, wenn also das Wissensdefizit auf einem Wollensfehler beruht, bei Gleichgültigkeit, besteht kein Grund für Nachsicht.<sup>146</sup>

Das Maß der Pflichtverletzung, der fehlenden Rechtstreue, läßt sich also nicht psychologisierend, durch „Einfühlung“, ermitteln; mit anderen Worten, es geht nicht darum, wie „schwer“ *dem Täter* die Vermeidung gefallen wäre, – bei einem nahezu nicht vermeidbaren Irrtum: sehr schwer, aber bei immenser Lust zur Tatbegehung gleichfalls, und doch ist dieses das Höchste an Schuld und jenes das Geringste. Vielmehr richtet sich das Pflichtenmaß nach dem Stabilisierungsbedürfnis

<sup>143</sup> Jakobs (Fn. 140), 18/1 ff., 3 ff.; 19/6 ff.; 20/4 ff.

<sup>144</sup> Jakobs (Fn. 140), 20/28 ff.

<sup>145</sup> Man meint wohl, es gehe um apriorische Vorgaben der Gerechtigkeit. – Zum folgenden Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), 516 ff.

<sup>146</sup> Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002), 584 ff.

der Gesellschaft, und dieses ist bei Wissensfehlern klein und bei Wollensfehlern groß. Die Stabilisierungsbedingungen einer normativ verfaßten Gesellschaft lassen sich nicht überspringen, auch dann nicht, wenn die hier skizzierte Mediatisierung des Freiheitsschutzes oder des Interessenschutzes der einzelnen für falsch gehalten wird: Ohne stabile Gesellschaft gibt es keine bürgerliche Verfassung, in der Güter „gut“ und Freiheiten wirklich sein können.

An der Irrtumslehre, die das ganze 20. Jahrhundert nicht zur Ruhe gekommen ist, läßt sich trefflich darstellen, daß sich die gesellschaftlichen Bestandsbedingungen nicht eskamotieren lassen.<sup>147</sup> Das Reichsgericht will, was die *Rechtskenntnis* angeht, nur den *außerstrafrechtlichen* Rechtsirrtum entlastend wirken lassen; gemeint ist der in der Regel nicht auf einem Wollensfehler, auf Gleichgültigkeit, sondern auf einem Versehen beruhende Irrtum,<sup>148</sup> aber das ist mit „außerstrafrechtlich“ nur sehr unvollkommen bezeichnet. Nach der Vorsatztheorie – der Vorsatz hat sich auf das Unrecht der Tat zu erstrecken – muß jede Unkenntnis des Unrechts entlasten, was ein unerhörtes Privileg für gleichgültige Täter darstellt.<sup>149</sup> Der Finalismus wertet die Unkenntnis des *Rechts* nach ihrem Grund; das ist richtig, soweit der Wissensfehler als Grund entlastet und der Wollensfehler belastet, aber es drängt sich sofort die Frage auf, weshalb bei der *Tatbestandsunkenntnis* nicht gleichfalls solcherart unterschieden, sondern statt dessen nach der psychischen Lage entschieden wird (Unkenntnis entlastet stets).<sup>150</sup> Zu solchen Konfusionen *muß* es kommen, wenn man davon ausgeht, die Delinquenten trügen den Beurteilungsgegenstand in ihrem Kopf vorgeformt mit sich herum, ohne daß es eines Blicks auf die Stabilisierungsbedürfnisse der Gesellschaft bedürfte.

In einer komplexen Massengesellschaft, in der anonyme Kontakte die Regel sind, kann eine Person nicht aus „Individualität plus Würde“ zusammengesetzt werden, sondern ist eine von der Gesellschaft konstruierte Adresse für Rechte und Pflichten. Die Strafrechtswissenschaft der Moderne zeigt, daß die Bestandsbedingungen der Gesellschaft die Zurechnung geformt haben, und legitimiert diese Formung als unausweichlich sowie als immer schon – wenn auch verborgen – mehr oder weniger leitend vorhanden. Woran man als „gerecht“ gewöhnt ist, das wird durch seine gesellschaftliche Unabdingbarkeit legitimiert.

---

<sup>147</sup> *Jakobs* (Fn. 140), 19/1 ff.

<sup>148</sup> Nachweise dazu bei *Jakobs* (Fn. 140), 19/4 ff.

<sup>149</sup> Das hat zur Variante der elastischen Vorsatztheorie (Vorsatztheorie heißt: Unrechtsbewußtsein soll Bestandteil des Vorsatzes sein) geführt (Nachweise bei *Jakobs*, Fn. 140, 18/17 Fn. 28), womit freilich die Konsistenz der Theorie preisgegeben wird.

<sup>150</sup> *Jakobs*, Dolus malus, in: *Rogall* u. a. (Hg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S. 107 ff., 113 ff.; *ders.*, Handlungssteuerung und Antriebssteuerung, in: *Amelung* u. a. (Hg.), Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 949 ff., 955 ff.

cc. *Straftheorie (Erhaltung von Normgeltung)*

Was ergibt sich daraus für die Straftheorie, also für die alte Frage nach dem Verhältnis von Gerechtigkeit und Prävention? Zunächst gilt es zu erkennen, daß ein Täter zwar einer Norm zuwiderhandelt, aber damit nicht notwendig die *gesellschaftliche* Normgeltung dauerhaft beeinträchtigt; denn wenn der Täter eben *als Täter* behandelt, also bestraft wird, so zeigt das ja die unverminderte gesellschaftliche Geltung der Norm. Der Täter hat zwar ihre Geltung für sich selbst bezweifelt, aber das gegen ihn ergehende Urteil stellt klar: zu Unrecht.

Es bleibt die Frage, mit welcher Strafe der Täter zu belegen ist, und hier können die beiden geläufigen Antworten zur Prävention nicht befriedigen: Die Antwort der Aufklärung, unbegrenzte negative Generalprävention, die Strafe müsse tatgeneigte andere Personen abschrecken, geht offenbar zu weit; denn eine *bereits bestehende* Tatneigung anderer Personen hat ein Straftäter nicht zu verantworten. Aber auch die Antwort von *von Liszt*, Spezialprävention, die Strafe müsse den Täter selbst von weiteren Taten abhalten, hat als rechtliche Antwort keinen Bestand; denn der Täter trägt an seinen *kommenden* Taten nicht *heute* schon Schuld.

In aller Kürze:<sup>151</sup> Jede Norm bedarf einer kognitiven Untermauerung, wenn sie wirklich Orientierung geben soll: Niemand setzt sich freiwillig dem Risiko eines schweren Verlustes aus, wenn ihm einzig garantiert ist, daß er jedenfalls im Recht ist; es muß auch einigermaßen sicher sein, zu dem Verlust werde es nicht kommen. Diese kognitive Untermauerung der Norm beschädigt ein Straftäter – seine Tat beweist die Fragilität der Annahme –, und dafür muß er (*sit venia verbo*) Schadensersatz leisten, was heißt, eine solche Menge von Gütern – Freiheit, Geld – „hergeben“, daß sein Entschluß zur Tat rückblickend nach allgemeinem Urteil als schlechthin unverständlich erscheint. Das bestätigt jedermann in seiner Normtreue und insbesondere potentielle Opfer in ihrem Normvertrauen, weil die Tat nunmehr als ungeeigneter Weg, Sondervorteile einzufahren, wirklich dargetan ist: Der Täter hat nicht nur normativ, sondern auch kognitiv falsch geurteilt. Kurz und knapp, Abschreckung, aber nicht nach dem Maß der Verbrechensneigung anderer Personen, sondern nach dem Anreiz, den die geschehene Tat *und nur sie allein* geben könnte. Man spricht von positiver, bestätigender, (nicht: verbessernder) Generalprävention.

Um auf das eingangs (IV. A. 2.) Ausgeführte zurückzukommen: Mehr als plausibel kann eine solche Theorie nicht werden. Allerdings ließen sich besser abgesicherte Modelle, sogar solche mit Effizienzkontrolle, denken; diese orientieren sich dann aber nicht mehr an einem Täter als einer der Gesellschaft zum „Ersatz des Normgeltungsschadens“ verpflichteten *Person*, sondern an einem *Individuum* und seiner Dressierbarkeit.

---

<sup>151</sup> Eingehend *Jakobs* (Fn. 45), S. 26 ff.

## IV. Schlußbemerkungen

### A. Resümee

(1) Die Legitimation des Strafrechts durch Gesetz und vorausgesetzte Autoritäten bei *Carpzov*, (2) seine Legitimation als Veranstaltung zur Garantie sicherer Freiheit in der bürgerlichen Verfassung bei *Feuerbach*, (3) die Legitimation aus der Logik des Rechts bei *Hegel* und den *Hegelianern*, (4) die Legitimation aus der Positivität des Rechts bei *Binding*, (5) die Legitimation als Gefahrenabwehr bei *von Liszt* (6) der Zerfall eines Gesamtzusammenhangs zugunsten der Schärfung einzelner Institutionen im 20. Jahrhundert, Beispiel war die finale Handlungslehre *Welzels*, (7) schließlich der Funktionalismus als Legitimation des Strafrechts aus den Bestandsbedingungen einer normativ strukturierten, freiheitlichen Gesellschaft, das waren die Beispiele, an Hand derer die Leistung der Strafrechtswissenschaft gezeigt werden sollte: *die Antwort auf die Frage nach der zeitgemäßen Legitimation, nach der Wahrheit des Strafrechts zu geben*. Für die Vergangenheit, insbesondere aber für die Gegenwart, ließen sich gewiß auch andere Beispiele anführen, etwa die hier sehr knapp gestreifte Lehre vom Strafrecht als Rechtsgüterschutz, so daß dieses Referat nicht nur einiges aus der Strafrechtswissenschaft spiegelt, sondern auch, vielleicht sogar hauptsächlich, die Vorlieben seines Autors.

### B. Gesellschaft

Die funktionale Erklärung sucht „hinter“ dem als „gerecht“ Angesehenen verborgene gesellschaftliche Zweckmäßigkeit, Bestandsnotwendigkeit. Nichts wäre falscher als die Annahme, durch diese Sicht würden die Personen dem Kollektiv unterworfen; das Gegenteil ist der Fall: Personen, die erst durch die gesellschaftliche Anerkennung als Träger von Rechten und Pflichten konstituiert werden, gewinnen in dieser gesellschaftlichen Gebundenheit ein wirkliches – nicht nur ausgedachtes – Dasein, und zwar ganz unabhängig von der Antwort auf die schon skizzierte Frage, ob die Gebundenheit als bloße *Vermittlung* zur Freiheit oder als *Substanz* der Freiheit zu verstehen ist; denn zumindest an der Vermittlung führt kein Weg vorbei. Es ist die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, dieses Zweckvolle, das, bevor es als zweckvoll erkannt wird, längst über die List der Vernunft die Zurechnung mitgeformt hat, zu benennen oder, wo es an der Formung fehlt, Kritik zu üben und Korrekturen vorzuschlagen, sei es zum Stand der Lehre oder zum Stand der Gesetzgebung oder zum Stand der Rechtsprechung. Die funktionale Sicht dient der Legitimation des Strafrechts, da sie die *unabdingbare Notwendigkeit* der Zurechnungsregeln für eine freiheitliche Gesellschaft begründet: Freiheit bedingt Folgenverantwortung.<sup>152</sup>

<sup>152</sup> Das ist die *allgemeine* gesellschaftliche Institution; daneben können *besondere* Institutionen bestehen.

### C. Zur Wirklichkeit des Rechts

Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von der normativen Verfassung der Gesellschaft, und zwar der wirklich stattfindenden, nicht nur ausgedachten Gesellschaft, kann, anders als eine *reine* Normwissenschaft, an den Wirklichkeitsbedingungen des Rechts nicht vorübergehen, sondern hat diese zu berücksichtigen. Rechtsnormen geben Orientierung, aber nur, wenn sie kognitiv untermauert werden (deshalb gehört zur Strafe ja auch ein Strafschmerz, nicht nur der Widerspruch gegen den Normbruch durch das Schuldurteil; oben IV. B. 6. b. cc.). Das gilt nicht nur für die Normen selbst, sondern für alles normativ Strukturierte, also alle Institutionen, etwa Gerichte, Bürger als Personen im Recht, Eigentum etc. Ein heikles Beispiel: Ein Bürger, der immer wieder in schwerer Weise delinquent und sich voraussichtlich nicht ändern wird, kann nicht mehr als Bürger im Vollsinn des Begriffs behandelt werden, da es an der kognitiven Untermauerung seiner Rechtstreue fehlt. Er verliert deshalb seinen Status als Person im Recht *insoweit*, als er – etwa – in Sicherungsverwahrung genommen wird. Die Rechtswissenschaft kann vor dieser kognitiven Grenze der normativen Wirklichkeit – vom Normativen her gesehen: vor diesem „Schmutz“ der Wirklichkeit – nicht die Augen verschließen, wenn sie nicht ins Unwirkliche abdriften will.<sup>153</sup>

*Kant* hat die Notwendigkeit, in der Theorie solche vermeintlichen Störungen der Praxis als Problem zu berücksichtigen, in seiner Abhandlung über das Verhältnis von Theorie und Praxis<sup>154</sup> an einem geradezu erheiternden Beispiel verdeutlicht: Die ästhetisch befriedigende, weil symmetrische Bahn eines Geschosses, das nur von der Erdanziehung abgelenkt wird, läßt sich mit einer Theorie vom Impuls und von der Erdanziehung berechnen, aber diese Theorie taugt nicht für das Militär; denn bei dessen Schießereien muß stets auch noch ein Luftwiderstand berücksichtigt werden.<sup>155</sup> *Kant* hält eine solche verkürzende Theorie für schlecht; sie ist nicht komplex genug, mit *Kants* Worten, es ist „nicht genug Theorie da“.<sup>156</sup> Nichts anderes gilt für eine Theorie, die das Recht ohne die Bedingungen seiner Wirklichkeit dartun will: Auch dann ist „nicht genug Theorie da“; denn Rechtswissenschaft handelt nicht von normativen Wolkenkuckucksheimen, sondern vom Recht in den Widerständen der nicht zu eskamotierenden, sondern theoretisch zu durchdringenden Praxis.

### D. Erneut: der Problemfall (siehe I.)

Abschließend sei nochmals ein Blick auf den eingangs genannten Kommentar von *von Frank* geworfen: Ist ein solches Werk Wissenschaft? *von Frank* bereitet den Ge-

<sup>153</sup> Dazu *Jakobs*, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 841 ff.

<sup>154</sup> *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, in: Weischedel (Hg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Bd. VI, 1964, S. 125 ff.

<sup>155</sup> *Kant* (Fn. 154), S. 128.

<sup>156</sup> *Kant* (Fn. 154), S. 127.

setzesstoff so auf, daß seine Anwendung auf einzelne „Fälle“ leicht möglich ist und Widersprüche minimiert werden. Aber die Frage nach der Legitimation des Strafrechtsbetriebs ist *von Frank* fremd und damit auch diejenige nach dem leitenden Ziel bei der Aufbereitung des Stoffs, also die Frage nach der Wahrheit des Rechts. Deshalb wage ich das Urteil, der Kommentar sei im Schwerpunkt kein wissenschaftliches Werk, vielmehr ein – allerdings brillantes – Hilfsmittel für Entscheidungen im Rechtssystem. Das bedeutet keine Abwertung des großen *von Frank*: Helfer der Praxis, „Rechtsgehilfen“, mögen höchst Geistvolles leisten und Wissenschaftler Miserables, und selbst allerbeste Wissenschaft ist bei den eingangs genannten drei alten Fakultäten nicht alles: Sie haben auch für die Praxis zu sorgen.

# Die Strafrechtsdogmatik nach dem Ende der vor- und außerjuristischen Gerechtigkeit

*Joachim Schulz*

## Der Begriff der Strafrechtsdogmatik

Der Titel beinhaltet eine Einschränkung und eine These. Die Einschränkung liegt in der Begrenzung auf die Strafrechtsdogmatik. Es geht also nicht um die gesamte Strafrechtswissenschaft, sondern nur um den Teil, den wir Dogmatik zu nennen gewohnt sind. Trotz der Allgemeinheit ungefähren Vorverständnisses weichen die Definitionen doch in nicht unwichtigen Punkten ab, weshalb ich eine eigene Begriffsbestimmung geben und erläutern muss. Unter Strafrechtsdogmatik verstehe ich die systematische Beschäftigung mit der Frage, ob etwas strafbar ist, wie es strafbar ist und wie die Strafbarkeitsvoraussetzungen, insbesondere die tatsächlichen Voraussetzungen festzustellen sind. Ob etwas strafbar sein soll, bleibt ausgeklammert, soweit es sich nicht um einen Teil des „ist“ handelt.

Wo genau die Grenze zwischen „ist“ und „soll“ verläuft, soll nicht vorausgesetzt werden, sondern ist eine mögliche Antwort auf die noch zu stellenden Fragen. Jenseits der Grenze liegen jedenfalls die Texte, die sich selbst explizit als rechtspolitisch verstehen, etwa indem sie den Gesetzgeber zum Handeln aufrufen. Das Umgekehrte gilt freilich nicht, da nicht jede Behauptung über geltendes Recht auch zutrifft und hinter einer Äußerung nicht nur Irrtümer, sondern auch Wünsche und Hoffnungen stehen können.

Nur um eine technische Einzelheit handelt es sich bei der Bezeichnung dessen, um dessen Strafbarkeit geht. „Etwas“ habe ich deshalb benutzt, um nicht den insbesondere in der deutschen Dogmatik tradierten Anknüpfungspunkt festzuschreiben, der als Tat, Handlung, Verhalten oder ähnlich bezeichnet wird und die Strafbarkeit von Zuständen, Lebenswelten oder Zugehörigkeiten zu bestimmten Gruppen von vornherein ausschließt.

Nicht unwichtig ist auch, welche Termini in der Definition fehlen. Wahrheit, Gerechtigkeit oder Legitimität tauchen nicht auf. Die Gründe hierfür müssen wenigstens kurz skizziert werden.

## Dogmatik und Legitimität

Legitimität ist ein Begriff, der als Fachterminus politologisch, soziologisch, rechtstheoretisch, möglicherweise auch psychologisch und (individual)ethisch verstanden werden kann und je nach Fach auf unterschiedliche Fragestellungen reagiert und entsprechend unterschiedliche Bedeutungen annimmt. Daneben findet sich ein unspezifischer Sprachgebrauch, weshalb sich häufig nicht entscheiden lässt, worum es im jeweiligen Text oder in der jeweiligen Definition geht. Im Kern steht aber immer „Anerkennung“, sei es dass es sich um die tatsächliche Anerkennung einer Herrschaftsform, einer Rechtsordnung oder einer einzelnen Rechtsnorm handelt bzw. um ihre empirische Chance, anerkannt zu werden, sei es dass es normativ um deren Anerkennungswürdigkeit geht. Nimmt man diesen Bedeutungskern in die Definition der Dogmatik hinein, so befindet Dogmatik nicht nur darüber, was geltendes Recht ist, sondern auch darüber, ob das geltende Strafrecht, bestimmte seiner Teile oder bestimmte Einzelregelungen legitim oder illegitim ist. Sofern mit legitim/illegitim nur verfassungskonform/verfassungswidrig gemeint wäre, handelte es sich nur um einen verwirrenden Sprachgebrauch. Interessanter ist der Begriff der Legitimität als Unterscheidung innerhalb des geltenden Rechts. Denn dann stellt sich die Frage nach der (Rechts)Folge der Illegitimität. Voraussetzungsgemäß kann die rechtsinterne Antwort nicht lauten, dass die entsprechenden Regelungen nicht anerkennungswürdig seien und daher der Anspruch auf Befolgung nicht erhoben werden könne. Jede präskriptive<sup>1</sup> Norm erhebt diesen Anspruch und, sofern sie gilt, auch von Rechts wegen. Allerdings ist es fraglich, ob diesem Anspruch auch eine (individual)ethische oder moralische Erfüllungspflicht entspricht. Soweit es bei der Frage nach der Legitimität des geltenden Strafrechts genau hierum, also um das Bestehen einer solchen außerjuristisch fundierten Erfüllungspflicht, geht, wird die Kompetenz der Dogmatik überschritten, weshalb der Terminus in der Definition nicht auftaucht.

## Dogmatik und Gerechtigkeit

Kaum anders ist die Situation, was die „Gerechtigkeit“ angeht. Was von ihr dogmatisch operationalisierbar ist, gehört zur geltenden Rechtsordnung. Transpositive Rechtsquellen sind zwar denkbar, aber überflüssig, weil sie nicht mehr und nichts Konkretes besagen als das Grundgesetz und in das deutsche Recht transformierte

---

<sup>1</sup> Es gibt auch andere Normen, vorzugsweise im Zivilrecht, die man Gestaltungsmöglichkeitennormen nennen könnte, die Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen, die ohne Recht nicht wählbar wären. Man denke etwa an das Gesellschaftsrecht oder das Recht der Sicherungsgeschäfte. Im Grunde gehören hierzu bereits das Recht der Verpflichtungsgeschäfte und – etwa – das Übereignungsrecht. Da diese Art Normen im Strafrecht keine Rolle spielen, müssen sie im Folgenden außer Acht gelassen werden.

völkerrechtliche Normen, insbesondere also die Europäische Menschenrechtskonvention und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>2</sup>. Wem im Anschluss an Kelsen Gerechtigkeit nur ein politisches Schlagwort ist, unter dem sich der für die jeweilige Gruppierung wünschenswerte Zustand der Gesellschaft verbirgt, muss schon deshalb auf diesen Terminus verzichten.

## Dogmatik und Wahrheit

Der Verzicht auf eine Referenz zum Wahrheitsbegriff bedarf einer etwas ausführlicheren Begründung, hängt an ihr doch nach geläufigem Sprachgebrauch, ob eine Aktivität auf Erkenntnis gerichtet ist oder ob das jeweilige Kommunikationssystem sich als Wissenschaft begreift<sup>3</sup>. Zahllosigkeit und Heterogenität der Wahrheitsbegriffe erschweren diese Aufgabe beträchtlich. Auch längere Ausführungen könnten keinen Anspruch auf annähernde Vollständigkeit erheben, selbst wenn man sich wie im Folgenden auf Sätze der Strafrechtsdogmatik beschränkt und die Tauglichkeit des Wahrheitsbegriffs für normative Behauptungen beliebiger Art aus der Erörterung ausklammert.

## Dogmatik und Korrespondenztheorie

Nach der Korrespondenztheorie kann eine sprachliche Äußerung nur wahr sein, wenn sie sich auf etwas bezieht, was außerhalb dieser Äußerung liegt, und diese Relation dem Adäquatheitserfordernis genügt. Schon für empirische Behauptungen ist dieser Wahrheitsbegriff nicht unproblematisch. Bereits die Bedeutung von „Adäquatheit“ oder „Korrespondenz“ appelliert eher an unser Vorverständnis als dass sie definitorisch beschreibbar wäre. Wesentlich geringer sind paradoxerweise die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Wahrheitskriterien, weshalb dann häufig umgekehrt der Wahrheitsbegriff durch die Wahrheitskriterien definiert wird. Wahr ist, was man beweisen, begründen oder rechtfertigen kann.

Bei dogmatischen Figuren liegt die erste Hürde schon im Außenbezug überhaupt und nicht erst in der Art der Korrespondenzbeziehung. Es ist freilich noch nicht allzu lange her, dass ein Hinausgreifen der Dogmatik über sich selbst hinaus zum archimedischen Punkt der Dogmatik erklärt wurde. Ontologische Strukturen sollten unhintergebar dem Recht vorgegeben sein. Die Frage, ob es solche Strukturen gibt, ist korrespondenztheoretisch jedenfalls grundsätzlich wahrheitsfähig. Dog-

<sup>2</sup> So schon *Klug*.

<sup>3</sup> Einem möglichen Missverständnis soll sofort begegnet werden. Hier und im Folgenden geht es nicht um Wissenschaft im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG. Dass juristische Dogmatik unter diesen verfassungsrechtlichen Begriff fällt, ist nicht zweifelhaft, aber auch nicht präjudizierend für einen theoretischen Ansatz.

matisch geht es aber nicht hierum, sondern darum, ob die angebliche Vorgegebenheit in irgendeinem prägnanten Sinne wahrheitsfähig ist. Erst dann lohnt es, der Existenz der Seinsstrukturen nachzugehen. Als Musterbeispiel fungierte die angeblich finale Struktur der menschlichen Handlung, die nicht nur wie jede andere wahre Tatsache, wie etwa die Nahrungsbedürftigkeit des Menschen, vom Recht hinzunehmen sei, sondern sich unmittelbar auch als dogmatische Figur darstelle oder in eine solche unvermeidbar transformiert werden müsse. Diese These ist nicht etwa an ihrer ontologischen Fragwürdigkeit, sondern an ihren strafrechtsdogmatischen Schwierigkeiten gescheitert. Das Verhältnis von Herrn und Knecht wurde in der Folge einfach umgedreht. Nicht die ontologische Vorgabe prägte die Dogmatik, sondern die Dogmatik suchte sich aus dem, was möglicherweise ontologisch fundiert war, das für sie passende heraus. Gut verfolgbar ist diese Entwicklung bei der Teilnahmelehre, die zu den dogmatischen Gebieten zählt, die den klarsten Bezug zur finalen Handlungslehre aufgewiesen haben. Im Zentrum stand der Begriff der finalen Tatherrschaft und er war – den Prämissen entsprechend – empirisch oder phänomenal gemeint. Im Verlaufe der Entwicklung wurde zwar der Terminus beibehalten, der Begriff aber nach und nach so stark mit normativen Komponenten angereichert, dass von seinem vorjuristischen Fundament kaum mehr etwas übrig blieb außer der Wendung gegen die subjektive Teilnahmetheorie der Rechtsprechung. Nicht viel besser ging es mit dem Begriff der Natur der Sache. Wenn es so etwas gibt oder gäbe, wäre die *natura rerum* sogar in einem korrespondenztheoretischen Sinne wahrheitsfähig. Aber auch hier zeigte sich, dass das vermeintlich vorjuristisch Natürliche nichts Anderes ist als die konsequente Handhabung rechtlicher Vorentscheidungen. So gehört es inzwischen zu den Binsenwahrheiten, dass die natürliche Handlungseinheit nur ein Unterfall der juristischen ist.

Als letztes Testobjekt mag der Begriff des Sozialschadens dienen, der fast durchgängig in den Definitionen des Strafrechts auftaucht und explizit oder implizit zumindest die Diskussion über den Rechtsgutsbegriff und über die abstrakten Gefährdungsdelikte beeinflusst hat. Hier ist schon fraglich, ob dieser Begriff den Anforderungen genügt, die an seine korrespondenztheoretische Einlösbarkeit zu stellen wäre. Wie dem auch sei, jedenfalls liegt weder die Definitionsmacht über diesen Begriff bei der Strafrechtsdogmatik, noch verfügt diese über das Instrumentarium, das für die Arbeit mit einem empirisch gehaltvollen Begriff des Sozialschadens erforderlich wäre. Ob sozialschädlich der ist, der irrationale Ängste hegt, oder derjenige, der sie weckt, liegt außerhalb dessen, was die Strafrechtsdogmatik aus eigener Kraft entscheiden kann. Maßgeblich sind die Grenzen, die das Verfassungsrecht dem staatlichen Eingriff durch Strafe zieht oder durch Bestrafungsgebote öffnet. Und – in diesem Rahmen – natürlich der Strafgesetzgeber.

## Dogmatik und Kohärenztheorie

Der kohärenztheoretische Wahrheitsbegriff, wonach sich Wahrheit nicht auf einzelne Behauptungen beziehen kann, sondern nur auf ganze Netze miteinander verbundener Behauptungen, Definitionen und Ableitungsregeln, ruht auf der Erkenntnis, dass ein isolierter einzelner Satz noch nicht einmal verständlich, geschweige denn auf seine Wahrheit überprüfbar ist. Die einfache Behauptung, dass Wasser bei 0° C gefriere, setzt voraus, dass man Wasser von anderen Stoffen unterscheiden kann, dass man einen Temperaturbegriff hat und die Temperaturmessmethode kennt, die mit dem Namen Celsius verbunden ist. Diese Sätze stehen ihrerseits im Zusammenhang mit weiteren Sätzen. und so fort ad infinitum. Dieses Netz kann nicht in seinen einzelnen Teilen, sondern nur als Ganzes wahr sein. So formuliert, handelt es sich um nichts Anderes als eine Variante der Korrespondenztheorie. Zur Kohärenztheorie wird dieser Ansatz erst dann, wenn sich das Netz ohne die Stützpfeiler spezieller Adäquatheitsbeziehungen selbst trägt. Das soll dann der Fall sein, wenn die Sätze, aus denen das Netz besteht, nicht nur konsistent, d. h. widerspruchsfrei sind, sondern darüber hinaus in einer inneren Beziehung zueinander stehen. Dass ein in diesem Sinne kohärentes Netz „wahr“ ist, setzt freilich voraus, dass es der Idee nach nur ein einziges solches Netz gibt oder geben kann, d. h. alle konkurrierenden Netzbildungen an Widersprüchen oder unverbundenen Knotenpunkten leiden. Alternativen werden dadurch nicht ausgeschlossen. Die wissenschaftstheoretische Pointe liegt vielmehr darin, dass es unterschiedliche, aber äquivalente Formulierungen ein und desselben Netzes geben kann, wodurch die interne Konstruktion des Netzes weitgehend eine Frage der Zweckmäßigkeit ist. Ob eine notwendige Anpassung an dieser oder jener Stelle, eher im Randbereich oder im Zentrum vorgenommen wird, entscheidet der einzelne Forscher bzw. die Forschergemeinschaft. Dass hier nicht nur ein interessantes, aber ansonsten irrelevantes intellektuelles Spiel betrieben wird, hängt im empirischen Bereich damit zusammen, dass das Netz an seinen Rändern auf die nichtsprachliche Realität stößt, was immer das im Einzelnen bedeuten mag. Und nur hierauf kann sich – wenn überhaupt – ein brauchbarer Wahrheitsanspruch stützen.

Ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Konsequenzen eine entsprechende Konzeption für Normen überhaupt denkbar ist, braucht hier nicht geklärt zu werden. Auf das Recht und insbesondere die Strafrechtsdogmatik kann sie jedenfalls nicht übertragen werden, weil schon die internen Anforderungen der Kohärenztheorie nicht erfüllt werden können, sofern das positive Recht Teil der Dogmatik ist.

Inwiefern ein darüber hinausgehender Anspruch auf Wahrheit in einem prägnanten Sinne erhoben werden könnte, ist erst recht nicht ersichtlich. Von einer beliebigen Phantasmagorie unterscheidet sich ein stimmiges dogmatisches System nur, wenn es eine Widerstand leistende Außengrenze hat. Bei empirischen Systemen ist dies – wie gesagt – die Stoßstelle zur „Wirklichkeit“. Wo der entsprechende

Ankerpunkt bei rechtsdogmatischen Systemen liegen könnte, ist nicht recht ersichtlich. In Betracht kommen so unterschiedliche „Etwasse“ wie der Gesetzestext oder die konkreten Verhaltensnormen. Dass der Gesetzestext wegen hermeneutischer Vorgegebenheiten seinerseits erst durch die Dogmatik wenigstens einen Teil seiner Bedeutung erhält, steht seiner Funktion als externer Stoßstelle nicht prinzipiell entgegen, wie der Vergleich mit den empirischen Systemen lehrt. Auch dort können die Sätze, die sich am Rand des Netzes befinden, nur mit Hilfe der anderen Teile verstanden werden. Schwieriger wird die Konzeption, wenn die je konkreten Verhaltensregeln als Außengrenze fungieren sollen, weil hier – anders als bei Gesetzen – schon der Text nicht feststeht, also nicht nur seine Bedeutung schwankt.

Ausführlicher, genauer und detaillierter braucht eine mögliche Kohärenztheoretische Deutung der Dogmatik nicht entfaltet zu werden, da sie für das Strafrecht bereits an anderer Stelle scheitert. Der Besondere Teil des Strafrechts und seine Dogmatik beanspruchen wegen ihres fragmentarischen Charakters gar nicht den inneren Zusammenhang, der den Anforderungen einer Kohärenztheorie genügen würde. Daran ändern auch die Kategorien der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit nichts, die einen übergreifenden theoretischen Zusammenhang stiften sollen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um die negative Funktion dieser Prinzipien, als Grundlage einer fundamentalen Kritik bestimmter Tatbestände zu dienen oder sie im Extremfall als verfassungswidrig zu erweisen. Ins Bild einer Kohärenztheorie passten sie nur, wenn ihnen eine positive Funktion bei der Verdichtung des Netzes zukäme. Das ist aber nicht der Fall. Der systematischen „Abrundung“ der Fragmente steht das Analogieverbot entgegen, das auch bei gleicher Strafwürdigkeit und gleicher Strafbedürftigkeit die Weiterknüpfung des Netzes jenseits des – wie auch immer zu bestimmenden – Gesetzeswortlauts untersagt. Aber auch der Gesetzgeber ist nicht schon aufgrund dieser beiden Prinzipien verpflichtet, Strafbarkeitslücken zu schließen, außer die Strafbedürftigkeit erreicht aus verfassungsrechtlichen Gründen den Status eines Pönalisierungsgebotes. *Mutatis mutandis* gilt dasselbe für den Rechtsgutsbegriff.

Zwar nicht mit diesen Formulierungen, aber aus ähnlichen Gründen galt lange Zeit die Beschäftigung mit dem Besonderen Teil des Strafrechts als wissenschaftlich minderwertig. Sie hatte das Odium einer bloßen Gesetzeskunde. Echte Wissenschaft war nur der Allgemeine Teil, allerdings auch dies nur in bestimmter Hinsicht. Gegenstand dieser Art Dogmatik waren nämlich nicht die allgemeinen Regeln verstanden als Produkte des jeweiligen Gesetzgebers, sondern ihr – wie man versucht ist zu sagen – platonischer Teil. Konstruiert wurde ein ideales Normengefüge und nur dies war ein taugliches und würdiges Substrat der Dogmatik. Die gesetzlichen Vorschriften waren im günstigsten Fall mehr oder weniger gelungene Abbilder, die man unter dem Stichwort „Gesetzeskunde“ mitbehandelte. Diese Doppelung hat bis in die jüngste Zeit ein Kommentator durch unterschiedliche typographische Gestaltung auf die konsequente Spitze getrieben, je nachdem, ob es um den Begriff in seiner „platonischen“ oder in seiner positivrechtlichen Ausformung ging.

Es sind zwar auf diese Weise geschlossene Gebilde hoher gegenseitiger Interdependenz entstanden. Doch beanspruchten sie Wahrheit nicht wegen der internen Stimmigkeit. Sie legitimierten sich nicht über den Kohärenzgedanken, sondern waren korrespondenztheoretischen Vorstellungen verpflichtet.

Eine kohärenztheoretische Wahrheitskonzeption nur für den Allgemeinen Teil ist freilich nicht möglich, weil dieser sich auf den Besonderen Teil bezieht und mit ihm daher in einem inneren Zusammenhang stehen muss. Er darf und kann sich nicht von ihm isolieren. Infolge dessen trägt nicht der Allgemeine Teil seine – unterstellte – Kohärenz in den Besonderen Teil hinein, sondern umgekehrt zerstört die Inkohärenz des Besonderen Teils die sonst vielleicht mögliche Kohärenz des Allgemeinen. Das ließe sich sogar empirisch nachweisen. An dieser Stelle mögen Stichworte genügen.

Das Bild beeindruckender Geschlossenheit, das überhaupt erst kohärenztheoretische Überlegungen ins Spiel bringt, entsteht durch den klaren Bezug auf die Tötungsdelikte, die von ihrer Struktur her wie keine andere Deliktsgruppe geeignet sind, durch zentralere Kategorien bestimmt zu werden. Außerdem gilt für sie nicht der fragmentarische Charakter des Strafrechts. Vorsätzliche Taten werden genauso erfasst wie fahrlässige. Bestraft wird nicht nur die Vollendung, sondern auch der Versuch. Vollendung und Nichtvollendung lassen sich in aller Regel klar unterscheiden, so dass die Frage nach dem Strafgrund des Versuches sinnvoll wird, zumal der Versuch nicht immer strafbar war und in manchen Rechtsordnungen – partiell auch in der deutschen – auch Vorbereitungen pönalisiert werden. Als weiterer irritierender Faktor kommt die Figur des untauglichen Versuchs in Spiel, die Fragen aufwirft, die weit ins Zentrum des Netzes hineinreichen. Auch die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit reicht so weit und lässt sich dort verknüpfen. Zwar sind Vorsatz wie Fahrlässigkeit strafbar, aber doch mit deutlich unterschiedlichem Strafrahmen, so dass sich die Frage nach dem Grund der Höherbestrafung des Vorsatzes stellen lässt oder umgekehrt nach dem Grund der Privilegierung der Fahrlässigkeit. Hiermit verbindet sich die Irrtumsproblematik, die Arten von Irrtümern unterscheiden und mit dem Strafgrund in Beziehung setzen kann. Das braucht hier nicht weiter aufgeführt und an weiteren Beispielen illustriert zu werden, da das Ergebnis klar ist: Der Deliktstypus und seine Struktur ermöglichen abstraktere Fassungen konkreter Rechtsfragen und ihre gegenseitige Verknüpfung. Hierdurch wird die Verdichtung möglich, die Voraussetzung der Kohärenz ist, was aber – wie bereits gesagt – nicht ausreicht.

Dieses Modell funktioniert auch bei anderen Erfolgsdelikten noch ganz gut, versagt aber, je weiter sich die Tatbestände von diesem Deliktstypus entfernen. Die im Zentrum des Netzes stehenden Grundfiguren wie etwa Täterschaft oder Versuch verlieren dann ihren materialen Gehalt und transformieren sich zu formalen Ordnungsbegriffen, die die Aufgabe, die ihnen innerhalb einer Kohärenztheorie zukäme, nicht mehr zu tragen vermögen. Das gilt auch dann, wenn man diese anderen Tatbestände so interpretiert, dass man möglichst viel von der Tötungsdeliktsbezo-

genen Dogmatik in sie hineinragen kann. Versteht man unter Handeltreiben (§ 29 BtMG) jede auf Umsatz gerichtete Tätigkeit, dann bleibt für den Versuch kaum ein Raum und inhaltlich kommt man über den formalen Begriff eines vollendungs-nahen Verhaltens nicht hinaus. Hat der Rechtsanwalt, der seine strafvereitelnde Tätigkeit über den tatbestandslos handelnden Vortäter entfaltet, normative Tatherrschaft, so löst sich mit dieser Zuschreibung der Begriff der Tatherrschaft auf und ist nur noch eine Funktionsstelle im System, ohne Kohärenztheoretische Bedeutung. Gemeint ist genau das, was gesagt ist und nicht mehr. Systeme bleiben möglich, aber eben nicht der Art, dass schon deswegen Wahrheitsansprüche erhoben werden könnten, und zwar ganz unabhängig davon, ob die Kohärenztheorie überhaupt auf den normativen Bereich übertragen werden kann.

### Dogmatik und Konsenstheorie

Die Konsenstheorie hat den unbestreitbaren und uneinholbaren Vorteil, dass bei einer innerweltlich konzipierten Normordnung der Konsens aller Beteiligten und Betroffenen Gerechtigkeit, Wahrheit und Richtigkeit verbürgt, und zwar in einem Maße, dass sich diese Begriffe nicht mehr unterscheiden lassen. Versteht man diesen Konsens als faktisches, wenn auch möglicherweise utopisches Ereignis, dann lässt sich auch kein Unterschied zwischen Ursachen und Gründen des Konsenses feststellen. Wahrheitsbegriff und Wahrheitskriterien fallen notwendig zusammen. Das Konsenterte ist wahr, weil es konsentiert ist. So gesehen also: eine ideale Theorie.

Der ebenso unbestreitbare und unvermeidbare Nachteil dieser Wahrheitskonzeption liegt darin, dass es einen solchen Konsens nicht gibt, er also antizipiert werden muss. Außerdem genügt, wie schon §§ 123, 138 BGB zeigen, nicht jeder Konsens, sondern nur der in einer unverzerrten Situation eingetretene. Und schließlich ist nicht klar, worauf sich der Konsens beziehen kann oder muss.

Der erste Punkt, die Ununterscheidbarkeit von Ursachen und Gründen für eine These tangiert die Wahrheitsfähigkeit von Dogmatik nicht unmittelbar. Muss der utopische Konsens antizipiert werden, dann muss begründet werden, dass die jeweilige Antizipation richtig ist. Insofern besteht dann wieder ein Unterschied zu den Ursachen einer Behauptung. Doch bleibt es dabei, dass es der utopische Zustand ist, der – wenn auch begründend – antizipiert werden muss. Wahr kann also nur sein, was den utopischen Konsens trifft, relativ wahr – in unvermeidbaren Übergangsstadien – nur das, was den Weg dahin eröffnet. Falsch, unrichtig oder ungerecht sind dann Normen, die im idealen Diskurs nicht Konsens finden würden oder nicht den Bezug hierzu enthielten. Genau genommen kann der ideale Diskurs nur in einer klassenlosen Gesellschaft stattfinden, in der es – folgt man marxistischen Prognosen – keine entgegengesetzten Interessen mehr geben wird, weil nur dann Gründe und Ursachen für normative Überzeugungen zusammenfallen

können. Praktikabilitätserwägungen sind natürlich ausgenommen. Heute richtiges Recht ist also nur ein Recht, das die klassenlose Gesellschaft antizipiert oder den Weg zu ihr erleichtert. Auch wenn man den Bezug zur klassenlosen Gesellschaft streicht, gilt demnach: die Normen nehmen ihre Legitimität nicht aus der Gegenwart, sondern aus der Zukunft. Hintergrund ist dann eine nicht wahrheitsfähige Geschichtsphilosophie oder das *v. Listz*sche Schlagwort, dass nur das zukünftige das richtige Recht sei.

Nimmt man all diese Charakteristika zusammen, dann liegt auf der Hand, dass der Konsens als Wahrheitsbegriff für eine Dogmatik des Strafrechts nicht taugt.

### Dogmatik als Instrument des Rechtssystems

Dass Dogmatik und Handhabbarkeit des Rechts miteinander zu tun haben, ist weitgehend anerkannt. Doch fungiert die Handhabbarkeit als natürliche und erwünschte Nebenfolge, aber nicht als Ziel der Dogmatik. Die Grundidee hatte Eines für sich. Stellt die Dogmatik ein wahres und (deswegen) kohärentes Netz zur Verfügung, dann findet sich idealerweise für jedes Rechtsproblem ein angebar Ort innerhalb des Netzes. Die potentiellen Antworten ergeben sich aus der jeweiligen Umgebung. Das ist deshalb möglich, weil die Dogmatik eine einheitliche Terminologie zur Verfügung stellt oder doch eine nicht allzu hohe Zahl divergierender Terminologien. Semantische Überschneidungen und Abweichungen können dann ebenso wie abweichende Lösungsansätze in ein festes Verhältnis zueinander gebracht werden. Wer nach einem Beispiel sucht, findet es etwa in der Gestalt des *Welzelschen* Lehrbuchs. Wer die Grundlagen durchgearbeitet hatte, konnte mit hoher Trefferwahrscheinlichkeit die Lösungen für die einzelnen Probleme des vorsätzlichen Begehungsdelikts vorhersagen. Ähnliches gilt noch für heutige Darstellungen, die dem deutschen Idealismus verpflichtet sind. Aber – wie skizziert – die Prämisse stimmt nicht (mehr), jedenfalls dann nicht wenn man das ganze Strafrecht ins Auge fasst und nicht nur ein auf die Erfolgsdelikte beschränkte Kernstrafrecht.

In der Konsequenz muss das Verhältnis umgekehrt werden. Gegenüber der Handhabbarkeit des Strafrechts nimmt die Dogmatik eine dienende Funktion ein und muss deshalb ihren Charakter ändern, wenn sie ihn nicht schon geändert hat. Für Letzteres mag als Indiz das allmähliche Aussterben des Lehr- und Handbuchs mit systematischen Ansprüchen dienen.

### Dogmatik als Handhabbarkeit wovon?

Fragt man nach dem, was denn durch die Dogmatik handhabbar gemacht werden soll, dann scheint die Antwort leicht zu fallen: die Strafgesetze. Eine solche Antwort

entspräche dem tabula-rasa-Modell, das vielfach zur Konstruktion oder Rekonstruktion von Systemen verwendet wird, von der Erkenntnistheorie angefangen über rechtsphilosophische Systeme bis hin zu Produkten der ökonomischen Theorie. Auch im Recht können solche Modelle fruchtbar sein, etwa bei der Erstellung von Geltungshierarchien. Geht es aber um inhaltliche und handhabbare Dogmatik, dann muss jeder autoritäre Text verarbeitet werden. Dazu gehören nicht nur Gesetze, sondern auch Gerichtsentscheidungen, Lehr- und Handbücher, Stellungnahmen von Ministerien und Verbänden, (nichtjuristische) Zeitungen und Zeitschriften oder sogar Äußerungen von Einzelpersonen. Natürlich wirken die genannten Autoritäten unterschiedlich intensiv, wovon wiederum das Maß ihrer dogmatischen Relevanz abhängt. Rechtsquellenlehre und Geltungshierarchien spielen für die Bestimmung des Grades der Autorität eine Rolle. Doch ist alles andere als ausgemacht, dass die tatsächliche Autorität hiervon vollständig oder auch nur überwiegend beeinflusst wird. Schon das Gesetz selbst ist von unterschiedlicher Autorität. Es gibt Gebiete, etwa das Organisationsrecht, in denen sie unbezweifelt ist, und Gebiete, in denen sich der Gesetzgeber kaum neben dem zuständigen Senat des Bundesgerichtshofs behaupten kann, wie etwa das Gesellschaftsrecht. Auch im Strafrecht lassen sich solche Unterschiede beobachten. So hat der inzwischen aufgehobene Tatbestand der Vergiftung (§ 229 a. F.), zum Teil als säkularisierter Nachfolger der Zaubereidelikte deklariert, so wenig Autorität gehabt, dass man seine Anwendung im Verhältnis zu den privilegierten Tötungsfällen geradezu vergessen hat, nachdem alle Bemühungen ihn in die Dogmatik einzubauen, gescheitert waren. Aber nicht nur dem Gesetzgeber von 1871 fehlt es bisweilen an Autorität. Das 1998 in Kraft getretene 6. Strafrechtsreformgesetz ist in weiten Partien geradezu ein Musterfall autoritätsloser Strafgesetzgebung. Einige Vorschläge zum neugefassten § 246 StGB, also dem Tatbestand der Unterschlagung, plädieren unter dem Mantel der Auslegung ungeniert für eine Handhabung, als gelte noch die alte Fassung. Ansonsten wird eine mehr oder minder starke Annäherung an den früheren Rechtszustand empfohlen. Dass man sich der Neufassung beugt, wird, wenn ich den Diskussionsstand vollständig übersehe, von niemandem empfohlen. Auch früher schon hat man den Gesetzgeber nicht einfach auflaufen lassen, sondern mit zum Teil abenteuerlichen Konstruktionen einen eigenen Mikrokosmos geschaffen, um brauchbare Ergebnisse zu erzielen. Genannt sei etwa die Transformation der persönlichen Begünstigung in die Strafvereitelung. Würde man hier den Autoren folgen, die sich dem Gesetz verpflichtet fühlen, dann käme es fast nur bei der Verursachung eines rechtskräftigen Fehlurteils zu einer Bestrafung aus § 258 StGB. In der gesetzreparierenden Vorgehensweise der herrschenden Meinung liegt sicherlich eine gewisse Loyalität gegenüber dem Gesetzgeber, aber eben nicht die Unterwerfung unter eine Sachautorität. Die einschlägige Dogmatik wird nur insofern vom Gesetz gesteuert, als es seine Ergebnisse zu verhindern gilt.

Der Befund unterschiedlich starker Autorität von Gerichten, ja sogar Spruchkörpern desselben Gerichts, von Strafrechtslehrern, Bundesanwälten, Strafverteidigern

und der öffentlichen Meinung scheint mir so klar zu sein, dass sich an dieser Stelle weitere Ausführungen erübrigen.

Ich hoffe, dass mit dieser Skizze das „Etwas“ deutlich geworden ist, was die Dogmatik handhabbar macht oder machen muss: es handelt sich um die Gesamtmenge autoritärer Texte. Das bedeutet aber nicht, was schon jetzt bemerkt werden soll, dass nur miteinander kompatible Texte verarbeitet werden oder werden sollten. Ganz im Gegenteil. Das Problem liegt ja darin, dass sie nicht kompatibel sind und erst durch Dogmatik in gewissem Umfang kompatibel gemacht werden sollen oder eben handhabbar.

### Handhabbarkeit für wen?

Handhabbar für wen, ist die Frage, die sich aufdrängt, wenn man das Wort ernst nimmt und nicht von der Vorstellung einer subjekt- und adressatenlosen Dogmatik beherrscht wird. Für eine Antwort trennt man vernünftigerweise den Adressaten des Rechts vom Adressaten der Dogmatik, mögen sie auch allesamt Teil des Kommunikationssystems Recht sein. Der größte Teil der Adressaten des Rechts gehört nicht zu den Adressaten der Dogmatik. Allenfalls die Ergebnisse der Dogmatik gehen ihn an, nicht aber die Dogmatik selbst. Ob der Brötchenkauf 4, 6, oder 8 Rechtsgeschäfte enthält, um ein vielfach gebrauchtes Beispiel aus dem Zivilrecht zu wählen, will der Konsument nicht wissen und braucht es auch nicht. Entsprechend mag im Strafrecht den Beschuldigten nicht interessieren, ob der Rücktritt vom Versuch einen persönlichen Straf- oder Schuldausschließungsgrund darstellt. Hauptsache er wird freigesprochen. Auch viele Juristen dürften zu den Ergebnisnutzern gehören. Sie werden den Satz im Kopf haben, dass gegen Angriffe Schuldloser Notwehr nicht gestattet ist. Der dogmatische Hintergrund oder die Konstruktion ist ihnen gleichgültig, sofern nur das Ergebnis mit ihrem Rechtsgefühl übereinstimmt. Aber hier vermengt sich schon der Adressat des Rechts mit dem Adressaten der Rechtsdogmatik, wenn und weil er notfalls das Ergebnis begründen muss und sei es auch nur durch den Rekurs auf eine allgemeine Ansicht. Ich will jetzt nicht versuchen, eine abstrakte Definition des Dogmatikadressaten zu bilden. Jedenfalls gehören Rechtsanwender, d. h. Personen, die ihre Rechtsauffassungen für andere jedenfalls zeitweise oder partiell verbindlich machen können, und Rechtsberater dazu. Für die oberen Etagen lassen sich leicht Beispiele bilden, die auf allgemeine Zustimmung rechnen können, während die untere Grenze verschwimmt. Theoretisch spricht freilich nichts dagegen, auch Fahrlehrer, Selbsthilfegruppen aller Art und Interessenverbände hierzu zu rechnen.

Handhabbarkeit für den Bundesgerichtshof stellt andere Anforderungen an die Dogmatik als Handhabbarkeit für das Amtsgericht und wiederum andere für den Gesetzgeber oder gesetzestvorbereitende Ministerien. Verzichtet man zunächst auf mögliche und notwendige Differenzierungen, so geht es um die Handhabbarkeit

des Strafrechts für einen durchschnittlich intelligenten, durchschnittlich problembewussten, durchschnittlich pflichtbewussten, durchschnittlich routinierten Juristen. Dieser Gruppe gegenüber hat die Dogmatik ihre Aufgabe erfüllt, wenn die routinemäßige Anwendung dogmatischer Formeln und systematischer Kategorien mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem akzeptablen Ergebnis führt. Das scheint zynisch zu sein, ist aber nur ein anderer Blick auf die Realität. Der Aufwand, mit dem sich die Dogmatik den Grenzfällen zuwendet, steht auch bei anderen Betrachtungsweisen außer Verhältnis zum Ertrag. Die einschlägigen Publikationen befinden sich schlicht außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des durchschnittlichen Juristen. Das liegt nicht etwa an Pflichtvergessenheit oder Dummheit, sondern am Tätigkeitsfeld und seinem Umfang. Wer wie ein Amtsrichter/Einzelrichter über 600 Hauptverhandlungsfälle pro Jahr entscheiden soll, muss auf die Funktionstüchtigkeit der Standardformeln vertrauen können. Er muss im Allgemeinen davon ausgehen können, dass eigenes Nachdenken über die anstehenden Rechtsfragen zu keiner angebbaren Verbesserung der Entscheidung und ihrer Akzeptanz führen würde. Im günstigsten Fall würde sein selbstproduziertes Ergebnis zu nichts anderem führen als zu einer weiteren vertretbaren Ansicht. Mehr – und hier liegt ein weiterer Grund für die Begrenztheit des Wahrnehmungsfeldes – bekommt er in aller Regel auch dann nicht, wenn er sich intensiv mit der Dogmatik zu den Grenzfällen auseinandersetzt. Bei schon länger andauernden Kontroversen kann er freilich ziemlich sicher sein, dass die unvertretbaren Lösungen und Argumente bereits aus dem Diskurs ausgeschieden sind. Durch schlichte Rezeption der ihm individuell am meisten einleuchtenden Ansicht, also durch Übernahme eines (Halb-) Fertigprodukts kann er in diesem Bereich seine Trefferquote erhöhen.

Aber es geht nicht um rationales Verhalten des Dogmatikadressaten, sondern um eine rationale Dogmatik für diesen Adressaten. Ich will mich auf zwei Punkte beschränken: Definitionen und Heuristiken.

Ob nur durch vollständige Definitionen der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit und der der Wahrheit des Systems eingelöst werden könnte, kann nach dem im ersten Teil Gesagten dahin stehen. Sie bilden jedenfalls nicht das Ziel einer auf Handhabbarkeit ausgerichteten Dogmatik. Eine vollständige Definition, wenn es denn so etwas überhaupt gibt, ist freilich nicht für sich gesehen schlecht. Nur führt die Idee der vollständigen Definition dazu, dass auch und insbesondere die Grenzfälle begrifflich inkorporiert werden. Konsequenz ist häufig genug, dass hierdurch die klare Erfassung der unproblematischen Kernfälle leidet. Musterbeispiel sind die begrifflichen Bemühungen um die „Wegnahme“ im Sinne des § 242 StGB. Die Kerndefinition enthält den Begriff des Gewahrsams, worunter die von einem Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft verstanden wird. Ernst genommen würde diese Definition dazu führen, dass die meisten Sachen gewahrsamslos sind, womit eine Wegnahme ausschiede. Das ist natürlich bekannt und führt zu den verschiedensten Ergänzungen auf der objektiven und auf der subjektiven Seite. Die einfachste besteht darin, die sozialen Anschauungen zum Maßstab für das Vorliegen von Ge-

wahrsam zu machen. Das führt zu nichts anderem als einem Zirkel. Gewahrsam liegt dann vor, wenn nach üblichem Sprachgebrauch bei einem Ansichnehmen der Sache von „wegnehmen“ die Rede sein müsste. Die komplexeren Formeln überschreiten in der Regel das Verständnis des durchschnittlichen Adressaten, wovon die häufig scheiternden Subsumtionsbemühungen der Studierenden ein beredtes Zeugnis ablegen. Häufig genug wird Diebstahl verneint, obwohl ein unproblematischer Fall des Wegnehmens vorliegt, der auch vom juristischen Laien so beurteilt würde. Und ich denke, dass in der Praxis die Fälle nach diesem umgangssprachlichen Vorverständnis entschieden werden und nicht durch Subsumtion unter die Definitionen. Die Definition ist schwerer zu verstehen als das Definierte, was schon für sich gesehen kontraproduktiv ist, und noch dazu, ohne die Anwendungssicherheit zu erhöhen, was den Nutzen vollends zweifelhaft macht.

Als anderes Beispiel mag der Täuschungsbegriff beim Betrug dienen. Bilden wir eine Definition, die sich in dieser Gestalt in keinem Lehrbuch, keinem Kommentar und keiner Entscheidung findet: „Unter Täuschung ist eine falsche explizite oder konkludente Erklärung zu verstehen. Manchmal liegt eine Täuschung auch dann vor, wenn nichts erklärt wird.“ Diese Definition hat mehrere Vorteile. Sie führt fast immer zu einer zutreffenden Subsumtion. Es gibt anders als etwa bei medizinischen Tests keine falsch-positiven Ergebnisse. Sie ist bequem handhabbar und sie verweist darauf, dass man nachlesen und nachdenken muss, wenn auf der Opferseite irriige Vorstellungen aufgetreten sind. Frei erfunden ist dieses Beispiel nicht. So findet man bei *Tröndle/Fischer* einen ähnlichen Umgang mit dem Gewaltbegriff. Ausgangspunkt ist eine Kurzdefinition, die, wenn ich den Kommentar richtig lese, wiedergibt, wann Gewalt auf jeden Fall vorliegt. Anschließend wendet sich der Text den Fallgruppen zu, die mit dieser Definition nicht erfasst werden, aber dennoch unter den Gewaltbegriff fallen sollen.

Von hier aus ist der Übergang zu Heuristiken gleitend. Heuristisch ist eine Vorgehensweise dann, wenn sie „eigentlich“ sachlich nicht zutrifft oder sonstwie unter theoretischen Aspekten zumindest zweifelhaft ist, aber dennoch in den allermeisten Fällen zu zutreffenden Ergebnissen führt. Überkommenes jahrzehntealtes Beispiel hierfür ist, wenn man den überwiegenden Stellungnahmen in der Literatur glaubt, die *condicio-sine-qua-non*-Formel zur Kausalität. Richtig dagegen soll die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung sein. Gleichwohl hat sie sich in der Praxis nicht durchgesetzt. Das gilt nicht nur für Deutschland. Englische Gerichte wenden die *but-for-clause* genauso unbefangen an wie deutsche Gerichte die *condicio-sine-qua-non*-Formel. Der Grund ist einfach. Die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung stellt, formuliert man sie hinreichend präzise, Anforderungen, die die Praxis so gut wie nie einlösen kann, widerspricht in den meisten Fällen der psychischen Kausalität juristischer Intuition ebenso wie dem Alltagsverstand und ist in den zweifelhaften Fällen genauso auf externen, d. h. außerjuristischen Sachverstand angewiesen wie die heuristische Formel. Diese funktioniert ohne großen Aufwand. Die Fälle, in denen sie zu (möglicherweise) falschen Ergebnissen führt, sind be-

kannt. Die einschlägigen Fallgruppen galten lange als aufzählbar und abgeschlossen. Seit einiger Zeit wird allerdings diskutiert, ob man eine weitere Ausnahme hinzufügt oder die Grundidee einer bekannten Ausnahme übertragen kann, nämlich bei der Frage der Kausalität von Abstimmungsverhalten: Ob und wie kann derjenige bestraft werden, der für einen (schädlichen) Beschluss gestimmt hat, wenn auch ohne seine Stimme die erforderliche Mehrheit erreicht worden wäre. Bei der Diskussion geht es weniger um die richtige Kausalitätstheorie als darum, wie das gewünschte Ergebnis konstruktiv begründet werden kann: auf Kausalitätsebene, bei der objektiven Zurechnung oder in der Teilnahmetheorie. Je nach Ergebnis wird die heuristische Formel ergänzt. Die Anwendungsfrage ist gelöst. Über den Hintergrund braucht sich der Durchschnittsjurist keine Gedanken zu machen. Nur in Paraphrase sei vermerkt, dass die Frage nach der Verortung einer gefundenen Lösung typischerweise in Kohärenztheoretischen Zusammenhängen auftaucht.

Unvollständige Definitionen und Heuristiken bezeichnen aber nur, was Dogmatik auch leisten muss. Darüber, wie die Inhalte erzeugt werden, besagen sie nichts. *The law is what the courts will do*, ist für Richter noch nicht einmal eine Verlegenheitsauskunft. Das gilt auch für andere Erzeuger von Dogmatik. Es geht nicht um die Prognose von Entscheidungen einzelner Personen, obwohl sich mit (funktionierender) Dogmatik ein hoher Prozentsatz von Entscheidungen zutreffend vorhersagen lässt.

Bei der Dogmatik geht es um die Handhabbarkeit autoritärer Texte. Das wurde bereits gesagt. Gesagt wurde auch, dass Ausgangspunkt der Betrachtung nicht die simulierte Situation einer *tabula rasa* sein soll, also die fiktive Ursprungssituation des Umgangs mit einem einzigen autoritären Text., sondern eine Vielzahl autoritärer Texte unterschiedlicher Autoritäten unterschiedlicher Autoritätsintensität.

### Kohärenz als Handhabbarkeitskriterium und seine Grenzen

Dass Konsistenz und Kohärenz in ihrer Funktion als Wahrheitsbegriff und Wahrheitskriterium ausscheiden, besagt nichts über ihre Tauglichkeit als Handhabbarkeitskriterium. Vielmehr dürfte unmittelbar einleuchten, dass das dogmatische Netz – *ceteris paribus* – seine Funktion um so besser erfüllt je konsistenter und kohärenter es ist, womit die entsprechende Aufgabe für die Dogmatik formuliert ist. Insbesondere bei Hinzutreten neuer Gesetze, die ja immerhin formale Autorität beanspruchen können, tritt diese Anpassungsleistung in den Vordergrund, die bei missratenen Regelungen besonders stark beansprucht wird. Allerdings trägt sich – in letzter Zeit eher selten – manchmal das Umgekehrte zu, dass nämlich das Gesetz den je gegenwärtigen Stand der Dogmatik rezipiert und auch nach außen hin verbindlich macht. Nicht nur wegen der Tätigkeit des Gesetzgebers kommt dem Netz, was freilich nicht neu ist, kein statischer, sondern ein dynamischer Charakter zu. Entscheidungen des Verfassungsgerichts und übernationaler Gerichte machen

ebenfalls Anpassungsleistungen erforderlich. Auch schwankt das Maß der Autorität der Autoritäten und sie kann auch durch Dogmatik schwankend gemacht werden. Auf die Einfallstore hierfür wird sogleich zurückzukommen sein.

Die Forderung nach Widerspruchsfreiheit in dem Sinne, dass nicht eine Norm verbieten dürfe, was eine andere erlaubt oder gar gebietet, ist verhältnismäßig einfach zu erfüllen. Die Dogmatik hat im Laufe der Jahrhunderte genügend Instrumente entwickelt, mit denen Kollisionen der Verhaltensanweisungen bereinigt werden können. Es reicht von allgemeinen Regeln, wonach etwa das spätere das frühere, das speziellere das allgemeinere Gesetz verdrängt, bis zu Sonderkonstruktionen wie etwa der des rechtsfreien Raums bei der Kollision rechtlich gleichrangiger Pflichten. Aber gerade das letzte Beispiel zeigt, dass selbst die einfache Forderung nach Herstellung präskriptiver Widerspruchsfreiheit auf Hürden stoßen kann, betrachtet man die Konstruktion unter Kohärenzaspekten. Besser in das Netz integrierbar ist die Auffassung, wonach bezüglich der nichterfüllten Pflicht ein Rechtfertigungsgrund eingreift, weil auch sonst Normgeber wie Normempfänger Verhaltensnormen zweiwertig konzipieren oder erwarten. Das präskriptive Ergebnis für den selbst Handelnden („den Täter“) entspricht dem, das mit der Lehre vom rechtsfreien Raum erzielt wird. An der Stelle, an der das Netz auf seine Außenwelt stößt, nämlich bei der Zurverfügungstellung der konkreten Verhaltensorientierung, ergeben sich keine Unterschiede. Erweitert man die Fragestellung auf Beteiligte, dann zeigen sich wiederum Unterschiede, weil Anstiftung und Beihilfe eine rechtswidrige Tat voraussetzen, die entsprechenden Beiträge umgekehrt aber auch grundsätzlich strafbar sind, wenn die Haupttat rechtswidrig ist. Will man Letzteres vermeiden, dann muss man entweder zur Lehre vom rechtsfreien Raum oder für den Beteiligten zu eigenen Konstruktionen greifen. Diese Techniken sind zu bekannt, als dass sie hier weiter vorgestellt werden müssten.

Da die Kohärenz die Last des Wahrheitsanspruches nicht zu tragen braucht, ist es nicht notwendig, sie soweit wie möglich zu treiben. Man kann also Insellösungen oder gar Widersprüchliches einfach stehen lassen oder hinstellen. Letzteres ist beim Folterverbot der Fall. Vertritt man, wie es verschiedentlich in der Tat geschieht, die Ansicht, dass ein als absolutes verstandenes Folterverbot unvermeidbar zu Wertungswidersprüchen führt<sup>4</sup>, eröffnen sich grundsätzlich zwei Wege: der eine relativiert das Verbot oder verengt den Folterbegriff; der andere akzeptiert um der Absolutheit des Verbotes willen den Wertungswiderspruch. Akzeptiert man die Voraussetzungen, so ist innerdogmatisch der Konflikt zwischen beiden Lösungen nicht entscheidbar, da es einen archimedischen Punkt außerhalb der Dogmatik nicht gibt. Dagegen gibt es einen innerhalb der Dogmatik liegenden Punkt, der nach außen wirkt: Gerichte, die ihre Vorstellungen bzw. die Ergebnisse ihrer Vorstellungen in gewissem Umfang verbindlich machen können.

---

<sup>4</sup> Der entsprechende Normwiderspruch besteht erst gar nicht oder lässt sich einfach beseitigen.

Wie man mit Inseln umgeht, sie erzeugt oder beseitigt, ist ein eigenes Kapitel, das hier nur gestreift werden kann. Ein Hinweis auf die Kontroverse um das „Feindstrafrecht“ muss genügen. In weiten Teilen geht die Diskussion darüber, ob man die Phänomene, die *Jakobs* unter diesem Stichwort zusammengefasst hat, in Beziehung zum „Normalstrafrecht“ und zur „Normaldogmatik“ setzen kann, darf oder sollte. *Jakobs* lässt diesen Elementen ihre Besonderheit, ordnet sie aber unter ein Leitprinzip, das diese Besonderheit hervorhebt und schlägt so eine Brücke zum Zentrum des Netzes, wodurch beide Bereiche einander erhellen und ihren unterschiedlichen Grundideen verständlich werden. Die Gegenauffassung verhängt eine Art Quarantäne und behandelt das „Feindstrafrecht“ nur kritisch als einen zu missbilligenden Rand, nicht aber als Teil der Dogmatik. Beide Vorgehensweisen sind möglich. Doch wird durch die Kategorie des „Feindstrafrechts“ die Reichweite des Netzes größer und die Erklärungskraft der Dogmatik höher.

## Dogmatik und Dogmatiker

Strafrechtsdogmatik ist keine Konkretisierung von Rechtsphilosophie, Rechtstheorie oder Rechtssoziologie, auch nicht die des Allgemeinen Teils. Doch können diese Disziplinen auf die Dogmatik einwirken. Allerdings werden die erzielten Ergebnisse nicht wegen ihrer rechtsphilosophischen, rechtssoziologischen, rechtsanthropologischen oder rechtspsychologischen Fundierung Teil der Dogmatik, sondern, wenn überhaupt, wegen ihrer Brauchbarkeit innerhalb des Systems und wegen ihrer Plausibilität für den „Zeitgeist“. Der vorjuristische Hintergrund mag zu den Antrieben des jeweiligen Dogmatikers gehören oder als Fundament einer Gruppenbildung dienen, wird aber dadurch nicht – wie gezeigt – zum Richtigkeitskriterium und nur selten zum Brauchbarkeitskriterium. Zur Illustration sei wiederum – weil als allseits bekannt voraussetzbar – auf die finale Handlungslehre verwiesen.

Der Finalismus Welzels war nicht etwa deshalb schul- und streitbildend, weil er sich von Aristoteles und Nicolai Hartmann herleiten ließ. Schulbildend war etwas ganz anderes, nämlich die Wendung der Perspektive weg vom Opfer und der Gesellschaft und hin zum Täter. Unrecht ist die Auflehnung gegen den staatlichen Imperativ und nicht etwa die Beeinträchtigung des Opfers oder der gesellschaftliche Schaden. Das, was für die kausale Handlungslehre das Unrecht konstituiert hat, ist für die finale Handlungslehre in letzter Konsequenz nur noch Motiv des Gesetzgebers. Die behauptete ontologische Struktur der Handlung war aus der hier gewählten Perspektive – ich überspitze – nur Propagandamittel und nicht etwa dogmatikwirksam. Die Irrelevanz des philosophischen Hintergrundes betrifft auch und gerade den – ex post gesehen – Haupteffekt des Finalismus: die Verlagerung des Vorsatzes von der Schuld ins Unrecht, eine Bewegung, die das Zivilrecht nur mit einigen Außenseitern nachvollzogen hat. Überzeugt wurde niemand mit den tatsächlichen oder vermeintlichen philosophischen Grundlagen, sondern – auf der Basis einer

Zeitgeistverschiebung hin zum Täter – mit einem Argument, das auch dem Anfänger einleuchtet: bei der versuchten Sachbeschädigung gehöre natürlich der Sachbeschädigungsentschluss zum Unrecht, sonst könne man das Unrecht einer versuchten Sachbeschädigung (durch Pistolenschuss) nicht vom Unrecht eines versuchten Mordes unterscheiden. Habe der Schuss dann getroffen, könne die subjektive Tatseite nicht plötzlich in die Schuld wandern. Ein Argument wie dasjenige Nowakowskis, dass der Versuch eben kein Unrecht, sondern nur versuchtes Unrecht sei, blieb ungehört.

Aus der Warte der Dogmatik sind die Grundlagenfächer Hilfswissenschaften und Steinbrüche, aus denen größere zusammenhängende Blöcke, aber auch nur Schlagwörter oder Impressionen bezogen werden. So verwendet *Erb* bei der Behandlung des Folterverbots und einer möglichen Rechtfertigung des Folternden die Formel, dass Schutz und Gehorsam einander bedingen. Wo der Staat die Geisel nicht schützen könne oder wolle, da müsse er den Dingen ihren Lauf lassen. Damit erweist sich *Erb* weder als Hobbesianer noch als Schmittianer, sondern nimmt einen brauchbaren Stein vom Wegesrand und setzt auf die erwartete zustimmende Intuition des Rezipienten. Beispiele dieser Art lassen sich beliebig vermehren, wobei es sich nicht etwa um Verweise auf eine schlechte oder degenerierte Praxis handelt. Wenn Philosophie dogmatisch verwertet werden kann, dann nur auf diese Weise.

Philosophische Überzeugungen sind nicht die einzigen Motive für bestimmte dogmatische Vorschläge. Hierfür kommen Anschauungen aller Art in Frage, mögen sie religiöser Natur sein oder einem bestimmten Menschenbild verpflichtet. Die Spannweite geht sogar bis zu den Lohnschreibern für bestimmte wirtschaftliche Interessen oder gar für bestimmte Personen. Auch in diesem Punkt handelt es sich nicht etwa um missbilligenswürdige Faktizitäten. Vielmehr ist der resultierende Eklektizismus, eben weil nicht auf einen zu Distanz und Neutralität verpflichtenden Wahrheitsanspruch verwiesen werden kann, ebenso unvermeidbar wie – entgegen dem ersten Anschein – förderlich. Ohne ihn würde das Netz starr werden und seine Adaptionfähigkeit gegenüber gesellschaftlichen Entwicklungen verlieren. Genau an dieser Stelle und aus naheliegenden Gründen lassen sich Dogmatik und Rechtspolitik nicht mehr unterscheiden. Einzelheiten zu schildern ist hier nicht der Ort.

### Kriterien für gute Dogmatik?

Was für den jeweiligen Dogmatiker rational ist oder rational erscheint, braucht es nicht für die Dogmatik zu sein. Da Wahrheitsansprüche selbst als regulative Gütekriterien ausscheiden, gibt es keinen verbindlichen Gesichtspunkt, der Dogmatik von außen schützen könnte. Entscheidend ist das Maß der Brauchbarkeit im oben entwickelten Sinne. Was das konkret bedeuten kann, soll an einigen Beispielen vorgestellt werden.

Die Begriffe der Dogmatik sind dogmatische Begriffe, d. h. mit gleichlautenden Begriffen anderer Disziplinen und Fragestellungen nicht identisch. Das betrifft etwa einen der fundamentalen im Zentrum des Netzes stehenden Termini, den der Pflicht. Selbstverständlich erhöht es seine Brauchbarkeit, wenn man von Pflicht nur dann redet, wenn die vermisste Handlung auch tatsächlich vom Verpflichteten vorgenommen werden kann. Das Muster wäre immer dasselbe, ob man sich nun im Zivilrecht, im Strafrecht oder im Prozessrecht bewegt. Allerdings kann man über die Brauchbarkeit auch geteilter Meinung sein und trotz subjektiver anfänglicher Unmöglichkeit zur Leistungserbringung von einer Leistungspflicht reden. Beharrt man umgekehrt auf der Pflichterfüllungsmöglichkeit, so müsste – etwa bei § 337 StPO – das Gesetz auch ohne Pflichtverstoß verletzt sein können, sofern man völlig unproblematische und unstrittige Fälle einer begründeten Revision auch in Zukunft so behandeln will. „Ultra posse nemo obligatur“ ist mithin ein Satz der Dogmatik, über dessen Reichweite die Dogmatik und sonst niemand entscheidet. Daher ist es nur eine Frage der Handhabbarkeit des Netzes, ob man von Pflichten redet, die der Adressat nicht erfüllen kann oder konnte, oder ob eine Rechtsverletzung auch vorliegen kann, wenn niemand gegen eine Pflicht verstoßen hat. Auf der anderen Seite ist es natürlich Philosophen, Theologen und Normlogikern überlassen, eigene Vorstellungen über Intension und Extension der Formel zu entwickeln.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnis die Dogmatik zu Sätzen oder Begriffen steht, die empirisch sind oder sich empirisch nur geben. Auch hier könnte man die Eigenständigkeit der dogmatischen Begriffe betonen. Empirisch ist das, was die Dogmatik als empirisch ausweist. Dogmatik legt auch fest, bis zu welcher Grenze sie einem selbst gesetzten Verweis auf Empirie zu folgen bereit ist. Wenn Dogmatik eine Person nur für ein Ereignis verantwortlich macht, das diese empirisch hätte vermeiden können, dann müssen die Ergebnisse der Empiriker ungeschmälert rezipiert werden. Anders sähe die Situation aus, würde sich der Verantwortlichkeitsbegriff im Strafrecht hin zu dem entwickeln, was man politische Verantwortlichkeit nennt. Das alles ist trivial. Anders verhält es sich mit der (Pseudo-)Empirie, die bei dogmatischen Begründungen verwendet wird. Man denke etwa an den Begriff der „kriminellen Energie“, mit dem Strafbarkeitserwartungen vielfach begründet werden. Dass derjenige, der eine Straftat plant, über größere verbrecherische Energie verfügt als derjenige, der spontan handelt, ist noch nie einem empirischen Test unterzogen worden. Ein entsprechender Versuch würde wahrscheinlich an der mangelnden Operationalisierbarkeit scheitern. Trotzdem wird das Argument verwendet, weil es intuitiv einleuchtet, was vermutlich daran liegt, dass wir überlegtes Handeln als wertwidriger auffassen. Das ist aber normative Zuschreibung und nicht Rezeption empirischer präventiv verwertbarer Forschungen. Es geht also um die Frage, ob Pseudoempirie, die die Akzeptanz normativ begründeter Ergebnisse erhöht, gute Dogmatik ist. Das muss in anderem Zusammenhang diskutiert werden. Jedenfalls handelt es sich bei der „kriminellen Energie“

nicht um einen Einzelfall wie schon ein flüchtiger Blick auf viele Begründungen im Bereich der Vorsatzdogmatik zeigt.

Für die Handhabbarkeit der Dogmatik spielt, um diesen wichtigen Gesichtspunkt wenigstens noch zu streifen, der Empfängerhorizont des Adressaten der Dogmatik und des Adressaten des mit Hilfe der Dogmatik erzeugten Rechts eine zentrale Rolle. Von den zahllosen Aspekten sollen zwei herausgegriffen werden: ein eher technischer und ein eher theoretischer. Zu den eher technischen gehört, dass die Notwehrdogmatik unabhängig von allen inhaltlichen Fragen an Komplexität nicht das Maß überschreiten darf, das der durchschnittliche Adressat des Rechts noch für verarbeitbar hält. Dagegen kann das Außenwirtschaftsstrafrecht jedenfalls dann einen eigenen Mikrokosmos bilden, sofern Geschäfte betroffen sind, bei denen erwartet werden kann, dass Rechtsrat eingeholt wird. Dass es hier auch um die erzielbare Steuerungsfunktion des Strafrechts geht, steht auf einem anderen Blatt. Gemeint ist an dieser Stelle nur die technisch-praktische Seite der Akzeptanz.

Es gibt aber auch inhaltliche Aspekte. Zwar entscheidet – wie anfangs gesagt – das Recht nicht selbst über die eigene Legitimität, aber es kann Klugheitsregeln befolgen. Zu diesen gehört u. a., dass die Rechtsunterworfenen die Ergebnisse und möglichst auch die Begründungen nicht für unvertretbar halten. Hierzu gehört auch, dass relevante Minderheiten Ergebnisse wie Begründungen nicht für unerträglich halten. Eine Dogmatik lässt sich allenfalls kurzfristig gegen den „Zeitgeist“ stabil halten. Geht es um Minderheiten, die sich öffentlichkeitswirksam äußern können, so müssen Konstruktionen, deren technisches Vokabular Empörung auslösen könnte („Kind als Schaden“), in harmloses Alltagsvokabular übersetzbar sein und jedenfalls dann übersetzt werden, wenn es um Texte geht, mit deren Außenwahrnehmung gerechnet werden kann. Und hierzu gehört auch die Akzeptanz innerhalb der Dogmatik.

Nicht jeder Beitrag zur Dogmatik muss die genannten Akzeptanzkriterien aufweisen, aber immerhin die innerdogmatischen Rezeptionsbedingungen erfüllen, bei Strafe der Wirkungslosigkeit. Es kann hier nicht en passant eine Theorie der juristischen Textsorten entwickelt werden. Sie würde aber Sätze der Art enthalten, dass Monographien auf Aufsätze, Aufsätze auf Absätze oder Halbsätze in Kommentaren, Hand- und Lehrbüchern reduzierbar sein müssten. Der Leitgedanke von Innovationen muss so in ein Schlagwort gefasst werden (können), dass er noch in der Form, in der er in einem Kurzkomentar auftauchen würde, weitgehend die gewünschten Ergebnisse produzieren könnte. Dass diese Sätze richtig sind, soll ohne weitere Begründung nicht behauptet werden. Sicherlich sind sie jedenfalls in dieser Form noch zu undifferenziert

Schließlich mag noch die Selbstverständlichkeit erwähnt werden, dass die Grenzen der Lehrbarkeit die äußerste Grenze der Brauchbarkeit bezeichnen. Die Umkehrung gilt freilich nicht. Die Brauchbarkeit steigt nicht proportional mit der Lehrbarkeit, wenn man darunter Lehrbarkeit innerhalb juristischer Studiengänge versteht. Zwar zwingt das Lehrbarkeitserfordernis zu Vereinfachungen, ohne die das Netz

auf Dauer nicht zu halten wäre. Aber nicht jede Vereinfachung erhöht die Handhabbarkeit. Der Schematismus, den die sich kräftig entwickelnde Falllösungsaufbauwissenschaft lehrt, führt dazu, dass manches komplexe Problem gar nicht mehr beschrieben werden kann oder besonders hohen Lösungsaufwand erfordert. Das kann dazu führen, dass Auffassungen mit dem Argument abgelehnt werden, dass sie nicht in das Aufbauschema passen. Allerdings lässt sich nicht ausschließen, dass mit der Schematisierung langfristig weitere juristische Gebiete für computergestützte Entscheidungsprogramme tauglich gemacht werden. Das wäre aber eine möglicherweise unerwünschte Handhabbarkeit.

### Das Proprium der Strafrechtsdogmatik

In den Kategorien der Aristotelischen Definitionslehre liegt das Proprium der Dogmatik in dem, was sie von anderen Disziplinen unterscheidet. Die bisherige Antwort enthält zwei Komponenten. Sie hat in einer, wenn auch als solcher unvollständigen Skizze gezeichnet, wie Dogmatik arbeitet und sie hat versucht darzulegen, dass Dogmatik keine konkretisierte oder praktikabel gemachte Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtspsychologie usw. ist. Das, was juristische Dogmatik leistet, kann auch von keinem anderen Ansatz geleistet werden, weder von der Ökonomie noch von der Soziologie oder der Sozialpsychologie. Von der sonstigen Dogmatik scheidet sich die Strafrechtsdogmatik durch ihre Aufgabe, möglichst große, in ihren Ergebnissen nachvollziehbare Gebiete vertretbarer Wertrationalität zu schaffen. Die zu Tage tretenden Wertungen sollen als selbstverständlich markiert werden und Irrtümer über das zu Tuende und zu Unterlassende als Fehler des Täters. Damit wird nicht die Wertneutralität anderer Dogmatiken behauptet, aber doch dass dort Nützlichkeit, Effizienz und gesellschaftspolitische Ziele eine stärkere Rolle spielen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dies in naher oder ferner Zukunft auch die Maßstäbe der Strafrechtsdogmatik sein werden. Aber dann ist sie eben keine Strafrechtsdogmatik, sondern zusammen mit dem Polizeirechtsdogmatik Teil einer allgemeinen Verbrechensbekämpfungswissenschaft.

# Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens – am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts

(Kommentar)

*Wolfgang Frisch*

Die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft scheint auf den ersten Blick schnell und leicht beantwortet. Schon der Gegenstand der Beschäftigung, das Recht, hebt die Rechtswissenschaft offenbar von anderen Wissenschaften ab. Und da der Gegenstand von zentraler Bedeutung auch für die Methode ist, nach der eine Wissenschaft ihren Gegenstand bearbeitet,<sup>1</sup> liegt es nahe, daß die Rechtswissenschaft auch hinsichtlich der angewandten Methoden ihre Besonderheiten aufweist.

Ganz so einfach sollte man sich die Antwort nun freilich nicht machen. Die angesichts des besonderen Gegenstands der Rechtswissenschaft naheliegenden Besonderheiten ihrer Methode bedürfen der Konkretisierung. Und in bezug auf die These vom besonderen oder gar einzigartigen Gegenstand gilt es zu bedenken, daß sich mit dem Recht auch eine Reihe anderer wissenschaftlicher Disziplinen, wie die Philosophie, die Soziologie, die Geschichtswissenschaften oder die Wirtschaftswissenschaften, befassen. Daß die Rechtswissenschaft sich mit dem Recht ausschließlich, diese anderen Wissenschaften dagegen nur auch beschäftigen, ist dabei wohl schwerlich schon das Besondere der Rechtswissenschaft (im Verhältnis zu diesen anderen Wissenschaften). Dieses dürfte vielmehr weit eher und charakteristischer in der Art der Beschäftigung mit dem Gegenstand „Recht“ liegen. Auch das bedarf freilich der Konkretisierung.

Bei dieser Konkretisierung erscheint es nun wiederum sinnvoll, nicht sofort nach Unterschieden zu suchen, sondern mit dem zu beginnen, was die Rechtswissenschaft mit anderen Wissenschaften gemeinsam hat. Wenn sie für sich in Anspruch nimmt, Wissenschaft zu sein,<sup>2</sup> muß sie Charakteristika des wissenschaftlichen Ar-

---

<sup>1</sup> Zum Zusammenhang zwischen Gegenstand und Methode vgl. z. B. *Scheibe*, Gesichtspunkte zur Beurteilung von Wissenschaftsbegriffen, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, 1983, Nr. 3, S. 3, 8 ff. m. w. N.; siehe auch *Schmidt/Schischkoff*, Philosophisches Wörterbuch, 22. Aufl. 1991, S. 480 („Methode“); *Sauer*, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 177 und *Jestaedt*, in diesem Band, S. 267.

<sup>2</sup> Freilich gibt es gegenüber einer solchen Sichtweise immer wieder auch Kritik; vgl. etwa *von Kirchmann*, Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, insbes. S. 6 ff., 22 ff., 27; zur „Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ demgegenüber die gleichlautende

beitens aufweisen; das ist das sie mit anderen Wissenschaften Verbindende, Gemeinsame. Das Besondere der Rechtswissenschaft als Wissenschaft liegt dann offenbar darin, daß sie das, was wissenschaftliches Arbeiten ausmacht, in einer für sie oder nur für sie charakteristischen Weise erledigt.

Im Rahmen eines Kommentars ist es natürlich nicht möglich, den Wissenschaftsbegriff und das Gesamtspektrum wissenschaftlichen Arbeitens umfassend auszu-leuchten<sup>3</sup> und die Rechtswissenschaft von daher in den Blick zu nehmen. Ich muß mich auf einige wenige Aspekte rechtswissenschaftlichen Arbeitens beschränken, wobei ich die Beispiele bevorzugt aus meinem Fachgebiet, dem Strafrecht, wähle.

## I. Rechtswissenschaft als hermeneutische Wissenschaft – Das hermeneutische Proprium

1. Ein wichtiger Teil der rechtswissenschaftlichen Arbeit ist sicherlich hermeneutische Arbeit. Insoweit ist die Rechtswissenschaft eine hermeneutische Wissenschaft.<sup>4</sup> Es geht in ihr um das richtige Verstehen von rechtlichen Texten, um diese handhabbar zu machen.<sup>5</sup> Das trifft auf alle Rechtsgebiete zu – auch wenn diese Seite rechtswissenschaftlicher Betätigung in den einzelnen Gebieten unterschiedliches Gewicht haben mag.

Im Strafrecht bilden einen Schwerpunkt dieser Art von rechtswissenschaftlicher Betätigung der Besondere Teil und das Nebenstrafrecht, daneben auch die Vorschriften der Strafprozeßordnung. Bei den einzelnen Deliktstatbeständen geht es, anders als im Allgemeinen Teil, weniger um die Entwicklung großer, umfassender

---

Abhandlung von *Larenz*, 1966; zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft *Dreier*, *Rechtstheorie* 2 (1971), S. 37 ff.

<sup>3</sup> Eingehend zum Wissenschaftsbegriff und seinen Wandlungen die Beiträge im Sammelband von *Diemer* (Hrsg.), *Der Wissenschaftsbegriff. Historische und systematische Untersuchungen*, 1970, siehe auch *Binder*, *Philosophie des Rechts*, 1925, S. 838 ff. und die zusammenfassenden Darstellungen von *Meier-Oeser*, *Hühn* und *Pulte*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (hrsg. von *Ritter*, *Gründer* und *Gabriel*), Bd. 12, Sp. 902 ff., 915 ff., 922 ff.; *Menne* und *Riedel*, in: *Staatslexikon*, 7. Aufl. 1989, Bd. 5, Sp. 1104 ff. bzw. 1090 ff. sowie *Feyerabend*, in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* (hrsg. von *Beckerath* u. a.), 1965, S. 331 ff.

<sup>4</sup> Zum Begriff, Wesen und zur Problemstellung des hermeneutischen Arbeitens vgl. *Betti*, *Die Hermeneutik als allgemeine Methode der Geisteswissenschaften*, 1962; *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, *Gesammelte Werke*, Bd. I, *Hermeneutik*, 1990, insbes. S. 169 ff., 177 ff., dort S. 330 ff. auch zur juristischen Hermeneutik; *Heidegger*, *Sein und Zeit*, 4. Aufl. 1935, S. 148 ff.; *Hassemer*, *Tatbestand und Typus*, 1968, S. 106 ff.; *Hruschka*, *Verstehen von Rechtstexten*, 1972, S. 10 ff.; *Me-der*, *Mißverstehen und Verstehen*, 2004.

<sup>5</sup> Zum hermeneutischen Charakter der Rechtswissenschaften (Rechtswissenschaft als verstehende Wissenschaft) allgemein *Gadamer* (wie Anm. 4), S. 330 ff.; *Larenz*, *Methodenlehre*, 6. Aufl. 1991, S. 204 ff.; *Hruschka* (wie Anm. 4), S. 9, 10 ff. u. passim; siehe auch (kritisch) *Dreier* (wie Anm. 2), S. 37, 48 ff. Das Ziel, rechtliche Texte handhabbar zu machen, betont (als Grundanliegen der juristischen Dogmatik überhaupt) mit Recht *Schulz* in seinem Referat (siehe in diesem Band, S. 144).

Theorien. Es geht vielmehr um die richtige Erfassung dessen, was das Gesetz mit bestimmten Tatbestandsumschreibungen zu kennzeichnen versucht.<sup>6</sup> Dies soll über die wissenschaftliche Analyse bestimmter Begriffe (unter Berücksichtigung des rechtlichen Gesamtzusammenhangs, in dem diese Begriffe stehen) ermittelt werden.

Für die wissenschaftliche Erschließung des Sinngehalts von Normen ist charakteristisch, daß diese nicht irgendwie, sondern nach ganz bestimmten Regeln geschieht. Es sind vor allem die Ziele und Kriterien der Auslegungslehre (Methodenlehre), die insoweit zu beachten sind.<sup>7</sup> Man versucht die Norm so zu verstehen, daß der angenommene Inhalt dem Zweck der Norm gerecht wird, im Gesamtkontext haltbar ist, usw. Diese Orientierung an bestimmten Regeln des Verstehens und das Bemühen um die Gewinnung richtiger Aussagen, also eine ganz bestimmte Methode der Bearbeitung des Gegenstands „Recht“, ist auch das, was die wissenschaftliche Seite solchen Normverstehens ausmacht und die Qualifikation solcher Tätigkeit als wissenschaftliches Arbeiten rechtfertigt.<sup>8</sup>

2. Den eben geschilderten hermeneutischen Ansatz hat die Rechtswissenschaft mit einer Reihe anderer hermeneutischer Wissenschaften gemein. Um Verstehen und richtiges Erfassen des Sinns von Texten geht es z. B. auch in den Literaturwissenschaften, der Theologie, der Philosophie, daneben zum Teil auch in den Politikwissenschaften und den Geschichtswissenschaften.<sup>9</sup> Aber diese vordergründigen Gemeinsamkeiten dürfen nicht über erhebliche Unterschiede hinwegtäuschen. Sie begründen ein erstes Proprium der Rechtswissenschaft.

Ein Unterschied gegenüber verschiedenen anderen hermeneutischen Wissenschaften liegt zunächst im grundsätzlichen Inhalt der von der Rechtswissenschaft zu erschließenden Texte. Es geht um Sollenssätze.<sup>10</sup> Das unterscheidet die Rechtswissenschaft z. B. von den Literaturwissenschaften oder sonstigen hermeneutischen Wissenschaften, die Tatsachenerklärungen, den Inhalt von Äußerungen der Akteure eines Stücks oder das erschließen wollen, was uns ein Autor in seinem Werk

<sup>6</sup> Im Grunde ist dabei mehr oder weniger jeder Text auslegungsbedürftig (*Meder*, Mißverstehen und Verstehen, S. V, 13 f., 18 ff., 21 ff.), was kein Mangel ist (*Larenz* [wie Anm. 5], S. 204 f. unter Bezugnahme auf *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 124 ff.: „The open Texture of Law“), sondern ihre Anpassungsfähigkeit an neue Situationen gewährleistet; siehe ergänzend auch *Hassemer*, Tatbestand und Typus (wie Anm. 4), S. 119 ff.

<sup>7</sup> Zu diesen näher z. B. *Larenz* (wie Anm. 5), S. 312 ff., 320 ff. – Kritisch gegenüber dem Begriff der Auslegung (im Sinne eines Herausholens von Sinngehalten aus Texten) aber *Hruschka* (wie Anm. 4), S. 1 ff., 29 ff.

<sup>8</sup> Ebenso *Larenz* (wie Anm. 5), S. 315; *ders.* (wie Anm. 2), S. 10 f. m. w. N.

<sup>9</sup> Nach *Gadamer* (wie Anm. 4), S. 178 ff. hat die Hermeneutik zunächst vorwiegend im theologisch-philosophischen und im juristischen Gebrauch gestanden und ist erst durch *Schleiermacher* zu einer universalen Lehre des Verstehens und Auslegens geworden. Zur Hermeneutik als allg. Methode der Geisteswissenschaften *Betti* (wie Anm. 4), passim.

<sup>10</sup> Vgl. statt vieler *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, Nachdruck 1992, S. 4 ff.; *Engisch*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. 1963, S. 3 ff.

sagen möchte. Der Hinweis auf Sollenssätze im Gegensatz zu sonstigen Aussagen ist nicht nur formal bedeutsam. Er ist auch material relevant. Sollenssätze sind z. B. nur unter gewissen Voraussetzungen sinnvoll. Diese Voraussetzungen grenzen dann auch die möglichen (sinnvollen) Inhalte zu verstehender Sollenssätze ein.<sup>11</sup> Für die sinnvolle Erfassung von Erklärungen auf ganz anderem Gebiet gelten andere Bedingungen und Begrenzungen.<sup>12</sup>

Freilich gibt es auch hermeneutische Wissenschaften, die sich wie die Rechtswissenschaft mit Sollenssätzen beschäftigen, wie etwa die Theologie oder die Philosophie (z. B. die Moralphilosophie). Insoweit sind die Ähnlichkeiten deutlich größer; denn jedenfalls die ganz allgemein für Sollenssätze maßgebenden Einsichten (z. B. über Grenzen des Gebietbaren) müssen auch diese Wissenschaften bei der Erfassung von Texten beachten. Es bleiben aber auch gegenüber diesen Wissenschaften Unterschiede – Unterschiede, die selbst im Verhältnis zu diesen nahestehenden hermeneutischen Disziplinen nochmals ein Proprium der Rechtswissenschaft begründen. Sie haben etwas mit Unterschieden des Wesens, der Legitimierbarkeit und den Grenzen von rechtlichem Sollen einerseits und von moralischen Geboten oder Geboten des Glaubens andererseits zu tun.<sup>13</sup> Der Glaube oder eine Religion kann Ansprüche stellen, die für das Recht nicht legitimierbar sind.<sup>14</sup> In abgeschwächter Form gilt das auch für die Moral und die Ethik.<sup>15</sup> Rechtswissenschaftliche Sollenssatzfassungen und theologisches oder moralphilosophisches Begreifen von Sollenssätzen vollziehen sich in diesem Sinne vor einem unterschiedlichen Hintergrund. Bestimmte Sinnverständnisse, die im theologischen oder moralphilosophischen Kontext in Betracht kommen und ernsthaft bedacht werden müssen, scheiden im Kontext rechtswissenschaftlichen Textverständnisses mit Blick auf den Gegenstand von Recht, dessen Wesenskriterien sowie die Grenzen der Legitimierbarkeit von Recht aus. Ganz besonders gilt dies für Normen, in denen an bestimmtes Verhalten gravierende, zu legitimierende Folgen geknüpft sind, wie dies im Strafrecht der Fall ist.

---

<sup>11</sup> Zu Sachgegebenheiten, die sinnvollen Sollensnormen vorgelagert sind (sogenannte Sachbezogenheit des Rechts), vgl. z. B. *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, § 7 (S. 34 ff.); *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 232 ff., 239 ff. m. w. N., aber auch *Schulz*, in diesem Band, S. 138.

<sup>12</sup> Hier kann es z. B. auf das ankommen, was Menschen in bestimmten Situationen überhaupt empfinden oder darauf, wie ein Autor bestimmte Sachverhalte an anderer Stelle oder in anderen Werken auszudrücken pflegt, usw.

<sup>13</sup> Zum Unterschied dieser Normensysteme allgemein z. B. *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 128 ff. m. eingeh. weit. Nachw.

<sup>14</sup> Wie z. B. die Inanspruchnahme der Gesinnung oder die Knüpfung von Konsequenzen an bestimmte Gesinnungen.

<sup>15</sup> Für Handeln aus Moralität kommt es auch auf die Gründe des Handelns an; legales oder rechtliches Handeln ist dagegen schon bei einer bestimmten Art und Weise des Handelns gegeben.

## II. Rechtswissenschaft als systematische (systematisierende) Wissenschaft – Das systematische Proprium

1. Zu den wesentlichen Teilen wissenschaftlicher Arbeit am Recht gehört seit langem die Ordnung des Stoffes, dessen Systematisierung.<sup>16</sup> Das gilt für alle Rechtsgebiete. Solche Systematisierung vollzieht sich regelmäßig in zwei Richtungen.

Solange es an einem systematisch ausgebildeten Recht noch fehlt, Recht im wesentlichen aus Sätzen zur Behandlung bestimmter Einzelfälle oder begrenzter Sachverhalte besteht, geht es vor allem um die Zurückführung der Einzelaussagen auf Grundsätze und Prinzipien. Man versucht, in der Behandlung bestimmter Sachverhalte ein allgemeines Prinzip zu erkennen, auf das sich auch andere (d. h. andere spezielle Sachverhalte betreffende) Aussagen zurückführen lassen. Diese Prinzipien werden dann ihrerseits u. U. auf elementarere Grundsätze zurückgeführt.<sup>17</sup> Andere Versuche der Systematisierung gehen z. B. dahin, bestimmte Sätze über Institutionen zu erfassen und zusammenzuführen. Solche Systematisierung dient der besseren Erfassung und Darstellung des Stoffes – im Interesse der Ausbildung<sup>18</sup> wie um der (besseren) Handhabbarkeit der rechtlichen Sätze willen.<sup>19</sup> Sie hat aber auch andere Funktionen, insbesondere kritische. Sie führt zur Problematisierung von Aussagen, die mit den Prinzipien des Systems nicht vereinbar sind und endet dann meist mit deren Eliminierung oder Modifizierung.<sup>20</sup>

Das System ist freilich nicht nur ein Apparat zur Schaffung von Ordnung und zur Überprüfung vorhandener Sätze (Besonderheiten). Es ist auch für die Behandlung

<sup>16</sup> *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, S. 839, 841, 843 sieht in der Gewinnung eines Systems (objektiv gültiger Begriffe) das eigentlich Wissenschaftliche der Rechtswissenschaft überhaupt; ebenso *F. v. Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, 1930, S. 1 f. und *Larenz* (wie Anm. 2), S. 20 f. – Zur Geschichte juristischer Systematisierung *Coing*, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956, S. 26, 28, 30 ff.; beispielhafte Verdeutlichungen von Systemkonzeptionen des Rechts bei *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 2004, § 2, 7. (S. 61 ff.).

<sup>17</sup> Diese Seite der Systematisierung kommt besonders deutlich in der Begriffsjurisprudenz (bei der Erarbeitung gewisser Grundbegriffe und Prinzipien) zum Ausdruck (aus denen dann wieder Ableitungen stattfinden; siehe dazu *Larenz* [wie Anm. 5], S. 19 ff.; *Seelmann*, Rechtsphilosophie, § 2, 7., S. 64 ff.), hat aber natürlich deutlich ältere Ausprägungen (vgl. für das Strafrecht z. B. die Darlegungen von *Loening* ZStW 3 [1883], 219, 262 f.; siehe auch *Jakobs*, in diesem Band, S. 107 zu *Carpzov*). Auf die Frage, ob die Grundsätze, zu denen man so gelangt, dem systematischen Ideal der Logik und der Wissenschaftstheorie entsprechen, kann hier nicht eingegangen werden (siehe dazu *Engisch*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: *Bockelmann* u. a. [Hrsg.], Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, S. 88, 93 f.).

<sup>18</sup> Zu dieser Funktion der Systembildung vgl. z. B. *Radbruch*, Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 158, 159; siehe auch *Ernst*, in diesem Band, S. 3–15.

<sup>19</sup> Handhabbarkeit rechtlicher Sätze wird von *Schulz*, in diesem Band, S. 144 mit Recht als eine zentrale Funktion juristischer Dogmatik und Systematik betont.

<sup>20</sup> Vgl. zu dieser kritischen Funktion der Systembildung etwa *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 3 f., der noch zwischen „Systemwidrigkeiten“ und statthaften „Abweichungen vom System“ unterscheidet.

neuer, bisher nicht behandelter Sachverhalte von Bedeutung.<sup>21</sup> Schon bisher behandelte Einzelfälle und mehr noch die aus diesen entwickelten Prinzipien ermöglichen insoweit Lösungsvorschläge für die Behandlung ähnlicher bzw. vom Prinzip erfaßter Sachverhalte.<sup>22</sup> Hält der Lösungsvorschlag im Lichte auch der anderen für die Rechtskonkretisierung bedeutsamen Aspekte (dazu noch IV.) Stand, so kommt es zu einer weiteren Anreicherung des Systems. Freilich kann der neue Sachverhalt auch Anlaß zur Modifizierung des einen oder anderen Prinzips des Systems geben.<sup>23</sup>

2. Derartige systematisierende Tätigkeit spielt als Betätigungsform der Wissenschaft auch im Strafrecht eine wichtige Rolle. Freilich ist der Stellenwert dieser Form des wissenschaftlichen Arbeitens in den einzelnen Themenfeldern des Strafrechts verschieden. Auch hängt die Bedeutung dieser Form der wissenschaftlichen Betätigung sehr stark von der zeitlichen Entwicklungsphase einer Rechtsmaterie ab.

Eher begrenzt erscheint mir die Bedeutung systematisierenden wissenschaftlichen Arbeitens im sogenannten Besonderen Teil (der Einzeldelikte). Sie erschöpft sich hier weitgehend in einer nur begrenzt folgenreichen äußerlichen Systematisierung der einzelnen Delikte, vor allem unter dem Aspekt des betroffenen Rechtsguts, sowie darin, daß die hermeneutisch wissenschaftliche Arbeit an den einzelnen Delikten im Raster bestimmter Vorgaben des Allgemeinen Teils (objektiver, subjektiver Tatbestand usw.) erfolgt.<sup>24</sup>

Stärker ausgeprägt ist die Seite wissenschaftlich systematischen Arbeitens im Prozeßrecht. Abgesehen von der Kommentarliteratur, die die einzelnen Vorschriften erläutert (dabei freilich ebenfalls in der Regel nicht auf systematische Vorbemerkungen verzichtet<sup>25</sup>), erfolgt die Darstellung des Prozeßrechts doch in der Regel systematisch. Die Darstellung orientiert sich an den Beteiligten des Verfahrens, an ty-

---

<sup>21</sup> Zu diesem Lösungen generierenden Charakter von Systemen (der selbstverständlich nicht einfache Ableitungen im Stil der früheren Begriffsjurisprudenz meint) vgl. *Frisch*, in: *Eser/Burkhardt/Hassemer* (Hrsg.), *Das Strafrecht an den Grenzen des Jahrtausends*, 2000, S. 161 f.

<sup>22</sup> Nach *Engisch* (wie Anm. 17), S. 88, 121 können die im System herausgearbeiteten Grundgedanken „als Stützen zur Rechtsfortbildung genutzt werden“.

<sup>23</sup> Auch Systeme bzw. deren Prinzipien sind insoweit „offen“ oder „beweglich“ gegenüber der Entwicklung der Gesellschaft und der Rechtsordnung. Näher zu dieser „Offenheit“ oder „Beweglichkeit“ der Systeme *Sauer*, *Juristische Methodenlehre*, 1940, S. 172; *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950, S. 5; siehe auch *Engisch* (wie Anm. 17), S. 88, 120 und *Schulz*, in diesem Band, S. 149.

<sup>24</sup> Möglicherweise kann das gar nicht wesentlich anders sein, weil der Besondere Teil des Strafrechts nicht die für eine materiale Systematik erforderliche Kohärenz aufweist und aufweisen kann; zu den Gründen *Schulz*, in diesem Band, S. 140.

<sup>25</sup> Beispielhaft insoweit die Kommentierung des Strafprozeßrechts von *Eb. Schmidt* mit ihrer breiten systematischen Grundlegung (Bd. 1, 2. Aufl. 1964) oder die umfangreichen systematischen Vorbemerkungen im Systematischen Kommentar zur StPO (hrsg. von *Rudolphi, Wolter, Frisch* u. a.).

pischen Tätigkeitsfeldern und Tätigkeitsformen, den zentralen Institutionen und den für sie geltenden Prinzipien. Normen der StPO und ihre Inhalte bilden hermeneutisch entfaltete Einsprengsel innerhalb derartiger systematischer Darstellungen.<sup>26</sup>

Das alles steigert sich nochmals in der Behandlung des Allgemeinen Teils: Hier waren zentrale Fragen lange Zeit völlig ungerichtet oder allenfalls rudimentär geregelt, wie z.B. die Formen des Vorsatzes, der Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, die Strafbarkeit des Unterlassens, die Voraussetzungen von Täterschaft und Teilnahme, die Behandlung von Irrtumsfällen usw. Was insoweit Recht war, ergab sich aus Gerichtsurteilen und der diese auf Prinzipien und Regeln zurückführenden bestätigenden oder kritisierenden wissenschaftlichen Literatur. Heute enthält zwar das StGB zu einigen dieser Fragen (nicht zu allen) Regelungen. Aber das hat am Gesamtzustand wenig geändert. Die Regelungen werden im wesentlichen als Bestätigung (oder Festschreibung) der wissenschaftlich erarbeiteten Prinzipien und der bisherigen systematischen Bemühungen erachtet. Sie sind kaum je der Ausgangspunkt von sie hermeneutisch erschließenden wissenschaftlichen Betrachtungen.<sup>27</sup>

3. Wie groß der Bedarf an wissenschaftlich systematisierender Arbeit ist, was insoweit noch geleistet werden kann und zu leisten ist, hängt vom Zustand des zu bearbeitenden Rechtsgebiets ab. Der Bedarf ist groß (und ebenso die noch mögliche Leistung) bei neuen, wenig reglementierten oder neu entdeckten, bisher wissenschaftlich vernachlässigten Rechtsgebieten. Für das Strafrecht bedeutet das, daß der Zugewinn durch systematische Arbeit heute begrenzt ist: Weite Gebiete (wie vor allem der Besondere Teil, aber auch Teile des Strafprozeßrechts) sind reglementiert und fordern vor allem hermeneutische Arbeit, andere, wenig reglementierte Teile wie die allgemeine Verbrechenslehre, sind systematisch in den wesentlichen Teilen aufgearbeitet. Sachlich geht es insoweit vor allem um eine weitere (noch feinere) Ausdifferenzierung des Systems bzw. eine Überprüfung und ggf. Modifizierung der Prinzipien und Regeln des Systems im Zusammenhang mit neuen Konstellationen.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Vgl. hierfür etwa die Lehrbücher von *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968; *Kern-Roxin*, später *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998 oder *Peters*, Strafverfahrensrecht, 4. Aufl. 1985.

<sup>27</sup> Ein Beispiel dafür ist § 17 StGB, der als gesetzliche Bestätigung der sogenannten „Schuldtheorie“ und als Entscheidung gegen die sogenannte „Vorsatztheorie“ angesehen wird (vgl. statt vieler Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, StGB, 27. Aufl. 2006, § 17 Rdn. 1) und seine Ausfüllung dementsprechend ganz aus dem schon vor der gesetzlichen Regelung vorhandenen Gedankengut der Schuldtheorie erfährt (vgl. dazu etwa *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl. [Stand: Oktober 2002], § 17 Rdn. 1f. und 3ff. mit vielfältigen Verweisungen auf *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969).

<sup>28</sup> Als Beispiel aus dem Allgemeinen Teil etwa die Einpassung der Begehung von Delikten durch organisierte Machtapparate oder durch Wirtschaftsunternehmen in die Lehre von Täterschaft und Teilnahme; aus dem Besonderen Teil die Anpassung des Strafrechts an neue technische Möglichkeiten der Rechtsgutsbeeinträchtigung, neu entstandene Schutzbedürfnisse usw.

Freilich gibt es innerhalb der großen Blöcke auch noch einige Problemfelder, in denen erhebliche systematisch-wissenschaftliche Arbeit zu leisten ist.

Ein Beispiel für ein solches erst in den letzten Jahrzehnten einer wissenschaftlich-systematischen Ordnung zugeführtes Problemfeld bildet die Strafzumessung. Sie wurde von der Strafrechtswissenschaft lange Zeit vernachlässigt, weil sie nicht als Rechtsfrage, sondern als Tatfrage galt (*Adolf Wach*: „Frage des Geblüts und der Verdauung“)<sup>29</sup>. Erst allmählich setzte sich die Erkenntnis durch, daß auch die Konkretisierung von Strafen innerhalb des Strafrahmens Anwendung von Recht ist.<sup>30</sup> Dementsprechend interessierte sich zunehmend auch die Rechtswissenschaft für die Strafzumessung. Die Strafzumessung betreffende Teile von Strafurteilen wurden nunmehr ebenfalls veröffentlicht. Man begann die Entscheidungen zu sichten, zu ordnen und eine systematische Strafzumessungslehre zu entwickeln.<sup>31</sup> Man erkannte dabei, daß es innerhalb der Strafzumessung eine Reihe ganz unterschiedlicher Fragestellungen gibt:<sup>32</sup> die Frage, ob bestimmte Umstände überhaupt bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen, also strafzumessungsrelevant sind; in welcher Richtung (schärfend, mildernd?) sie die Bemessung der Strafen beeinflussen; die Frage der Gewichtung der Strafzumessungsumstände und ihrer abwägenden Verknüpfung, um ein Gesamtbild von der Schwere der Tat zu erhalten; schließlich die Umwertung dieser relativen Schwere in eine konkrete Strafgröße. Für all diese (und weitere) Phasen des Strafzumessungsprozesses galt es, Regeln und Prinzipien zu entwickeln, die den Rechtsanwender bei seiner Arbeit leiten. Natürlich geschah dies nicht alles einfach im Wege der Ordnung und Systematisierung allein des Vorhandenen.<sup>33</sup> Die Strafzumessungslehre, über die wir heute verfügen (und die noch immer in vielerlei Hinsicht verbesserungsbedürftig ist), ist in wesentlichem Umfang auch ein Ergebnis von Theorien zur Strafzumessung (und theoretischer Arbeit an der Strafzumessung).<sup>34</sup>

Beispiele für eine solche systematisierende Tätigkeit der Rechtswissenschaft finden sich auch auf dem Feld des Strafprozesses. Unser heutiges ausdifferenziertes

---

<sup>29</sup> Beispielhaft *Hahn*, Die gesamten Materialien zur StPO, Bd. 3, 1885, S. 250 f., 259. Näher zur Qualifikation der Strafzumessung als Tat- oder Rechtsfrage *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, insbes. S. 67 ff., 230 ff.; das Zitat von *Wach* findet sich in *Wach*, Die Reform der Freiheitsstrafe, 1890, S. 41.

<sup>30</sup> Wichtig waren hierfür die Arbeiten von *Mannheim*, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925; *Pohle*, Revision und neues Strafrecht, 1930; *Drost*, Das Ermessen des Strafrichters, 1930; später von *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954; *Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 1967, 2. Aufl. 1974; *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969; *Frisch* (wie Anm. 29) und *Streng*, Strafmaß und relative Gerechtigkeit, 1984.

<sup>31</sup> Beispielhaft dafür insbes. die Arbeiten von *Bruns* (wie Anm. 30); *ders.*, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985.

<sup>32</sup> Näher dazu *Bruns* (wie Anm. 30, 2. Aufl.), S. 38 ff., 46 ff.; *Frisch* (wie Anm. 29), S. 8 ff. m. w. N.

<sup>33</sup> Das im wesentlichen aus einzelnen Judikaten oder Beiträgen zu Einzelproblemen bestand.

<sup>34</sup> Vgl. dazu vor allem die in Anm. 30 angegebenen Untersuchungen.

Beweisantragsrecht ist im wesentlichen aus der Systematisierung zahlreicher Entscheidungen des Reichsgerichts zum richtigen Umgang mit Beweisanträgen entstanden (wobei freilich an der entsprechenden Systematisierung auch die reichsgerichtliche Judikatur selbst bereits in erheblichem Maße beteiligt war).<sup>35</sup> Ein anderes Beispiel bildet die Entwicklung des Rechts der Beweisverbote. Für die ältere Wissenschaft vom Strafprozeßrecht waren Beweisverbote (vielleicht wegen der Zugehörigkeit des Beweises zur Tatfrage) eher ein Randthema.<sup>36</sup> Heute ist die Lehre von den Beweisverboten eines der am meisten behandelten Themenfelder der Strafprozeßrechtswissenschaft.<sup>37</sup> Die Gründe für dieses ungeheuer gewachsene Interesse liegen zum einen in der immer stärkeren Überprüfung des gesamten strafprozessualen Handelns am Maßstab der Verfassung. Zum anderen haben einige vielbeachtete Entscheidungen<sup>38</sup> das grundsätzliche Interesse an der Frage geweckt, welche Konsequenzen bei der Beweiserhebung unterlaufene Fehler haben. Dementsprechend begann man zunehmend, gewisse verfassungsrechtlich möglicherweise problematische Verhaltensweisen und Fehler bei der Beweiserhebung gezielt zu sammeln, zu ordnen und unter dem Aspekt eines Beweisverbots zu diskutieren.<sup>39</sup> Im Laufe der letzten Jahrzehnte kam es so (zum Teil in Anlehnung an ausländische Vorbilder) zur Entwicklung von Prinzipien, auf die sich Entscheidungen und gedachte Fallkonstellationen zurückführen und an denen sie sich messen lassen (wie z. B. der Rechtskreistheorie; den Abwägungslehren; der Lehre von der Relevanz hypothetischer Ermittlungsverläufe; den Schutzzwecklehren).<sup>40</sup> Wenngleich hier noch längst nicht alles geklärt ist, sind auf diese Weise doch in mancherlei Hinsicht feste Grundlagen und Maßstäbe geschaffen worden, die rechtlichen Entscheidungen in diesem Bereich Halt geben.

<sup>35</sup> Eingehende aufarbeitende Darstellung dieses Prozesses bei *Alsberg*, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 1930, S. 45–128; siehe auch *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, 1995, S. 135 ff., 179 ff.; ferner *Wendisch* NSTZ 1990, 351 u. *Gollwitzer*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2001 (Stand 1998), § 244 (nach den Lit. Angaben).

<sup>36</sup> Das Lehrbuch z. B. von *Graf zu Dohna*, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 1929, S. 90 ff. erwähnt zwar in den Literaturangaben *Belings* Arbeit über „Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung“, 1903, substantielle Ausführungen zum Problem finden sich auf den S. 90–114 zur Lehre vom Beweis aber nicht. Siehe auch *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 259 f.

<sup>37</sup> Man vergleiche nur die umfangreichen Literaturverzeichnisse selbst in einem „Kurzlehrbuch“ wie dem von *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, S. 178 ff., das dem Thema fast 20 Seiten widmet.

<sup>38</sup> Etwa die Entscheidung des Großen Senats des BGH in Strafsachen, 11. Bd., S. 213 ff.

<sup>39</sup> Vgl. etwa die eingehende Bestandsaufnahme und Diskussion auf dem Deutschen Juristentag von 1966, Bd. I, Teil 3 A mit Gutachten von *Andenaes*, *Mueller*, *Nuvolone*, *Peters* und *Rupp*, Teil 3 B mit Gutachten von *Jescheck*, Teil 3 F mit Referaten von *Sarstedt* und *Klug*; Diskussion S. 73 ff.

<sup>40</sup> Darstellung der verschiedenen Begründungen von Beweisverboten z. B. bei *Roxin* (wie Anm. 37), S. 181 ff. (§ 24 Rdn. 18–22); *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 28 Rdn. 8 ff.; eingeh. und umfassend z. B. *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977; *Rogall*, in: *Wolter* (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 113 ff.; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozeß, 2003.

4. Als Kriterien, nach denen sich die Systematisierung des Stoffes vollzieht, kommen ganz unterschiedliche Gesichtspunkte in Betracht und haben auch ganz unterschiedliche Aspekte eine Rolle gespielt.

Bei der allerersten Systematisierung des Stoffes (also gewisser Einzelaussagen über Sachverhaltsbehandlungen) sind es meist etwas vordergründige, äußerliche Gesichtspunkte, nach denen der Stoff geordnet wird. Die ersten Systematisierungen der Voraussetzungen einer Straftat begnügten sich mit der Umschreibung der Tat (des „*corpus delicti*“) und der Benennung gewisser Sachverhalte, die (trotz Gegebenseins einer Tat) die Strafe ausschließen.<sup>41</sup> Relativ früh findet sich bei der Tat auch die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Voraussetzungen.<sup>42</sup> Das englische Strafrecht arbeitet heute noch im wesentlichen mit diesen Kategorien (*actus reus*, *mens rea*, *defences*).<sup>43</sup> Ähnliche relativ formale Einteilungen finden wir im Strafprozeß, wenn hier zwischen Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernissen unterschieden wird.<sup>44</sup> Oder in der Lehre von den Beweisverboten, wenn man bei diesen zwischen relativen und absoluten und zwischen selbständigen und unselbständigen Beweisverboten differenziert.<sup>45</sup>

In späteren Phasen der systematischen Entwicklung und Durchdringung eines Rechtsgebietes kommt es dann neben oder anstelle solcher vordergründigen, formalen Ordnungen des Stoffes zunehmend zu Systematisierungen mehr materialer Art. Man fragt beispielsweise nicht mehr nur nach den Wirkungen bestimmter Sachverhalte (oder ihrem Stellenwert für die Erzeugung solcher Wirkungen),<sup>46</sup> sondern setzt die Sachverhalte zu ihrem begründenden Hintergrund in Bezug, begreift sie als Ausformungen bestimmter materialer Anforderungen.<sup>47</sup> An die Stelle der Einteilung in objektive und subjektive begründende Voraussetzungen der Straftat und strafausschließende Sachverhalte treten z. B. materiale Anforderungen wie Unrecht und Schuld,<sup>48</sup> die ihrerseits anhand der Kriterien begründend/ausschließend weiter ausdifferenziert werden. Sachverhalte, die sich bisher schwer einordnen lie-

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu etwa – mit Bezug auf die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 – *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 115 f., 120 ff.; eingehender *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 1 ff., 26 ff.

<sup>42</sup> Vgl. etwa *Eb. Schmidt* (wie Anm. 41), S. 70 f. (für die Zeit vor der Rezeption), S. 117 f. (für die Zeit der Rezeption).

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Mansdörfer*, Die Grundlagen des Straftatsystems im Common Law, in: *ders.* (Hrsg.), Die allgemeine Straftatlehre des Common Law, 2005, S. 1, 13 f.; vgl. auch *Weik*, Objektive und subjektive Verbrechenmerkmale im US-amerikanischen Strafrecht, 2004, S. 35 ff., 45 ff.

<sup>44</sup> Vgl. *Beulke*, Strafprozeßrecht, 9. Aufl. 2006, Rdn. 273.

<sup>45</sup> Vgl. etwa *Roxin* (wie Anm. 37), § 24 Rdn. 23 (S. 183); *Volk* (wie Anm. 40), § 28 Rdn. 4 f. (S. 253).

<sup>46</sup> Also strafbegründend oder strafausschließend, strafscharfend oder strafmildernd, relevant oder irrelevant usw.

<sup>47</sup> Zu derartigen materialen, teleologischen oder funktionalen Systemen allgemein *Engisch* (wie Anm. 17), S. 88, 100 ff.

<sup>48</sup> Zur Aufnahme dieser Grundkategorien mit ihrem heutigen Inhalt in den Straftatbegriff vgl. z. B. *Schroeder*, Die Entwicklung der Gliederung der Straftat in Deutschland, in: *ders.*, Beiträge zur

ßen, werden als Erfordernisse der Zurechenbarkeit äußerer Geschehnisse zur Person (wieder-)entdeckt.<sup>49</sup> Sachlich sind solche Systematisierungen nicht mehr auf der Basis einer äußerlichen „Besichtigung“ des Stoffes möglich. Sie setzen vielmehr ausgearbeitete Theorien zum Wesen einer Straftat und zur legitimen Qualifikation eines Geschehens als Straftat voraus – Theorien, in denen Unrecht und Schuld, Handlung und Zurechnung als unabdingbare Voraussetzungen einer Straftat erkannt und begründet sind.<sup>50</sup>

Solche Materialisierung des Systems zeigt sich auch an neu entdeckten Feldern, die zunächst (in der ersten Phase) mehr oder weniger äußerlich systematisiert wurden. Ein Beispiel bildet wiederum die Strafzumessung. Die allerersten Systematisierungen sind insoweit relativ äußerlich: Man unterscheidet z. B. zwischen schärfenden und mildernden Umständen oder Umständen, die relevant und solchen, die irrelevant sind. Oder man differenziert zwischen finalen, realen und logischen Strafzumessungsgründen, also Strafzwecken, Strafzumessungstatsachen und Strafzumessungserwägungen.<sup>51</sup> Später erkennt man deutlicher, daß die einzelnen Strafzumessungstatsachen etwas mit der Modifizierung des Unrechts oder der Schuld zu tun haben<sup>52</sup> oder das Maß der Zurechnung von Folgen bestimmen, also Grundkategorien der Straftat in die Strafzumessung „verlängern“.<sup>53</sup> Eine solche Systematisierung ist freilich wiederum erst möglich auf der Basis ausgearbeiteter Theorien. Sie setzt nicht nur das Vorhandensein einer entsprechend ausgearbeiteten Straftattheorie voraus. Man muß auch erkannt haben, daß die Strafzumessung nichts völlig Neues, sondern nur die Weiterführung der Überlegungen zum „Ob“ eines strafbaren Sachverhalts ins Komparative und Quantitative ist, so daß die Erkenntnisse der Verbrechenslehre auch in diesem Teilfeld die Grundlage für eine adäquate Systematisierung bieten.<sup>54</sup>

---

Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 105 ff., insbesondere 111 ff.; *Welzel* JuS 1966, 421 ff. m. w. N.

<sup>49</sup> Vgl. etwa *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *Honig*, Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 174 ff.; *Roxin*, Honig-Festschr., 1970, S. 133 ff.; zusammenfassend *Frisch*, *Roxin-Festschr.*, 2001, S. 215 ff.

<sup>50</sup> Wie z. B. in der Untersuchung zur Rechtssystematik der Verbrechenslehre von *Radbruch*, Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 158, 160 ff. Siehe zu solchen theoriefundierten materialen Systemen noch eingehend unten III.

<sup>51</sup> Beispielhaft dafür etwa die verdienstvollen ersten Systematisierungen des Stoffs der Strafzumessung bei *Spendel* (wie Anm. 30), S. 191 ff., 200 ff.

<sup>52</sup> Siehe dazu insbes. *Bruns* (wie Anm. 30), S. 392 ff., 478 ff.; *ders.*, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 151 ff. („Die Tat nach Unrecht und Schuld“).

<sup>53</sup> In diesem Sinn z. B. *Frisch* ZStW 99 (1987), 349 ff., 751 ff., 758 ff.; dazu *Bruns*, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988.

<sup>54</sup> Weiterführend dazu z. B. *Frisch*, in: *Wolter* (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 1 ff.; *ders.*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 269, 286 ff. m. w. N.

5. Das Bemühen um Systematisierung und Ordnung des Stoffs teilt die Rechtswissenschaft mit allen Wissenschaften. Es ist ein Charakteristikum wissenschaftlicher Stoffbehandlung überhaupt.<sup>55</sup> Gleichwohl liegt auch hier ein wichtiger Unterschied zwischen der Rechtswissenschaft und anderen Wissenschaften. Es sind die Erkenntnisinteressen und die daraus folgenden Leitgesichtspunkte der Systematisierung, durch die sich die Rechtswissenschaft von anderen Wissenschaften abhebt. Auch unter dem Aspekt der Ordnung und Systematisierung des Stoffes gibt es ein Proprium der Rechtswissenschaft.

Offensichtlich ist das im Verhältnis zu Wissenschaften, die gewisse Seinsgegebenheiten nach den unterschiedlichsten Kriterien systematisieren, etwa nach stofflichen Gemeinsamkeiten im Bereich der Chemie, den Arten des Körperbaus oder der Ernährungsweise in den Biowissenschaften oder der Zugehörigkeit gewisser Geschehnisse zu bestimmten Epochen in den Geschichtswissenschaften. Es gilt aber auch im Verhältnis zu Wissenschaften, die es wie die Rechtswissenschaft mit Sollenssätzen zu tun haben, wie etwa die Theologie, die Moralphilosophie oder die Ethik. Diese Wissenschaften interessieren bei der Systematisierung die Grundsätze, die sich für das Verhalten einzelner aus gewissen Glaubenslehren oder unter dem Aspekt der Moralität ergeben. Das Recht interessiert sich dagegen allein für Sollenssätze und die hinter diesen stehenden Prinzipien, die die Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen zwischen den einzelnen oder das Verhältnis zwischen den einzelnen und der Gemeinschaft betreffen. Stets geht es also, anders als z. B. in der Theologie oder der Moralphilosophie, um die Ordnung von Sätzen und die Erarbeitung von Prinzipien, die den Grundkriterien des Rechts<sup>56</sup> entsprechen und die insbesondere auch durch Zwang durchsetzbar sein müssen.<sup>57</sup> Noch deutlicher als schon im materiellen oder substantiellen Recht wird das im Bereich der Implementation des materiellen Rechts, also insbesondere dem Prozeßrecht, in dem ein für das Recht schlechthin eigentümlicher Gegenstand nach Systematisierung verlangt.

An alledem ändert sich auch nichts dadurch, daß die Aussagen verschiedener Wissenschaften (unter Einschluß anderer normativer Wissenschaften) sich nicht selten auf gleiche Lebensbereiche beziehen. Aussagen über bestimmte Lebensbereiche wie die Familie oder die Ehe, über das Verhalten zu Mitmenschen usw., treffen die unterschiedlichsten Wissenschaften. Es gibt also nicht selten Systematisierungen der Sätze und Prinzipien für Lebensbereiche seitens ganz unterschiedlicher

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu schon *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786, Vorrede: „Wissenschaft als ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis“; *Ch. Wolff*: „System von Lehrinhalten“; aus der gegenwärtigen Literatur statt vieler etwa *Riedel* (wie Anm. 3), Sp. 1094f.; *Hühn* (wie Anm. 3), Sp. 915 ff.; *Meier-Oeser* (wie Anm. 3), Sp. 902, 903, 909 f.; *Menne* (wie Anm. 3), Sp. 1106.

<sup>56</sup> Zu diesen Grundkriterien (u. a. Universalisierbarkeit) vgl. z. B. die Überblicke bei *Seelmann* (wie Anm. 16), §§ 7 ff.; *Zippelius* (wie Anm. 11), §§ 11 ff.

<sup>57</sup> Nicht unumstritten, aber doch wohl die überwiegende Sicht und jedenfalls für Gebiete wie das Strafrecht unbestreitbar; vgl. zur Problematik statt vieler *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (wie Anm. 10), S. 34 ff., 45 ff.; *Zippelius* (wie Anm. 11), § 5, insbes. IV. (S. 22 ff.).

Wissenschaften. Der Unterschied liegt im Anspruch, mit dem die entsprechenden Aussagen und Präzisierungen auftreten. Für die Rechtswissenschaft geht es um die Systematisierung von Sätzen und die Erarbeitung von Prinzipien, die den Anspruch erheben können, den Grundkriterien des Rechts zu entsprechen und mit Zwang durchgesetzt werden zu dürfen. Andere Wissenschaften arbeiten an der Gewinnung von Prinzipien, die anderen Ansprüchen genügen sollen.

Nach welchen Kriterien bei Beachtung dieses Grundanspruchs auch der wissenschaftlichen Systematisierung im rechtswissenschaftlichen Bereich dann systematisiert wird, ist im wesentlichen eine Frage der Zweckmäßigkeit und Ergiebigkeit von Systematisierungen.<sup>58</sup> Naheliegend ist z. B. die Systematisierung des Rechtsstoffs danach, ob die einzelnen Rechtssätze das Verhältnis der einzelnen oder der Angehörigen einer bestimmten Gruppe untereinander oder ob sie das Verhältnis des einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft betreffen, also die Systematisierung des privatrechtlichen und des öffentlich-rechtlichen Stoffs. Sie ist sinnvoll, weil sich in den genannten verschiedenen Rechtsverhältnissen zum Teil unterschiedliche Fragen stellen und damit auch die einzelnen Normen und Prinzipien verschieden sein können und sind. Sinnvoll sind aber auch weitere Systematisierungen unterhalb dessen, etwa die Konzentration auf bestimmte Problemstellungen im Verhältnis der einzelnen untereinander, wie insoweit bestehende schuldrechtliche oder sachenrechtliche Beziehungen, oder die eigenständige Behandlung der Frage der strafenden Tätigkeit des Staates als eines Teils des öffentlichen Rechts.<sup>59</sup> Bereichernd kann es auch sein, die Implementation des materiellen Rechts verschiedener Rechtsgebiete übergreifend zu systematisieren, um so zu allgemeinen Einsichten und Prinzipien z. B. der verschiedenen Prozeßrechte zu kommen.<sup>60</sup> Nicht selten sind es aber ganz einfach auch praktische Interessen, die hinter bestimmten Systematisierungen stehen, wie etwa die umfassende Darstellung eines bestimmten Rechtsgebiets zur Erleichterung des Geschäfts der in diesem Bereich rechtsanwendend tätig werdenden Personen.

### III. Rechtswissenschaft als theoriebildende Wissenschaft – Das Proprium der Rechtswissenschaft unter diesem Aspekt

1. Ein wesentliches Merkmal des wissenschaftlichen Umgangs mit bestimmten Gegenständen bildet die Entwicklung von Theorien zum behandelten Gegen-

<sup>58</sup> Vgl. auch *Zimmerl* (wie Anm. 20), S. 2; ferner *Engisch* (wie Anm. 17), S. 88, 98 u. 122f.: das „System dürfe nicht zu einem Netz werden, in dem die Bewegung getötet wird“.

<sup>59</sup> Im Mittelpunkt der systematischen Betrachtung stehen also ersichtlich Teilsysteme. Für ein Gesamtsystem liegen nach *Engisch* (wie Anm. 17), S. 88, 116ff. allenfalls Programme vor, deren Durchführung aber von der Stofffülle gehemmt wird.

<sup>60</sup> Beispielhaft dafür die sog. Allgemeine Prozeßrechtslehre; siehe etwa *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925; *Niese*, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, 1950; *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar zur StPO*, Teil I, 2. Aufl. 1964, S. 57ff.; krit. dazu z. B. *Roxin* (wie Anm. 37), § 1 D (S. 5f.).

stand.<sup>61</sup> Theorien sind gewissermaßen die „denkende Betrachtung der Dinge“<sup>62</sup>. Sie bezeichnen Wissens-Einheiten, in welchen Tatsachen und Modellvorstellungen bzw. Hypothesen zu einem Ansatz verarbeitet sind.<sup>63</sup> Im Bereich der Naturwissenschaften und der Seinswissenschaften z. B. geht es um wissenschaftliche Gebilde, in denen „die Tatsachen in ihrer Unterordnung unter die allgemeinen Gesetze erkannt und ihre Verbindungen aus diesen erklärt werden“.<sup>64</sup> Theorien stehen nach allem für ein relativ fortgeschrittenes Stadium der wissenschaftlichen Behandlung von Gegenständen. Sie gehen über die ordnende Erfassung und Systematisierung von Einzelsachverhalten hinaus, setzen Gesetzmäßigkeiten voraus und stellen Verbindungen her.

Mit Theorien arbeitet auch die Rechtswissenschaft.<sup>65</sup> Sie dienen hier vor allem dazu, Verbindungen und Zusammenhänge herzustellen. Theorien bemühen sich darum, die Richtigkeit bestimmter Sachverhaltsbehandlungen zu erklären und zu begründen, den Grund für bestimmte Sachverhaltsbehandlungen, bestimmte Anforderungen oder bestimmte Vorgehensweisen zu benennen. Prinzipien werden nicht nur als der gemeinsame Nenner der Behandlung bestimmter Sachverhalte erkannt und formuliert,<sup>66</sup> sondern ihrerseits in einen größeren Zusammenhang gestellt und von daher als richtig und dem Grundverständnis des Rechts oder bestimmter Institutionen des Rechts entsprechend aufgewiesen. Theorien haben deshalb auch Rückwirkungen auf die Systematisierung des Rechtsstoffs.<sup>67</sup> Als zutreffend erachtete Theorien werden im allgemeinen auch zum systematischen Hintergrund bestimmter Rechtsgebiete oder Institutionen. Sie verdrängen dann bislang vorhandene, oft vordergründig äußerliche Systematisierungen.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> Vgl. dazu statt vieler *Riedel* (wie Anm. 3), Sp. 1090, 1091; *Pulte* (wie Anm. 3), Sp. 921 ff., 922; *Scriven*, in: *International Encyclopaedia of the Social Sciences* (hrsg. v. *Sills*), Bd. 14, Sp. 83 ff., 88 f.

<sup>62</sup> Vgl. *Hegel*, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, 1817, § 2: „denkende Betrachtung der Gegenstände“ (als allgemeine Bestimmung der Philosophie).

<sup>63</sup> Vgl. *Schmidt-Schischkoff* (wie Anm. 1), S. 721; eingehend *König*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (hrsg. v. *Ritter* und *Gründer*), Bd. 10, Sp. 1128 ff. m. w. N.

<sup>64</sup> *Fries*, *System der Logik*, 3. Aufl. 1837, S. 373.

<sup>65</sup> *Dreier*, *Zur Theorienbildung in der Jurisprudenz*, in: *ders.*, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 70, 72 ff. unterscheidet innerhalb einer Theorienreihe die „interpretativen Theorien“, die „normvorschlagenden Theorien“, die „konstruktiven bzw. Qualifikationstheorien“, die „Institutstheorien“, die „Prinzipientheorien“, die „Grundbegriffstheorien“ und die „Rechtsgebietstheorien“, wobei freilich die Grenzen – auch nach seiner Ansicht – insoweit fließend sind.

<sup>66</sup> Wie das bei der bloßen Systematisierung des Stoffs der Fall ist.

<sup>67</sup> Vgl. auch *Larenz* (wie Anm. 5), S. 450: Theorienbildung habe fast immer etwas mit „Systembildung“ zu tun.

<sup>68</sup> Ein typisches Beispiel aus der strafrechtlichen Irrtumslehre bildet die Verdrängung der vordergründigen Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum durch die Distinktion „Tatumstandsirrtum“ – „Verbotsirrtum“; vgl. dazu näher *Frisch*, *Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldaußschluß im Strafrecht*, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. III, 1992, S. 217, 237 ff.

2. Theorien spielen seit langem auch im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechts eine Rolle. Freilich ist ihre Bedeutung in den einzelnen strafrechtlichen Materien durchaus unterschiedlich (was sich auch an der unterschiedlichen Art der Systematisierung der Rechtsgebiete zeigt).

Nur sehr begrenzt ist die Bedeutung von Theorien im hier verstandenen Sinne etwa im Bereich des Besonderen Teils des Strafrechts. Eine Theorie, die die Vielzahl der Einzeldelikte auf einen sie verknüpfenden Hintergrund zurückführt und von daher ihre Notwendigkeit, ihre Richtigkeit und ihre Grenzen erklärt, gibt es praktisch nicht; allenfalls Ansätze zu einer solchen Theorie lassen sich finden.<sup>69</sup> Aber auch bei den einzelnen Delikten selbst geht es nach knappen Erklärungen zum Rechtsgut meist sehr schnell in die hermeneutische Arbeit an den einzelnen Begriffen. Eine die begrifflichen Anforderungen, das Rechtsgut bzw. bestimmte Bedingungen der Freiheit und die Bestrafung der erfaßten Verhaltensweisen miteinander verknüpfende, also die Strafe unter diesen Voraussetzungen legitimierende und begrenzende Theorie fehlt in der Regel. Erst in der jüngsten Zeit deuten sich hier Änderungen an, etwa in Gestalt von Arbeiten, die prinzipienorientierte Theorien zum Tatbestand des Betrugs oder der Urkundenfälschung entwickeln.<sup>70</sup>

Etwas stärker ausgeprägt ist das Bemühen um fundierende Theorienbildung im Bereich des Strafprozeßrechts. Hier finden sich z. B. Theorien zum Zweck des Strafverfahrens, aus denen an bestimmten Stellen dann auch Konsequenzen gezogen werden.<sup>71</sup> Ein weiteres Beispiel für die Entwicklung einer fundierenden Theorie oder eines Modells zur Erfassung prozessualer Zusammenhänge bildet etwa das Verständnis des Prozesses als einer sich ändernden Rechtslage im Rahmen einer übergreifenden Allgemeinen Prozeßrechtslehre.<sup>72</sup> Auch im Zusammenhang mit einzelnen Instituten wie z. B. der Rechtskraft oder den Rechtsmitteln finden sich solche erklärenden und fundierenden Theorien.<sup>73</sup> Freilich fällt eines auf: Die Theo-

<sup>69</sup> Etwa in Gestalt des Rechtsgutsbezugs und des rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakters, der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der pönalisierten Verhaltensweisen; siehe dazu *Frisch, Stree/Wessels-Festschr.*, 1993, S. 69 ff. m. w. N.; zur Schwäche dieser einheitstiftenden Kriterien *Schulz*, in diesem Band, S. 140. – Eher schon finden sich Theorien zu bestimmten Deliktgruppen oder Typen von Rechtsgütern, vgl. z. B. aus neuerer Zeit *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik „moderner Gefährdungsdelikte“, 2000.

<sup>70</sup> Vgl. etwa *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999; *Jakobs*, Urkundenfälschung, 2000.

<sup>71</sup> Vgl. etwa zuletzt *Murmann* GA 2004, 65 ff. m. eingeh. Nachw. früherer Ansätze und Konkretisierungen.

<sup>72</sup> Grundlegend insoweit *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, 1925; siehe auch *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. I 1952 (2. Aufl. 1964), S. 61 ff. (Rdn. 51 ff.).

<sup>73</sup> Vgl. zur Rechtskraft den Überblick über die Theorien bei *Roxin* (wie Anm. 37), § 50 Rdn. 9 sowie eingeh. *Frisch*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Vor § 296 Rdn. 281 ff.; zu den Rechtsmitteln vgl. insbes. die umfassende Diskussion über den Zweck und die grundsätzliche Eingrenzung der Revision mit einer Fülle von großen Untersuchungen, z. B. *Pohle* (wie Anm. 30), 1930; *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960; *Henke*, Die Tatfrage, 1966.

rien betreffen stets nur bestimmte Fragestellungen oder Themenfelder des Strafprozesses. Eine umfassende Theorie, die das Ziel des Strafprozesses, dessen Institutionen und Einzelercheinungen zu einer Einheit verbindet und aus diesem Verständnis heraus dann konkrete Anforderungen und Erscheinungen (auch kritisch) reflektiert, fehlt weitgehend (oder ist doch allenfalls in Andeutungen vorhanden).

Das ändert sich im Bereich der Allgemeinen Verbrechenslehre. Hier gibt es nicht nur eine Fülle von Theorien zu bestimmten Einzelfragen, wie etwa zur Kausalität, zum Wesen bestimmter Formen des Vorsatzes, zur Behandlung von Irrtümern oder zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Theorien finden sich hier auch zu ganz grundsätzlichen Fragen wie der Frage nach dem Sinn und Zweck des Strafrechts und der Strafe oder den Grenzen, die der Staat bei der Pönalisierung von Verhaltensweisen zu beachten hat. Vor allem aber gibt es hier etwas, woran es in den anderen Rechtsbereichen des Strafrechts weitgehend fehlt: eine die Einzelanforderungen und die zu verschiedenen Fragen existierenden Prinzipien und Theorien zu einer Einheit verbindende Theorie. In den Allgemeinen Lehren zur Straftat finden sich die Anforderungen an das Gegebensein einer Straftat und deren verschiedene Ausformungen nicht nur formuliert. Sie finden sich hier auch theoretisch fundiert, nämlich am Sinn und Zweck des Strafrechts und der Strafe sowie an dem Rechtsgedanken und den vom Strafrecht zu beachtenden Grenzen rückgebunden.<sup>74</sup> In diesem Sinne sind die Allgemeinen Lehren des Strafrechts sicherlich der wissenschaftlichste Teil des Strafrechts.<sup>75</sup>

3. Die Funktionen, die rechtliche Theorien in bezug auf den von ihnen reflektierten Rechtsstoff haben können, sind unterschiedlich.

Nicht selten geht es gar nicht so sehr um Erklärung oder Begründung des Vorhandenen, sondern um Prüfung und Kritik. Die Theorie wird entwickelt, um Vorhandenes, insbesondere eine bestimmte Praxis zu hinterfragen oder angreifen zu können, und zwar nicht einfach so, sondern mit Gründen.<sup>76</sup> Das ist historisch auch der Ausgangspunkt und die Funktion der Allgemeinen Straftatlehre gewesen. Sie wurde vor allem in der Zeit des Vernunftrechts und der Aufklärung, in Ansätzen auch schon früher, entwickelt, um die Härten der damaligen Praxis zu korrigieren

---

<sup>74</sup> Beispielhaft dafür – neben der längsschnittorientierten Exemplifizierung bei *Jakobs*, in diesem Band, S. 105–115 – etwa die Lehrbücher zum Allgemeinen Teil von *Jakobs*, 2. Aufl. 1991; *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006 bzw. AT II, 2003 und *Schmidhäuser*, 2. Aufl. 1975; siehe auch den Versuch einer grundlagenorientierten Entwicklung der allgemeinen Voraussetzungen einer Straftat und der darauf bezogenen Lehren bei *Frisch*, Straftat und Straftatsystem, in: *Wolter/Freund* (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 135–210.

<sup>75</sup> Womit nicht gesagt sein soll, daß es sich um ein den Anforderungen der Kohärenztheorie genügendes Netz von Aussagen handelt; dazu *Schulz*, in diesem Band, S. 140.

<sup>76</sup> Zu diesem Hintergrund der Bildung von Theorien und Systemen im Strafrecht z. B. (freilich z.T. kritisch) *Loening* ZStW 3 (1883), 219, 247 ff. und insbesondere 263 ff., 273 ff. sowie *Jakobs*, in diesem Band, S. 105–132 mit Exemplifizierungen.

und Willkür und Uneinheitlichkeit zu beseitigen.<sup>77</sup> Ziel der Theorien dieser Zeit war es, tiefer begründbare Leitlinien zu formulieren, die dafür sorgen, daß die Strafe nur in legitimierbarem Umfang und einheitlich zum Einsatz kommt. Zu diesem Zweck wurden die Voraussetzungen ausgearbeitet, an deren Erfüllung der Einsatz von Strafe gebunden ist, wurde also eine Imputationslehre geschaffen.<sup>78</sup> Zugleich wurden Theorien zum Zweck der Strafe und zu deren Maß entwickelt.<sup>79</sup> Wissenschaftstheoretisch waren diese Versuche einer Bändigung und Relativierung der Praxis mit Hilfe der Theorie etwas anderes als die bloß systematisierende Ordnung oder Erklärung des vorhandenen Rechtsstoffs, also als in diesem Sinne typisches rechtswissenschaftliches Arbeiten. Eher könnte man geneigt sein, von einer Art philosophischer Behandlung des Rechts zu sprechen (zumal die entsprechenden Theoretiker nicht selten aus dem Lager der Philosophie stammten). Indessen spricht auch einiges für die Zuordnung zum Bereich des rechtswissenschaftlichen Arbeitens und Denkens.<sup>80</sup> Immerhin wurde die Kritik nicht einfach aus einer Außenperspektive geführt. Sie erfolgte vielmehr unter Berufung auf oberste Prinzipien des Rechts, auf rechtliche Grundfreiheiten, die auch vom Strafrecht zu beachten seien.

Stimmen die Prinzipien eines Rechtsgebiets und seine Einzelperscheinungen mit den für dieses Gebiet entwickelten (und als zutreffend erachteten) Theorien überein, so beschränkt sich die Funktion der Theorie weitgehend darauf, die Prinzipien und Anforderungen zu erklären und ihre Verknüpfungen aufzuzeigen. Die Theorie ist insoweit insbesondere für die Ausbildung,<sup>81</sup> für das Verständnis eines bestimmten Rechtsgebiets, die Erfassung der inneren Zusammenhänge bedeutsam. Freilich erschöpft sich die Bedeutung der Theorie auch im Fall der Konkordanz von Theorie und vorhandenen Prinzipien und Einzelperscheinungen nicht in solcher Erklärung und Verknüpfung. Die Theorie kann plötzlich wieder wirksam werden und Schwächen oder Lücken in dem die Theorie umsetzenden System aufdecken. Die Theorie

<sup>77</sup> Vgl. dazu z. B. *Eb. Schmidt* (wie Anm. 41), S. 132 ff., 154 ff. (*Carpzow*), 157 ff. (*Grotius, Hobbes, Pufendorf*), 169 ff. (*Pufendorf, Wolff* u. a.) und den Beitrag von *Jakobs*, in diesem Band, S. 105–115; siehe dazu auch *Loening* ZStW 3 (1883), 219, 264 ff., 273 ff.

<sup>78</sup> Beispielhaft etwa die Imputationslehre von *Pufendorf*, *De jure naturae et gentium*, 1672, lib. I, cap. 5; *ders.*, *De officio hominis et civis*, 1673, lib. I, cap. 1 (Über das menschliche Verhalten) passim (insbes. § 17); Würdigung bei *Loening*, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903, S. XI; *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 130 ff.; *ders.*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, S. 84 ff.

<sup>79</sup> Beispielhaft für solche Theorien zum Zweck und Maß der Strafe etwa *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, 1625, lib. II, cap. XX; *Pufendorf*, *De officio* (wie Anm. 76), 1673, lib. II, cap. 7 § 3, cap. 12 § 4 u. insbes. cap. 13 § 3 ff.; Überblick über die Straftheorien des 16. bis 18. Jahrhunderts bei *Eb. Schmidt* (wie Anm. 41), S. 161 ff.

<sup>80</sup> Zum Unterschied zwischen philosophischer und rechtswissenschaftlicher, insbesondere rechtsdogmatischer Betrachtungsweise vgl. z. B. *Arthur Kaufmann/Hassemer* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl. 1994, S. 1 ff., 5 ff.

<sup>81</sup> Zu dieser didaktischen Bedeutung von Theorien und Systemen vgl. etwa *Radbruch* (wie Anm. 50), S. 158, 159; *Engisch* (wie Anm. 17), S. 88, 112; siehe auch *Ernst*, in diesem Band, S. 3–15.

kann dann zu so bisher im System nicht vorhandenen weiteren Anforderungen oder zur Modifizierung bisher anerkannter Prinzipien und Anforderungen führen.<sup>82</sup>

Ein strafrechtliches Beispiel dafür bildet die Entstehung der neueren objektiven Zurechnungslehre: Die Schöpfer des heutigen Straftatsystems, das in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, also der Zeit des wissenschaftlichen Positivismus und des Naturalismus, entstanden ist, glaubten, daß der erforderliche Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg bei den Erfolgsdelikten durch das Erfordernis der Kausalität zutreffend umschrieben sei.<sup>83</sup> Es erschien angemessen, jemand für den eingetretenen Erfolg verantwortlich zu machen, wenn er diesen verursacht hat. Fälle, in denen das Prinzip nicht zu passen schien, führten zunächst nicht zu Zweifeln an der Richtigkeit des Prinzips, sondern wurden auf anderer Ebene der Straftat zu einem befriedigenden Endergebnis geführt.<sup>84</sup> Erst allmählich und bedingt auch durch Konstellationen, in denen eine befriedigende Lösung auf anderen Ebenen nicht ohne weiteres möglich erschien, entstanden Zweifel an der Richtigkeit der bislang für zutreffend gehaltenen Beschreibung des Zusammenhangs (als Kausalität). Diese Zweifel führten zu einer Rückbesinnung auf die Funktion, die dem geforderten Zusammenhang (und damit auch der Kausalität) in einer Theorie der Straftat zukommen sollte. Dabei wurde deutlich, daß diese Funktion in der Gewährleistung der Zurechenbarkeit des Erfolgs zum Täter als dessen Werk liegt.<sup>85</sup> Diese Funktion war im Zeitalter des strafrechtlichen Naturalismus mit dem Begriff der Kausalität für den Zeitgeist offenbar richtig, letztlich aber doch nicht zutreffend in das System der Anforderungen übersetzt worden. Die aus der Konfrontation mit unbefriedigend gelösten Fällen erwachsene Rückbesinnung auf die im Hintergrund stehende Theorie führte damit (in Gestalt eines umfassenderen Erfordernisses der Zurechenbarkeit des Erfolgs<sup>86</sup>) zu einer Korrektur des Systems und seiner Voraussetzungen. Theorie und systematisierte Anforderungen wurden so wieder in Einklang gebracht.

---

<sup>82</sup> Vgl. auch *Larenz* (wie Anm. 5), S. 452.

<sup>83</sup> Beispielhaft etwa *von Liszt*, Lehrbuch des Strafrechts, 9. Aufl. 1899, S. 121 ff.

<sup>84</sup> Etwa der subjektiven Tatseite oder der Schuld (z. B. Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf) oder durch sogenannte Regreßverbote (vgl. z. B. *Frank*, StGB, 18. Aufl. 1931, § 1 III. 2a, S. 14 f.), aber auch durch den Entwurf speziellerer (z. B. individualisierender) Kausalitätstheorien; dazu *Frisch*, Gössel-Festschr., 2002, S. 51, 59; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 46 ff.

<sup>85</sup> Ältere, vor allem strafrechtsphilosophische Betrachtungen und die Vertreter der sogenannten Imputationslehre (siehe oben Anm. 78) hatten darin eine Grundfrage des Strafrechts gesehen und die Frage der Voraussetzungen der Straftat überhaupt als Problem der Zurechnung begriffen; vgl. *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 1 ff., der dieses Verständnis wieder aufnimmt; siehe auch *Jakobs*, der seine Darstellung des Allgemeinen Teils mit dem Begriff Zurechnungslehre überschreibt, und *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957. Näher zu diesen umfassenden Verständnissen der Zurechnung und deren Verhältnis zu anderen Begriffen der Zurechnung, insbesondere der Zurechnung des Erfolgs, *Frisch* GA 2003, 719, 725 f.

<sup>86</sup> Im Sinne eines solchen Erfordernisses etwa *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; für das Strafrecht wohl zuerst wieder *Honig* (wie Anm. 49), S. 174 ff., später *Roxin* (wie Anm. 49), S. 133 ff. Eingehend zum Ganzen *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *ders.* (wie Anm. 49), S. 213 ff. sowie GA 2003, 719,

4. Theoriebildung ist für alle Wissenschaften charakteristisch. Daß die Rechtswissenschaft um die Entwicklung von verknüpfenden und fundierenden Theorien bemüht ist, spricht für ihre Wissenschaftlichkeit. Es läßt jedoch noch nicht ihr Proprium erkennen. Worin also liegt dieses im Bereich der theoretischen Fundierung? – Es liegt m.E. im Ziel der Theoriebildung und in dem Anspruch, den rechtswissenschaftliche Theorien dementsprechend erheben.

Am deutlichsten ist dieser Unterschied im Verhältnis zu den empirischen Wissenschaften.<sup>87</sup> Ihre Theorien versuchen gesetzmäßige Zusammenhänge zu formulieren, aus denen dann Schlüsse gezogen werden können, z.B. für die Erklärung individueller Geschehnisse oder zur Voraussage zukünftiger Ereignisse.<sup>88</sup> Es geht also um die Erfassung tatsächlicher Gesetzmäßigkeiten und Zusammenhänge. Rechtswissenschaftliche Theorien zielen demgegenüber darauf, Aussagen über Sollenssätze, und hier wieder über richtiges (gerechtes) Recht zu ermöglichen.<sup>89</sup> Ihr Anspruch ist es, Grundlagen und zu beachtende Leitlinien für die richtige Entfaltung des Rechtsbegriffs in bestimmten Lebensbereichen zu liefern. Insoweit unterscheiden sie sich auch von gleichfalls normativen Wissenschaften wie z. B. der Theologie, deren Theorien Grundlagen für das richtige Verständnis einer Religion legen und insoweit Zusammenhänge zwischen Grundgedanken und Einzelaussagen dieser Religion aufzeigen wollen.

Auch der Unterschied zu den „Nebendisziplinen“ der Rechtswissenschaft im engeren Sinn wird auf der Ebene der Theoriebildung sehr deutlich. Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie z. B. beschäftigen sich nicht mit der richtigen inneren Ausdifferenzierung des Rechtsbegriffs und entwickeln daher auch keine Theorien zu dieser Problematik und mit diesem Anspruch. Sie erfassen das Recht nicht unter dem Aspekt seiner Richtigkeit, sondern als Faktum<sup>90</sup> (und aus der Außenperspektive<sup>91</sup>): wie es zu einer bestimmten Zeit ausgesehen und wie es sich gewandelt hat, wie es in

---

726 ff. Zur Entwicklungsgeschichte der objektiven Zurechnungslehre *Hübner*, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004.

<sup>87</sup> Siehe dazu auch *Larenz* (wie Anm. 5), S. 451; ferner *Dreier* (wie Anm. 65), S. 70, 81 f., 89 f.

<sup>88</sup> Zu Erklärung und Voraussage als Grundkategorien (und Erkenntnisinteressen) vor allem der empirischen Wissenschaften vgl. *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und der analytischen Philosophie, Bd. I, 2. Aufl. 1983, S. 191 ff.; *Bochenski*, Die zeitgenössischen Denkmethode, 10. Aufl. 1993, S. 100 ff.; *Carnap*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, 1969 (Neudruck 1986), S. 11 ff.; *von Kutschera*, Wissenschaftstheorie, 1972, S. 285 ff., 329 ff., 367 ff.; *Lenk*, Erklärung, Prognose, Planung, 1972.

<sup>89</sup> *Dreier* (wie Anm. 65), S. 70, 88 f. bezeichnet diese (letzteren) Theorien als normative oder normativ-analytische Theorien, während er als empirische oder empirisch-analytische Theorien solche benennt, die auf die Erkenntnis des Gesetzes- oder Richterrechts gerichtet sind. Beispielhaft zu Letzteren etwa *Jakobs*, in diesem Band, S. 107 zur *Carpzovschen* Zusammenstellung der gemeinrechtlichen Praxis. Siehe ergänzend zur empirisch-beschreibenden (Seite der) Rechtswissenschaft auch *Dreier* (wie Anm. 2), S. 37, 40 ff.

<sup>90</sup> Für die Rechtssoziologie deutlich i.d.S. z. B. *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 5. Aufl. 2003, Rdn. 1 f.; siehe auch *Jestaedt*, in diesem Band, S. 271.

<sup>91</sup> Siehe dazu auch *Ernst*, in diesem Band, S. 21–27. – Zur sogenannten Außenperspektive vgl. ferner *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962, S. 69 ff.

der Bevölkerung beurteilt wird, ob es befolgt wird usw.<sup>92</sup> Und wenn sie Theorien entwickeln, so nicht mit dem Ziel und dem Anspruch, etwas über richtige Rechtsinhalte zu sagen und diese theoretisch zu fundieren. Ihr Ziel ist es vielmehr, Theorien dazu zu entwerfen, warum sich Recht oder bestimmte Institutionen historisch so oder so entwickelt haben, oder in Form einer Theorie Gründe dafür anzugeben, warum bestimmte Normen nicht akzeptiert oder befolgt werden.<sup>93</sup> Es geht also nicht um richtige Inhalte, sondern um die Erklärung von Geschehnissen und Erscheinungen.

Schwieriger ist es, die Besonderheit der Rechtswissenschaft im Verhältnis zu jenem Zweig der Philosophie zu bestimmen, dessen Gegenstand ebenfalls das Recht ist. Denn eine solche Philosophie oder Theorie des Rechts kann selbst unterschiedliche Ziele haben und mit unterschiedlichem Anspruch auftreten.<sup>94</sup> Es kann ihr darum gehen, Recht als tatsächliche Erscheinungsform auf den Begriff zu bringen, also jenes Allgemeine hervorzuheben, das Recht grundsätzlich kennzeichnet.<sup>95</sup> Einer diese Fragestellung beantwortenden philosophischen Theorie zum Recht fehlt das normative Anliegen, Aussagen über richtiges Recht zu machen.<sup>96</sup> Eben dies kann freilich auch dezidiertes Ziel der philosophischen Reflexion über Recht sein.<sup>97</sup> Soweit dies der Fall ist, haben Rechtswissenschaft und Philosophie zumindest zum Teil eine Gemeinsamkeit: das Bemühen um das Grundverständnis von richtigem Recht. Während die Arbeit des am richtigen Recht interessierten Philosophen nun freilich mit der Entwicklung dieses Grundverständnisses schon fast beendet ist und nur noch so weit fortgesetzt wird, als sich allein aus diesem Grundverständnis Folgerungen entwickeln lassen, beginnt die eigentliche Arbeit der Rechtswissenschaft an dieser Stelle. Ihr Ziel ist es, unter Beachtung gewisser von ihr durchaus diskutierter und reflektierter Grundaussagen zum richtigen Recht Theorien zum richtigen Recht für bestimmte Lebens- und Fragebereiche zu entwickeln<sup>98</sup> und diese in Prinzipien und Einzelaussagen zu übersetzen.

<sup>92</sup> Vgl. für das Letztere z. B. *Rehbinder* (wie Anm. 90), Rdn. 4 f., 135 ff.

<sup>93</sup> Für das Letztere wiederum *Rehbinder* (wie Anm. 90), Rdn. 135 ff.

<sup>94</sup> Zu den unscharfen Grenzen zwischen den Begriffen „Rechtsphilosophie“ und „Rechtstheorie“ vgl. *Arthur Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, S. 12 f.

<sup>95</sup> Aspekte eines solchen Rechtsverständnisses finden sich sowohl im *Kantischen* Rechtsbegriff als Abgrenzung der Freiheitssphären (wenngleich sie diesen nicht ausschöpfen) als auch bei *Hegel* in der Identifikation des Rechts mit einer Beziehung gegenseitiger Anerkennung (*Hegel*, *Vorlesungsmanuskript zur Realphilosophie* [1805/1806], Edition der rheinisch-westfälischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 6, hrsg. von *Düsing/Kimmerle*, 1975, S. 215).

<sup>96</sup> Ganz in diesem Sinne die Rechtsphilosophie *Kelsens*, vgl. etwa *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 1, 31 ff.; zum Theoriestatus darauf zielender Konzepte *Dreier* (wie Anm. 65), S. 70, 94 ff.

<sup>97</sup> So bei all den Bemühungen, die darauf zielen, allgemeine Kriterien richtigen Rechts zu benennen – angefangen bei den Naturrechtslehren über Kriterien wie Gerechtigkeit, Vernünftigkeit, wechselseitige Anerkennungsfähigkeit bis hin zu den Versuchen, über bestimmte Verfahrensregeln adäquate Rechtsinhalte zu erhalten. Überblick über solche Bemühungen bei *Seelmann* (wie Anm. 16), §§ 7–10; *Zippelius* (wie Anm. 11), §§ 11–22. Programmatisch in diesem Sinn *Stammler*, *Die Lehre vom richtigen Recht*, 1902; *Larenz*, *Richtiges Recht*, 1979, S. 12 ff.

<sup>98</sup> *Dreier* (wie Anm. 65), S. 70, 77 f. spricht insoweit von „Rechtsgebietstheorien“.

#### IV. Rechtswissenschaft und Fortentwicklung des Rechts – Ein weiteres Proprium der Rechtswissenschaft

1. Die Arbeit des Rechtswissenschaftlers erschöpft sich nicht darin, nach bestimmten Methoden Texte zu erschließen, (vorhandene) Aussagen über die rechtliche Behandlung bestimmter Sachverhalte zu ordnen und zu systematisieren sowie Theorien zu entwickeln, die die Hintergründe bestimmter Rechtserscheinungen und Prinzipien sichtbar machen. Von der Rechtswissenschaft wird auch erwartet, daß sie Antwort auf bisher nicht beantwortete Rechtsfragen gibt. Das gilt ganz gleich, ob die Antwort für den Richter oder Rechtsanwender bestimmt ist, dieser sie also umsetzen kann, oder ob eine gesetzgeberische Antwort notwendig ist.<sup>99</sup> Daß Rechtswissenschaftler diesen Erwartungen ausgesetzt sind, ist unbestreitbar. Aber handelt es sich bei dieser Weiterentwicklung des Rechts eigentlich noch um wissenschaftliche Arbeit am Recht? Geht es nicht möglicherweise um Intuition, Gespür oder bloße Klugheit?<sup>100</sup>

Die Frage hat einen greifbaren Hintergrund. In der Wissenschaftstheorie der empirischen Wissenschaften wird die Formulierung neuer Theorien aufgrund von Beobachtungen von vielen nicht mehr als Akt wissenschaftlicher Erkenntnis, sondern als (auf einem Induktionsschluß beruhende) Intuition, als Leistung der Vorstellungskraft eingestuft.<sup>101</sup> Die Wissenschaft beginnt aus dieser Sicht erst *nach* der Benennung solcher intuitiv entwickelter Hypothesen: Sie besteht in der Benennung von Verfahren zur Überprüfung der Hypothese sowie der Durchführung dieser Verfahren.<sup>102</sup> Ist dann nicht auch im rechtlichen Bereich die Benennung der Lö-

<sup>99</sup> Im Zentrum der Diskussion über Rechtsfortbildung stehen freilich die *richterliche* Rechtsfortbildung und deren Grenzen (vgl. etwa *Larenz* [wie Anm. 5], S. 366 ff.). Auch die Gesetzgebung einbeziehend aber z. B. *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rdn. 595 ff. und *Larenz* (wie Anm. 2), S. 24 f.

<sup>100</sup> Die Gesetzgebung jedenfalls galt – wie *Arthur Kaufmann* (wie Anm. 94), S. 84, siehe auch S. 16 ff., bemerkt – trotz einiger Ähnlichkeit zur richterlichen Rechtsfortbildung lange Zeit als rein politische, nicht wissenschaftliche Angelegenheit (siehe dazu freilich auch *Pawlowski* [wie Anm. 99], Rdn. 595 ff.). Zu den spezifischen Problemen der Gesetzgebung vgl. *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973.

<sup>101</sup> Vgl. die zusammenfassende Darstellung zur Formulierung von Theorien bei *König* und *König/Pulte*, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (hrsg. v. *Ritter* und *Gründer*), Bd. 10, Sp. 1128 ff.; *M. Zeh*, in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie (hrsg. v. *Mittelstraß*), Bd. 2, S. 274 ff.

<sup>102</sup> Dezidiert in diesem Sinn *Popper*, Logik der Forschung, 10. Aufl. 2002, S. 7: „Die Methode der kritischen Nachprüfung, der Auslese der Theorien, ist nach unserer Art immer die folgende: Aus der vorläufigen unbegründeten Annahme, dem Einfall, der Hypothese, dem theoretischen System, werden auf logisch deduktivem Weg Folgerungen abgeleitet; diese werden dann untereinander und mit anderen Sätzen verglichen, indem man feststellt, welche logischen Beziehungen (z. B. Äquivalenz, Ableitbarkeit, Vereinbarkeit, Widerspruch) zwischen ihnen bestehen“. Zur Falsifizierbarkeit als „Abgrenzungskriterium“ bei *Popper*, aaO., S. 14 ff.; zu dessen Wissenschaftstheorie im Überblick *Keuth*, Die Philosophie Karl Poppers, 2000, S. 1 ff.; im hiesigen Zusammenhang vgl. auch *Larenz* (wie Anm. 5), S. 451 f.

sungsmaxime für bisher nicht beantwortete Rechtsfragen zunächst nur ein Akt der Intuition, des bloßen (Rechts-)Gefühls? Und wie kann solche Weiterentwicklung im Rechtlichen den Anspruch von wissenschaftlich Erarbeitetem erheben, nachdem es vergleichbare wissenschaftliche Testverfahren, wie sie sich im empirisch-naturwissenschaftlichen Bereich anschließen, im rechtlichen Bereich doch offenbar nicht gibt?

2. Tatsächlich kann auch solche Weiterentwicklung des Rechts in Richtung auf Sätze für bislang rechtlich nicht behandelte Fallkonstellationen und Fragestellungen die Qualität des wissenschaftlichen Arbeitens am Recht durchaus in Anspruch nehmen. Das gilt selbst dann, wenn man sich bereit findet, die Formulierung einer Lösungshypothese für die neuen Fallkonstellationen und Fragestellungen als bloßen Akt des intuitiven Zugriffs, der Erfahrung oder Klugheit anzusehen.<sup>103</sup> Denn natürlich kommt es auch im rechtlichen Bereich zu einer Überprüfung der ausgegebenen Lösungshypothese. Diese kann den Anspruch, richtiges Recht zu sein, nur erheben, wenn sie mit einem ganzen Netz von bereits anerkannten Inhalten der Rechtsordnung vereinbar ist.<sup>104</sup> Der Widerspruch zu vorhandenen Inhalten der Rechtsordnung kann ihren Anspruch, richtiges Recht zu sein, falsifizieren oder doch zumindest zu einer Modifizierung zwingen. Kommt andererseits im Lichte des vorhandenen Inhalts der Rechtsordnung eine andere Lösung als die entworfene nicht in Betracht, so kann deren Qualität als richtiges Recht material nicht in Frage gestellt werden (und es allenfalls aus anderen Gründen, etwa im Blick auf den Gesetzesvorbehalt, noch bestimmter formeller Aktionen bedürfen).

Das Netz jener Vorgaben und Inhalte, an denen Lösungshypothesen für bisher nicht geregelte Fallkonstellationen oder vom Recht behandelte Fragestellungen sich messen lassen müssen und falsifiziert werden können, ist weitgespannt. Es reicht von Grundaussagen zu den Kriterien richtigen Rechts (wie die Universalisierbarkeit der Lösung oder die wechselseitige Akzeptanzfähigkeit für unterschiedlich Betroffene<sup>105</sup>) über verfassungsrechtliche Vorgaben bis in einfachrechtliche Positivierungen. Letztere gewinnen vor allem im Zusammenhang mit dem (dem Recht eigentümlichen) Grundsatz der Gleichbehandlung von wesensmäßig Gleichem und

---

<sup>103</sup> Was durchaus nicht ganz unbestritten ist, vgl. etwa *König und König/Pulte* (wie Anm. 101), Sp. 1128 ff., 1138 ff., 1146 ff., 1149 f.; *M. Zeh* (wie Anm. 101), S. 274 ff. Durchaus im Sinne eines Belegs für solchen intuitiven Zugriff aber *Larenz* (wie Anm. 5), S. 451 mit *Jherings* Schilderung, wie dieser selbst zur „Schöpfung“ der culpa in contrahendo veranlaßt wurde.

<sup>104</sup> Ebenso *Larenz* (wie Anm. 5), S. 451 ff.: Überprüfung von Theorien und Entwürfen (freilich nicht an irgendwelchen Tatsachen, sondern) an den geltenden Rechtsnormen, anerkannten Rechtsprinzipien und dem – wenigstens zunächst als gegeben hingenommenen – Teilsystem, dem die Theorie „eingepaßt“ werden soll.

<sup>105</sup> Siehe dazu z. B. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 2. Aufl. 2001, S. 138 ff.; *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 81 ff., 85, 158, 159 ff. und im Sinne eines Überblicks *Seelmann* (wie Anm. 16), §§ 2, 9 u. 10; *Zippelius* (wie Anm. 11), §§ 15 (Verallgemeinerungsfähigkeit), 18 I. 4., 21, 32 I. (Akzeptanzfähigkeit).

dem Verbot willkürlicher Differenzierung<sup>106</sup> u. U. erhebliche Bedeutung. Aus dem Zusammenspiel dieses Grundsatzes mit bereits vorhandenen Regelungen zu in allem Wesentlichen Vergleichbarem kann sich als zwingende Konsequenz ergeben, daß bisher nicht behandelte Konstellationen in bestimmter Weise zu behandeln sind. Aber selbst wenn dies nicht so ist, kann es doch sein, daß sich bestimmte Lösungen als durch bisherige Rechtsinhalte, Rechtsgrundsätze und rechtliche Argumentationsmuster naheliegend erweisen lassen.

3. Ein aktuelles Beispiel für diese Art der wissenschaftlichen Fortentwicklung des Rechts im Bereich des Allgemeinen Teiles des Strafgesetzbuches bildet die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet Providern für fremde Informationen.<sup>107</sup> Die Verarbeitung von anerkannten Vorgaben zeigt sich hier besonders deutlich bei der Verhaltensnormkonturierung für sog. Host-Service-Provider<sup>108</sup> – also solche Internetprovider, die im Internet Speicherkapazitäten vorhalten, auf denen Internetnutzer selbständig Informationen, etwa private Homepages, einstellen können. Nach gewissen Unsicherheiten über die für solche Host-Provider geltenden (auf die Löschung rechtswidriger Informationen gerichteten) Garantienpflichten in den Anfangsjahren des Internet<sup>109</sup> hat sich in der Literatur<sup>110</sup> die Erkenntnis durchgesetzt, daß derartige Pflichten vom Kenntnisstand des jeweils betroffenen Providers abhängig sind: Während die bloße Möglichkeit der Existenz strafrechtswidriger Informationen auf den eigenen Recheneinheiten angesichts der großen Datenmengen sowie der prinzipiellen Erwünschtheit des Betriebes technischer Internetdienstleistungen als toleriertes Restrisiko keine Pflichten auszulösen vermag, soll Untätigkeit von Providern trotz konkreter Hinweise oder gar sicheren Wissens von der Existenz rechtswidriger Informationen auf den selbst betriebenen Rechnern pflichtwidrig sein und zur Strafbarkeit führen<sup>111</sup> – eine Differenzierung, die deutliche Parallelen zu den bisher schon für die Fälle sog. „neutraler Beihilfe“<sup>112</sup> entwickelten

<sup>106</sup> Zum Verhältnis von „Recht“, „Gerechtigkeit“ und „Gleichheit“ und zum „Gleichheitsproblem“ vgl. *Arthur Kaufmann* (wie Anm. 94), S. 152 ff. u. *Zippelius* (wie Anm. 11), § 16 (S. 81 ff.).

<sup>107</sup> Dazu z. B. *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, 1999; zuletzt *Paul*, Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit im Internet aus strafrechtlicher Sicht, 2005.

<sup>108</sup> Zum Begriff des Host-Service-Providers *Paul* (wie Anm. 107), S. 51.

<sup>109</sup> In einer Aufsatzpublikation lehnte etwa *Sieber* noch im Jahre 1996 das Bestehen irgendwelcher Pflichten von Internet Providern im Zusammenhang mit der Speicherung fremder Informationen gänzlich ab (JZ 1996, 494, 499 ff., 502).

<sup>110</sup> Seit dem Jahre 1997 existieren freilich auch spezialgesetzliche Regelungen, die die entsprechenden Differenzierungen ebenfalls beinhalten. Zu Entstehung und Entwicklung spezialgesetzlicher Normen im Bereich der Providerhaftung ausführlich *Paul* (wie Anm. 107), S. 73 ff.

<sup>111</sup> Vgl. zum derzeitigen Meinungsstand Schönke/Schröder-Lenckner/Perron/Eisele, 27. Aufl. 2006, § 184 Rdn. 60; ausführlich *Paul* (wie Anm. 107), S. 156 ff. m. w. N.

<sup>112</sup> Aus dem umfangreichen Schrifttum zur „neutralen Beihilfe“ etwa *Frisch*, Lüderssen-Festschrift, 2002, S. 539 ff.; *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996; *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995; *Roxin*, Stree/Wes-

Lösungen und zur heute weitgehend anerkannten Berücksichtigung sog. „Sonderwissens“ bei der Frage des Vorliegens eines Verhaltensnormverstoßes<sup>113</sup> aufweist.<sup>114</sup>

Ähnliche Beispiele wissenschaftlicher Weiterentwicklung des Rechts in Richtung auf neuartige Problemkonstellationen finden sich im Besonderen Teil. Hintergrund der Schaffung des im Jahre 1986 in das Strafgesetzbuch eingefügten § 263a StGB (Computerbetrug) etwa war eine infolge des steigenden Einsatzes von Datenverarbeitungsanlagen entstandene Strafbarkeitslücke: Weil ein Vermögensschaden mangels Täuschung einer Kontrollperson immer häufiger nicht mehr durch eine irrumsbedingte Verfügung einer natürlichen Person, sondern durch die Einwirkung auf das System einer Datenverarbeitungsanlage entstand, vermochten die bisherigen Straftatbestände mißbräuchliche Verhaltensweisen häufig nicht zu erfassen.<sup>115</sup> Da bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen des Betrugstatbestandes die Strafbarkeit des Einsatzes einer fremden EC-Karte aber nicht allein davon abhängen konnte, ob eine natürliche Person, etwa ein Bankangestellter, getäuscht oder ein Automat mißbräuchlich verwendet wurde, verwirklichte die Schaffung des parallel zum Betrugstatbestand ausgestalteten § 263a StGB letztlich nicht mehr als den in der gesamten Rechtsordnung anerkannten Grundsatz der Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem.<sup>116</sup>

4. Auch die Weiterentwicklung des Rechts in Richtung auf die Beantwortung bislang unbeantworteter Rechtsfragen weist nach allem Gemeinsamkeiten mit anderen wissenschaftlichen Disziplinen auf. Sie erfolgt durch die Aufstellung von Hypothesen und deren Überprüfung im Lichte bisher vorhandener Aussagen des Rechts. Das schon vorhandene Recht und die These von der inneren Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung, also der Einheit der Rechtsordnung,<sup>117</sup> bilden in diesem Sinne

---

sels-Festschr. 1993, S. 365, 378 ff.; *ders.*, Miyazawa-Festschr., 1995, S. 501, 512 ff.; *Lesch* JR 2001, 383 ff.; aus der Rechtsprechung *BGH* JZ 2000, 1175; *BGH* NStZ 2000, 34.

<sup>113</sup> Dazu etwa *Frisch* (wie Anm. 74), S. 135 ff., 169; *ders.*, Tatbestandsmäßiges Verhalten (wie Anm. 86), S. 42 mit Fn. 158 sowie S. 169; *Roxin* (wie Anm. 74), § 11 Rdn. 35, 50.

<sup>114</sup> Auf den weitgehenden Gleichlauf der spezialgesetzlichen Regelungen zur Providerhaftung mit den Ergebnissen, die bereits bei Anwendung der allgemeinen Strafrechtsdogmatik erzielt werden, weisen *Hegmanns* JA 2001, 71 ff.; *ders.* ZUM 2000, 463 ff. und *Paul* (wie Anm. 107), z. B. S. 199 ff., 232 ff. hin.

<sup>115</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte des § 263a SK-StGB/*Günther*, 5. Auflage, Stand Dezember 1996, § 263a Rdn. 1; *Schönke/Schröder-Cramer/Perron*, 27. Auflage 2006, § 263a Rdn. 1.

<sup>116</sup> Als weitere Beispiele für die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Fortentwicklung des Rechts seien hier nur zwei genannt: die Einführung der Vorschrift des § 248c StGB (Entziehung elektrischer Energie) im Jahr 1900 im Anschluß an zwei Entscheidungen des Reichsgerichts (*RGSt* 29, 111; 32, 165), nach denen Elektrizität keine „Sache“ im Sinne des § 242 StGB ist; und die Schaffung der Vorschrift des § 268 StGB (zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ausführlich *NK-Puppe*, 2. Auflage, Stand November 2005, § 268 Rdn 1 ff.), die der Schließung gewisser Strafbarkeitslücken im Bereich des § 267 StGB dienen sollte.

<sup>117</sup> Zum Erfordernis der inneren Widerspruchslosigkeit oder der Einheit der Rechtsordnung grundlegend *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; zu Möglichkeiten der Erfüllung dieses Postulats *Schulz*, in diesem Band, S. 149.

das Instrumentarium, dessen sich der Rechtswissenschaftler zur Überprüfung der Adäquität rechtlicher Neuentwicklungen bedient.

Diese Art der Überprüfung und die Besonderheiten des Überprüfungsapparates und der Überprüfungstechnik bilden auch ein Proprium der Rechtswissenschaft. Dies gilt in einem mehrfachen Sinn. Anders als bei der Überprüfung empirischer Hypothesen ist zunächst der zur Überprüfung herangezogene Apparat kein System empirischer Aussagen, sondern ein System normativer Sätze: Es geht um die Vereinbarkeit der neuen Hypothese mit einer Vielzahl von Sollenssätzen und den dazu bestehenden Theorien.<sup>118</sup> Anders als in den empirischen Wissenschaften ist auch die Trennung zwischen der Aufstellung der Hypothese und ihrer Überprüfung meist wenig ausgeprägt: Schon bei der Entwicklung der Hypothese spielt der Blick auf vorhandene andere Sätze, insbesondere solche, an die sich die entwickelte Lösung anlehnt, eine zentrale Rolle. Die Entwicklung der Hypothese und ihre Überprüfung gehen so ineinander über. Unterschiede zu den Falsifikations- und Überprüfungsverfahren anderer Wissenschaftsdisziplinen bestehen endlich aber auch unter dem Aspekt der Klarheit und Leistungsfähigkeit der zur Überprüfung eingesetzten Verfahren. Zwar gibt es Hypothesen, für die eindeutig ist, daß sie mit dem System vorhandener Sollenssätze und Theorien nicht vereinbar sind (sie wird der erfahrene Jurist freilich regelmäßig schon kaum ernsthaft in Erwägung ziehen). Desgleichen erscheint es denkbar, daß als Antwort auf eine neu auftauchende Rechtsfrage nur *eine* normative Hypothese in Betracht kommt (etwa wenn die neu zu behandelnde Konstellation gewissen Sachverhalten, für die es schon eine gesetzliche Lösung gibt, unter allen regelungsrelevanten Aspekten eindeutig entspricht<sup>119</sup>). Aber in vielen Fällen werden die Dinge nicht so eindeutig liegen. So läßt sich nicht selten darüber streiten, ob zwischen den neu zu beurteilenden und gewissen bisher im System schon verarbeiteten Konstellationen noch eine hinreichende Gleichheit unter den regelungsrelevanten Aspekten besteht. Erst recht sind dann, wenn es auf Grundkategorien des Rechts wie die wechselseitige Akzeptanzfähigkeit einer Lösung und damit die normativ richtige praktische Konkordanz ankommt, nicht selten unterschiedliche Lösungen und Standpunkte denkbar.<sup>120</sup>

An dieser Stelle endet die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Bestimmung des Inhalts von Recht. Der Rechtswissenschaftler sollte sich dieser Grenze bewußt sein, sie klar kennzeichnen und sie nicht dadurch überschreiten, daß er seine eigene Wertung als wissenschaftliche Erkenntnis ausgibt. Er muß sich insoweit vielmehr darauf beschränken, die für und gegen bestimmte rechtliche Hypothesen sprechenden Argumente darzulegen und die Offenheit der argumentativen Lage einzuräumen. Sachlich gibt es solche Situationen übrigens nicht nur, wenn es darum geht, Ant-

<sup>118</sup> Übereinstimmend *Larenz* (wie Anm. 5), S. 45 f.; *Dreier* (wie Anm. 65), S. 70, 89 f.; *ders.* (wie Anm. 2), S. 37, 48 f.

<sup>119</sup> S. dazu die oben 3. angeführten Beispiele.

<sup>120</sup> Grundsätzlich zu derartigen Grenzen der Rechts- und Werterkenntnis z. B. *Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 193 ff.

worten des Rechts auf neue Fragen zu finden, sondern auch schon im Rahmen hermeneutischer Verfahren.<sup>121</sup> Sie sind im Falle der Weiterentwicklung des Rechts nur näherliegend und vielleicht auch häufiger.

5. Das Ende wissenschaftlicher Antworten auf die Frage nach dem Inhalt des Rechts bedeutet nicht, daß das Recht die Antwort auf bestimmte Fragen überhaupt schuldig bleiben muß. Der praktische Jurist muß eine Antwort im Namen des Rechts auch dann geben, wenn ihm die Wissenschaft keine eindeutigen Wege mehr weisen kann. Er wird sich in diesem Fall für die Antwort entscheiden, die ihm selbst unter den konkurrierenden Alternativen als die erscheint, die den Kriterien des Rechts und den bereits vorfindbaren Wertungen am besten entspricht.<sup>122</sup> Sind praktisch tätige Juristen in dieser Hinsicht unterschiedlicher Auffassung, so gibt es Verfahren, in denen die offene und streitige Frage geklärt wird: sei es, daß im Instanzenzug letztlich ein höchstes Gericht auf Grund seiner Kompetenz (aber ebenfalls der genannten Maxime verpflichtet) Klärung herbeiführt, sei es, daß der Gesetzgeber entscheidet, weil es um Eingriffe geht, die einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen.

Sachlich ist das der Bereich, in dem es nicht mehr um *Scientia*, sondern um *Prudentia* geht. Ganz unbeteiligt ist die Wissenschaft freilich auch an solchen Lösungen offener, wissenschaftlich nicht mehr entscheidbarer Fragen nicht, und zwar nicht nur deshalb, weil sie zunächst in wissenschaftlicher Weise das Problemfeld oder die wissenschaftlich in Betracht kommenden Lösungshypothesen eingegrenzt hat. Es ist auch eine Erkenntnis wissenschaftlicher Arbeit, die Klärung von Fragen, die sich *inhaltlich* mit wissenschaftlichen Methoden nicht mehr abschließend beantworten lassen, im Wege dafür geeigneter Verfahren zu lösen.<sup>123</sup>

## V. Zusammenfassung – Zur Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft

1. Die Rechtswissenschaft entfaltet ganz ähnliche Tätigkeiten wie eine Reihe anderer Wissenschaften. Sie ordnet und systematisiert ihren Stoff, indem sie Einzelaussagen auf Prinzipien zurückführt. Sie bemüht sich um die Ausarbeitung von Theorien, die den Grund bestimmter Prinzipien und Regeln deutlich machen und Aussagen der unterschiedlichsten Art miteinander verknüpfen. Sie erschließt den Sinn vorhandener Texte und sie entwickelt Aussagen zu neuen Rechtsfragen, indem sie bestimmte normative Hypothesen relativ komplizierten Kontrollverfahren unterwirft.

<sup>121</sup> Also bei der Auslegung z. B. von Normen des Besonderen Teils; vgl. dazu oben I.

<sup>122</sup> Siehe auch dazu näher *Zippelius* (wie Anm. 120), S. 196 f.; *Larenz* (wie Anm. 2), S. 17; für den Bereich der Strafzumessung *Frisch* (wie Anm. 29), S. 125 ff.; *Engisch*, *Peters-Festschr.*, 1974, S. 15, 20 ff.

<sup>123</sup> Zu Ansätzen, die es für möglich halten, aus der Einhaltung bestimmter Verfahren eine Legitimation für die Findung des richtigen Rechts zu gewinnen, vgl. z. B. *Arthur Kaufmann* (wie Anm. 94), S. 267 ff.; *Zippelius* (wie Anm. 11), § 36 (S. 180 ff.).

Bei all dem hat die Rechtswissenschaft ein ganz bestimmtes Erkenntnisinteresse: das richtige Recht zu finden. Schon die Systematisierung des Stoffs ist von diesem Ziel geleitet, wird also nicht nach irgendwelchen Kriterien, sondern so betrieben, daß sie die Beantwortung der Frage nach dem richtigen Recht möglichst gut vorbereitet und ermöglicht. Sie erfolgt deshalb im fortgeschrittenen Stadium einer gut durchgearbeiteten Rechtsmaterie nach Kriterien, die eine ihrerseits auf das richtige Recht ausgerichtete Theorie als bedeutsam benennt. Nicht weniger auf das Ziel der Erschließung richtigen Rechts gerichtet ist die hermeneutische Arbeit und die Entwicklung normativer Hypothesen zu bislang nicht explizit beantworteten Rechtsfragen. Die Überprüfung bestimmter normativer Hypothesen im Lichte normativer Kontrolldaten der verschiedensten Ebenen<sup>124</sup> steht ebenfalls ganz im Dienste dieses Erkenntnisinteresses: Nur rechtliche Hypothesen, die mit allen thematisch einschlägigen Kontrolldaten vereinbar sind, können den Anspruch erheben, relativ auf das Gesamtsystem richtiges Recht zu sein.

2. Was die Rechtswissenschaft nach allem kennzeichnet und von anderen Tätigkeiten (auch Tätigkeiten mit Bezug auf den Gegenstand „Recht“) unterscheidet, ist weniger die Methode als solche (also: Ordnen, Systematisieren, Bildung von Theorien, Überprüfung von Hypothesen). Es ist vielmehr das Erkenntnisinteresse, mit dem diese Methoden eingesetzt werden, und es ist der Anspruch, den die Arbeit des Rechtswissenschaftlers erhebt: das (relativ auf einen bestimmten Kontrollbereich) richtige Recht zu benennen. Das gilt ganz gleich, ob der Rechtswissenschaftler sich auf der Ebene der Prinzipien oder der Regeln und Einzelaussagen bewegt, ob er hermeneutisch arbeitet oder das Recht in Richtung auf noch nicht behandelte Rechtsfragen weiterentwickelt.

Durch dieses Erkenntnisinteresse und den damit verbundenen Anspruch des Ergebnisses unterscheidet sich die Rechtswissenschaft nicht nur von den Wissenschaften, die das Recht noch nicht einmal zum Gegenstand haben (mögen diese Wissenschaften sich auch auf einer abstrakteren Ebene ganz ähnlicher Methoden – eben der Methoden wissenschaftlichen Arbeitens – bedienen). Sie unterscheidet sich durch dieses Erkenntnisinteresse auch von einer Reihe von Wissenschaften, die ebenfalls das Recht zum Gegenstand hat, aber in bezug auf diesen Gegenstand andere Erkenntnisinteressen verfolgt. Das gilt insbesondere für die sogenannten Nebendisziplinen des Rechts, also die das Recht in den Blick nehmenden Geschichtswissenschaften, die Rechtssoziologie, die Psychologie, die das Recht beurteilende Ökonomie und die an der Erscheinungsform des Rechts interessierte Philosophie. All diese Disziplinen interessieren sich nicht für die Frage nach dem (relativ auf ein System von Kontrolldaten, also einen Kontrollbereich) richtigen Recht, sondern für

---

<sup>124</sup> Siehe dazu oben IV. 1. und 2.

das Recht als Faktum, als Faktum, das sich wandelt, bestimmte Außenwirkungen hat, je nach seiner Ausgestaltung mehr oder weniger Kosten verursacht usw.<sup>125</sup>

3. Aus all dem folgt zugleich eines: Der Rechtswissenschaftler sollte seinen Methoden, genauer: deren Ausrichtung am Erkenntnisziel richtigen Rechts treu bleiben. Nur so hat er die Chance, richtiges Recht zu formulieren.<sup>126</sup> Die Methoden anderer Wissenschaften sind an anderen Zielen ausgerichtet; ihr Einsatz kann dementsprechend zur Frage des richtigen Rechts direkt nichts beitragen. Das gilt selbst in bezug auf Phänomene, die auf den ersten Blick rechtlich durchaus relevant erscheinen, wie die soziale Akzeptanz bestimmter rechtlicher Lösungen. Zwar können die Sozialwissenschaften zum Faktum sozialer Akzeptanz einer Regel sicherlich etwas beitragen. Durchaus anders liegt es jedoch bei der Frage, ob bestimmte normative Lösungen unter Vernünftigen auf Akzeptanz hoffen dürfen usw. Das aber ist die für die Gewinnung richtigen Rechts zutreffende Frage.

Die Verschiedenheit des Erkenntnisinteresses der Rechtswissenschaft einerseits und der empirischen Wissenschaften, der Sozial- und Naturwissenschaften andererseits liefert auch die Erklärung für das merkwürdige Phänomen, daß die Rechtswissenschaft sich bei der Ausformung des Rechts oft nur zum Teil an die Aussagen dieser Wissenschaften hält, sich zum Teil von ihnen löst.<sup>127</sup> Sozialwissenschaftliche, empirische oder naturwissenschaftliche Erkenntnisse, insbesondere Aussagen zu Gesetzmäßigkeiten, sind im Kontext der Ausformung von Recht nicht schon deshalb relevant, weil sie in ihren Disziplinen anerkannt sind. Sie sind es nur, weil und soweit es für die Umschreibung richtigen Rechts sachgerecht erscheint, an das in ihnen Gesagte anzuknüpfen.<sup>128</sup> Sie bezeichnen dann insoweit als eine Art Kürzel die von der Norm gemeinten Sachverhalte. Weil sie allein rechtlicher Sinnhaftigkeit ihre Heranziehung zur Erfassung rechtlich gemeinter Sachverhalte verdanken, endet diese ihre rechtliche Relevanz auch, soweit es unter dem Aspekt richtiger Rechtsinhalte nicht mehr sinnvoll erscheint, auf sie abzuheben.<sup>129</sup> Normentheoretisch bedeutet das zugleich, daß es eigentlich gar nicht genau die empirische Aussage, insbesondere die empirische Gesetzmäßigkeit selbst ist, die zur Umschreibung der Rechtsinhalte bemüht wird. Es ist vielmehr etwas, was mit dieser nur teilweise iden-

<sup>125</sup> Eine andere Frage ist, ob sich nicht auch aus solchen Erkenntnissen Rückwirkungen für die Frage des richtigen Rechts ergeben; auch werden manche dieser Untersuchungen durchaus von diesen Erkenntnisinteressen (mit-)geleitet.

<sup>126</sup> In der Sache übereinstimmend *Ernst*, in diesem Band, S. 15.

<sup>127</sup> Vgl. dazu auch das Referat von *Engel*, in diesem Band, S. 228.

<sup>128</sup> Und so z. B. „gesellschaftsadäquate Rechtsbegriffe“ zu bilden; vgl. dazu *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 49 ff. Zu „integrierenden“ Theoriebildungen vgl. auch die Andeutungen bei *Dreier* (wie Anm. 65), S. 70, 89 f.

<sup>129</sup> Vgl. schon *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 172 ff.; *ders.*, Armin Kaufmann-Festschr., 1989, S. 311, 324 f. (für die psychologischen Lehren zum Mitbewußtsein); *ders.*, Gössel-Festschr., S. 51, 57 ff. (für die Lösung von naturwissenschaftlichen Kausalitätsverständnissen); siehe auch *Schulz*, in diesem Band, S. 152: die Dogmatik legt fest, bis zu welcher Grenze sie einem selbst gesetzten Verweis auf Empirie zu folgen bereit ist.

tisch ist. Daß man dennoch an der empirischen Gesetzmäßigkeit als Teilstück der rechtlichen Umschreibung festhält, hat dabei nicht selten mit Schwierigkeiten zu tun, das normativ Richtige auf einer gewissen Abstraktionshöhe präzise zu formulieren.

Am Beispiel der Kausalität als lange Zeit für richtig angesehener Umschreibung des Zusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg bei den Erfolgsdelikten: In den meisten Fällen, insbesondere den einfachen Sachverhalten des direkt und unmittelbar den Erfolg herbeiführenden Täters, scheint dieses Erfordernis auch das Recht richtig zu umschreiben. Aber es gibt Fälle, in denen es trotz vorhandener Kausalität nicht überzeugend erscheint, den Täter für den Erfolgseintritt verantwortlich zu machen (worum es aus rechtlicher Perspektive aber geht). Man kann dieser Einsicht auf zweierlei Weise Rechnung tragen: Man kann am Erfordernis der Kausalität als rechtlichem Erfordernis festhalten, aber in solchen Fällen die Kausalität unter Betonung der Notwendigkeit eines rechtlichen Verständnisses der Kausalität verneinen.<sup>130</sup> Ein solches Verfahren kann irritieren, weil es den Anschein erweckt, der Jurist würde sich über die Erkenntnisse anderer Wissenschaften hinwegsetzen. Dieser Eindruck entfällt, wenn man bei der Umschreibung des Rechtsinhalts von vornherein klar macht, daß es um einen nach Rechtskriterien bestimmten Zusammenhang geht, für den die Kausalität nur eine notwendige (und im konkreten Fall auch zu bejahende), aber keine hinreichende Bedingung ist.<sup>131</sup>

Freilich steht dieses Verfahren nur zur Verfügung, wenn es um zusätzliche, zur Kausalität hinzutretende und im konkreten Fall nicht erfüllte Bedingungen geht. Der Weg versagt, wenn der Zusammenhang bejaht werden soll, weil er erdrückend naheliegt und seine Verneinung auf Unverständnis stieße, die einschlägige empirische Wissenschaft sich aber außer Stande sieht, für die entsprechenden Sachverhalte (schon) nach ihren Regeln eine Gesetzmäßigkeit zu formulieren.<sup>132</sup> Wird auch in solchen Fällen der erforderliche Zusammenhang mit dem der empirischen Wissenschaft entlehnten Begriff (also der Kausalität) bejaht,<sup>133</sup> so zeigt das, daß man für die Umschreibung des richtigen Rechts dem Gesichtspunkt der Adäquität und Akzeptanzfähigkeit des Rechts den Vorzug gibt. Daß man auch bei dieser Sachlage am Erfordernis der Kausalität festhält (und das Problem z. B. auf die „weichere“ Ebene der Beweiswürdigung verschiebt<sup>134</sup>), hat wohl nur damit zu tun, daß es noch schwerfällt, das rechtlich entscheidende Erfordernis in abstrakter Form ohne die Benutzung des Begriffs der Kausalität zu formulieren.

<sup>130</sup> Beispielhaft dafür *BGHSt* 11, 1, 7 und die sogenannten individualisierenden Kausalitätstheorien; Überblick dazu bei *Murmann* (wie Anm. 84), S. 46 ff. und *Frisch* (wie Anm. 84), S. 51, 59.

<sup>131</sup> So die heute herrschende Sicht.

<sup>132</sup> Beispielhaft dafür die sogenannten Contergan-Fälle (dazu *LG Aachen JZ* 1971, 507 ff. und *Armin Kaufmann JZ* 1971, 569 ff.) und der sogenannte Lederspray-Fall (*BGHSt* 37, 106 ff.).

<sup>133</sup> So insbesondere *BGHSt* 37, 106, 111 ff. und *BGHSt* 41, 206, 214 ff.; vgl. zu den zahlreichen Reaktionen der Literatur auf diese Entscheidungen etwa Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 75.

<sup>134</sup> So *BGHSt* 41, 206, 214 ff.

# Das Proprium der Strafrechtswissenschaft

Kommentar zu den Referaten  
von Günter Jakobs und Joachim Schulz

*Winfried Hassemer*

## I. „Proprium“

### 1. *Relationen*

Wer über ein „Proprium“ nachdenkt, hat schon mit diesem Nachdenken, vor allem anderen, eine Wahl getroffen: Er ist mit diesem begrifflichen Zugang auf Relationen verwiesen. Ein Proprium bestimmt sich ausschließlich in Differenz zu anderen Systemen, Selbstverständnissen, Traditionen, Gestalten: anderen Propria. Was etwa einer Praxis oder auch einer Wissenschaft eigen ist, bestimmt sich immer nur im Blick darauf, was anderen Praxen und Wissenschaften jeweils und unterschiedlich eigen ist.

Diese triviale Einsicht hat Folgen, die bedacht sein wollen. Je nachdem nämlich, zu welchen anderen Propria das Proprium jeweils in Bezug gesetzt wird, sieht es anders aus. Nicht dass ihm andere Eigenschaften zugeschrieben würden, aber doch dass eine jeweils andere Seite des betrachteten Gegenstands ins Blickfeld gerät und betont wird.

So läßt der Gegensatz von Wissenschaft und Praxis andere Eigenschaften von Wissenschaft sichtbar werden als beispielsweise der Gegensatz von Strafrechtswissenschaft und Zivilrechtswissenschaft; die erste Relation könnte beispielsweise an der Wissenschaft papierene oder gar überflüssige Fragestellungen sichtbar machen, die zweite Relation der Strafrechtswissenschaft ein engeres Verhältnis zu ihrer Praxis attestieren als der Zivilrechtswissenschaft (dazu sogleich unter III.). Dasselbe gilt vom Verhältnis von Rechtswissenschaft und Ökonomie (das für die Rechtswissenschaft üblicherweise den Vorwurf von Weltferne heraufruft und sie als Glasperlenspiel denunzieren hilft), von Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, von Rechtsdogmatik und rechtswissenschaftlichen Grundlagen, wo es wechselweise um Fruchtbarkeit und Tiefe von Fragestellungen oder um Präzision der Begriffe und um Sachnähe und Professionalität der Systeme gehen mag. Jedes Mal wird ein anderer Blickwinkel eröffnet, jedes Mal wird etwas anderes am Gegenstand sichtbar.

Meine These ist nun, dass man das „Proprium der Strafrechtswissenschaft“ erst dann vollständig im Blick hat, wenn es gelungen ist, diesen Gegenstand möglichst vollständig in seiner Umgebung, in der Fülle seiner Relationen zu spiegeln, zu analysieren und zu verstehen. Davon sind wir noch weit entfernt, aber wir können einen Anfang setzen.

## 2. Referate

Diesen Anfang setzen auch die Referate von Günter Jakobs und Joachim Schulz.

Beide konzentrieren sich auf den Gegenstand von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik, und sie leuchten diese Felder unterschiedlich aus. Günter Jakobs fokussiert die Abgrenzungsprobleme auf die Strafrechtswissenschaft einerseits, auf Grundlagen wie Rechtsphilosophie und Sozialwissenschaften andererseits; dabei operiert er auch mit Standards, an deren Geltung und Beachtung sich die Strafrechtswissenschaft als Wissenschaft erweist – im Gegensatz zu (bloßer) Strafrechtsdogmatik, Strafrechtsvermittlung oder Strafrechtsrepetition. Joachim Schulz fokussiert die Abgrenzung auf Strafrechtswissenschaft einerseits und Strafrechtsdogmatik andererseits. Beidesmal werden andere Blickwinkel, aus denen sich das Proprium der Strafrechtswissenschaft ebenfalls erschließen könnte, nicht eröffnet oder bleiben unterbelichtet. So ist etwa das Verhältnis der Strafrechtswissenschaft zu anderen Teilen der Rechtswissenschaft eher verborgen. Auch die wichtige Frage des Verhältnisses von Strafrechtswissenschaft, Strafrechtspraxis und Strafrechtspolitik ist nur am Rande ein Gegenstand. Das ist keine Kritik an den Zugängen der Referate, sondern neugierige Erwartung späterer Überlegungen.

## II. Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik

Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik dient, wie gesagt, beiden Referaten als Folie des Versuchs, das Proprium der Strafrechtswissenschaft zu bestimmen; deshalb hat sich auch mein Kommentar zuerst einmal auf diesen Blickwinkel zu konzentrieren.

In meinen Augen verhalten sich die beiden Referate unter dem Gesichtspunkt eines Verhältnisses von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik ganz unterschiedlich zueinander. Das eröffnet die Chance, das Proprium der Strafrechtswissenschaft, unter diesem speziellen Blickwinkel gesehen, eher breit und mit einer gewissen Hoffnung auf bessere Vollständigkeit zu bestimmen.

Die Überlegungen von Joachim Schulz stützen sich auf eine scharfe Abgrenzung des von ihm traktierten Gegenstands und konzentrieren sich auf das, was er Strafrechtsdogmatik nennt. Er bestimmt diesen Gegenstand sehr konturenreich und macht ihn stark. Er definiert die Strafrechtsdogmatik als die Frage nach dem Ob und dem Wie der Strafbarkeit und grenzt sie von der Frage nach deren Gründen ab;

so wird das für die Strafrechtswissenschaft, für deren Grundlagenwissenschaften und für die Kriminalpolitik fundamentale Problem der Strafwürdigkeit eines menschlichen Verhaltens konsequent als außerhalb der Strafrechtsdogmatik liegend angesehen. Ob die Strafrechtsdogmatik „das“ Proprium der Strafrechtswissenschaft ist, wird nicht in Einzelheiten ausgeführt, aber wohl doch nahe gelegt.

Günter Jakobs wird sich mit Joachim Schulz vermutlich nicht darüber streiten, was als „Strafrechtsdogmatik“ angesehen werden darf. Auch sonst dürfte in der Strafrechtswissenschaft derzeit die Frage, was Aufgaben und Gebiete der Strafrechtsdogmatik sind, einhellig etwa so gesehen werden wie die beiden Referenten diesen Gegenstand bestimmen. Passim aber durchzieht die Überlegungen von Günter Jakobs die Überzeugung, dass das Proprium der Strafrechtswissenschaft nicht in der Strafrechtsdogmatik liegt. Die Diskussion am Beispiel des Kommentars von Frank zeigt (mir), dass er „Metadogmatik“ jedenfalls auch (wenn nicht gar ausschließlich) für die zentrale Aufgabe der Strafrechtswissenschaft hält – also eine wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Strafrecht, die weiter ausgreift und tiefer fragt als die Strafrechtsdogmatik.

Meine Meinung dazu ist, dass die Strafrechtsdogmatik, sollte sie als mögliches Proprium der Strafrechtswissenschaft in Frage kommen, nicht hermetisch bestimmt werden kann und dass sie auch nicht hermetisch bestimmt werden soll:

Jedenfalls wenn es – in Theorie oder auch in Praxis – um strafrechtliche Zusammenhänge geht (dazu unten III.), muss ein Jurist auf die Gründe zurückgreifen (und muß sie professionell bearbeiten) können, die auch das Ob der Strafbarkeit bestimmen. Wenn er das tut, hat er sich den metadogmatischen Bereich der Strafwürdigkeit eröffnet und hat er den Bereich der puren Strafrechtsdogmatik verlassen. Dieser Schritt ist in meinen Augen unausweichlich, selbst für denjenigen Strafrichter, der nach seinem methodologisch reduzierten Selbstverständnis nichts weiter tut als die Strafgesetze auszulegen und anzuwenden. Er würde ohne diesen Schritt beispielsweise nicht zureichend beantworten können, wann ein Rücktritt vom Versuch „freiwillig“ ist und wann nicht; um dies zu beurteilen, muss er auf den Sinn dieses Merkmals in der Rücktrittsdogmatik abstellen, nach den Zielen des Gesetzgebers und nach dem Zweck der Vorschrift fragen. Auch die Rechtsfrage, ob schon eine Vermögensgefährdung als „Vermögensschaden“ im Sinn des Betrugstatbestands gelten darf, lässt sich nicht beantworten ohne Blick darauf, was der subjektive und objektive Sinn der Strafbarkeit betrügerischen Handelns sei.

Kurz: Ob jeweilige Ergebnisse einer Arbeit am Gesetz „zutreffend“ sind, lässt sich allein mit strafrechtsdogmatischen Bordmitteln nicht beantworten.

Der Strafrichter kann also nicht, er sollte aber auch nicht auf das Gebiet der Strafrechtsdogmatik beschränkt sein. Gerade im Bereich des Strafrechts muss der Jurist sprachfähig sein, was nicht nur das Verhältnis zu anderen Juristen, sondern durchaus auch das Verhältnis zur Öffentlichkeit angeht. Und er muss im Stande sein, öffentliche Diskurse zur Kenntnis zu nehmen und sie auf seine Aufgaben als Strafrichter zu übertragen. Man denke nur an das aktuelle Beispiel „Ackermann-Prozess“,

wo die Vorsitzende der Strafkammer – und dann auch später der Vorsitzende des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht – mit Recht nicht nur die dogmatische Begrifflichkeit der Straftatbestände, sondern auch den Sinn eines Einsatzes von Strafrecht in solchen Konstellationen in ihren Entscheidungen und in sonstigen Verlautbarungen mitbesprochen haben.

### III. Strafrecht und Strafrechtswissenschaft

In meiner Sicht sind im Strafrecht Wissenschaft und Praxis auf eine besondere Weise miteinander verbunden. Dies gilt für andere Rechtsgebiete nicht in derselben Art und nicht in demselben Maß. Dabei verstehe ich unter „Praxis“ nicht nur die Strafjustiz, sondern auch die Kriminalpolitik.

Diese Nähe liegt nach meiner Meinung in zwei Umständen begründet: Auf der einen Seite ist das Strafrecht, wie sonst wenige Rechtsgebiete – etwa das Familienrecht –, mit der Alltagsmoral eng verbunden; Normen der Alltagsmoral beeinflussen langfristig kriminalpolitische Entscheidungen, und sie sind auch für Tendenzen der Strafrechtsprechung folgenreich. Das gilt nicht nur für Abtreibung und Gotteslästerung, sondern auch für Steuerhinterziehung und Drogenhandel. Zum anderen ist die Kriminalpolitik – vor allem in den letzten Jahrzehnten – in politisch sensiblen Bereichen, wie etwa bei Betäubungsmitteln, Umwelt, Wirtschaft oder sexuellem Mißbrauch, äußerst aktiv. Hinzu kommen tiefgreifende Reformen im Strafverfahren wie etwa der Einsatz verdeckter Ermittlungsmethoden oder die Verbreitung von verfahrensbeendenden Absprachen.

Diese Entwicklungen werden von einer sensiblen Strafrechtswissenschaft selbstverständlich aufgenommen, analysiert und diskutiert. Dies zeigt sich nicht zuletzt an strafrechtswissenschaftlichen Monographien, die in den vergangenen Jahrzehnten strafrechtspraktische und kriminalpolitische Fragen intensiv mit zum Gegenstand ihrer Überlegungen gemacht haben. Die Strafrechtswissenschaft hat, jedenfalls heute, einen besonderen Blick für die Praxis und für die Politik des Strafrechts.

Diese Entwicklung hat zugleich, wenn ich mich nicht sehr täusche, auch dazu geführt, dass die Strafrechtswissenschaft sich mit anderen Wissenschaften enger in Verbund gesetzt hat. Insbesondere philosophische und sozialwissenschaftliche Fragestellungen haben der Strafrechtsrechtswissenschaft in den vergangenen Jahrzehnten Antworten auf offene Fragen und Anregungen zu weiteren Fragen geliefert.

Die herkömmliche Konzentration der Strafrechtswissenschaft auf den Allgemeinen Teil des Strafrechts hat zu ihren Zeiten allenfalls zu selektiven philosophischen Kontakten Anlass gegeben. Das wachsende wissenschaftliche Interesse am Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs und auch am Strafprozess, am Strafvollzug und an der Kriminologie hat Bedarf geweckt an Ausgriffen auf Religionssoziologie, Verfah-

renswissenschaften, Anthropologie und vor allem Ökonomie. Auch das Interesse der jüngeren Strafrechtswissenschaft an Entwicklungen der Kriminalpolitik ist unverkennbar. Diese Entwicklungen der Strafrechtswissenschaft in jüngster Zeit haben, in meinen Augen, die zuvor blühende Produktion „folgenloser“, also für die Kriminalpolitik und die Strafjustiz – bis hin zur Revisionsjustiz – überkomplexer, Dogmatik reduziert. An ihrer Stelle haben sich strafrechtswissenschaftliche Interessen stärker zu Wort gemeldet, die seit über einem Jahrhundert die Idee einer „Gesamten Strafrechtswissenschaft“ immer wieder einmal ins Bewußtsein der Strafrechtswissenschaftler gehoben haben: Rezeption der Strafrechtspraxis, Reflexion der Folgen strafrechtlicher Entscheidungen, kritische Analyse der Kriminalpolitik.

#### IV. Strafrechtswissenschaft und andere Rechtswissenschaften

Wenn die Überlegungen zum Konzept des „Proprium“ (oben unter I.) richtig sind, so kann man die Eigenheiten der Strafrechtswissenschaft durch einen Blick auf andere Rechtswissenschaften mit Aussicht auf Erfolg herausarbeiten. Ich möchte dies an drei Behauptungen beispielhaft belegen. Diese Behauptungen sind relativ kleinräumig und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit; sie zeigen aber vielleicht, dass die Strafrechtswissenschaft, wenn man sie aus dem Blickwinkel anderer Rechtswissenschaften betrachtet, ein klares Proprium hat.

##### *1. Personalität*

Das Strafrecht hat einen konstitutiven Bezug auf die Person, und dies ist auch in der Strafrechtswissenschaft aufgenommen und verarbeitet.

Wie man weiß, sind die Garantien des Strafrechts in einer besonderen Weise definiert und gesichert. Anders als andere rechtliche Eingriffe haben die Eingriffe durch strafrechtliche Instanzen schon in der Verfassung besondere Schranken erfahren (Art. 103 Abs. 2 und 3, Art. 104 GG). Dies liegt nicht nur darin begründet, dass die Instrumente des Strafrechts gemeinhin in einer besonders intensiven Weise in Grundrechtsbereiche der Bürger eingreifen; auch das Steuerrecht oder das Polizeirecht (im weitesten Sinne) verfügen über die Möglichkeiten, grundrechtlich geschützte Bereiche stark in Mitleidenschaft zu ziehen.

Der rechtfertigende Grund der besonderen strafrechtlichen Garantien liegt vielmehr darin, dass in diesem Rechtsgebiet das „soziale Unwerturteil“, das in der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts und der Strafgerichtsbarkeit mit einer strafrechtlichen Verurteilung verbunden ist, den Grundrechtseingriff in spezifischer Weise vertieft. Nach diesem Verständnis greift jede strafrechtliche Verurteilung existenziell auf die verurteilte Person zu. Die Strafrechtspolitik und vor allem die Strafrechtswissenschaft befassen sich seit Anfang des 19. Jahrhunderts speziell, sys-

tematisch und spezifisch, unterbrochen durch historische Abstürze, mit der Definition und Rechtfertigung der besonderen Garantien, welche das Strafrecht kennzeichnen. Man kann sogar sagen, daß in bestimmten Epochen der Wissenschaftsgeschichte (nicht heute!) die Erarbeitung dieser Garantien das Proprium der Strafrechtswissenschaft gewesen ist.

## 2. Hermeneutik

In Strafrecht und Strafrechtswissenschaft ist das Auslegen und Verstehen auf eine besondere Weise bestimmt.

Nach dem Verständnis der allgemeinen juristischen Hermeneutik geht es bei jeglicher Gesetzesauslegung um das Verstehen der Gesetzestexte an Hand praktischer Konstellationen, auf welche diese Texte Anwendung finden sollen. Das ist im Strafrecht nicht anders, auch hier geht es zentral um Textverstehen.

Im Strafrecht aber kommt qualifizierend das „szenische Verstehen“ hinzu, welches besondere Anforderungen stellt, weil es von schnell beweglichen Objekten und von der Flüchtigkeit der Zeit geprägt ist. Das Geschehen im mündlichen und öffentlichen Strafprozess stellt an die Akteure besondere Anforderungen, die sich in der Strafprozessordnung und der Rechtsprechung zu ihr nur unvollständig wiederfinden. Die Strafverfahrenswissenschaft hat deshalb von „informellen Programmen“ gesprochen und ist dabei, diese Programme nach und nach aufzudecken. Dort geht es um ungeschriebene und nicht-systematisch tradierte Regeln, die trotz ihrer Informalität wirksam und sanktionsbewert sind: der richtige Antrag zur richtigen Zeit, die situativ abgestimmte Intervention oder die Art und Weise professionellen Umgangs der Verfahrensbeteiligten in bestimmten Konstellationen sind – im Strafverfahren komplexer als anderswo – Mittel erfolgreichen Handelns. Der „gute“ Strafverteidiger oder der „gute“ Vorsitzende einer Strafkammer beherrschen diese informellen Programme, und die Strafrechtswissenschaft kümmert sich um ihre Aufklärung.

Die Komplexität adäquaten Verstehens im Strafprozess führt übrigens auch dazu, dass die Strafrechtsausbildung an den Universitäten in einer besonderen Weise schwierig und im Ergebnis häufig praxisfern ist und war. Die derzeitigen Bedingungen dieser Lehre reichen im Bereich des Strafverfahrens eigentlich nur dazu hin, das Handeln der Strafjustiz in der Revisionsinstanz abzubilden. Die Universitäten sind im Frontalunterricht außer Stande, eine Ausbildung im „szenischen Verstehen“ zu gewährleisten. Was Tatrichter, Strafverteidiger und Staatsanwälte in der Hauptverhandlung zu leisten haben, lässt sich so nicht vermitteln. Der „Praxischock“ ist für junge Juristen im Strafrecht deshalb besonders nachhaltig.

## 3. Empirie

Die Empirie tritt im Strafrecht und in der Strafrechtswissenschaft in einer besonderen Einkleidung auf.

Das Gesetz verpflichtet den Richter dazu, bei seiner Strafzumessung die Folgen für den Täter und dessen Umgebung mitzueinstellen (§ 46 I 2 StGB). Die gesetzliche Aufgabe, die „Verteidigung der Rechtsordnung“ sicherzustellen (§§ 47, 56 III, 59 StGB), verpflichtet den Strafrichter – nach dem richtigen Verständnis der Strafrechtsprechung – dazu, die Wirkungen seiner Strafentscheidung auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege abzuschätzen. Die Strafrechtswissenschaft hat sich mit solcher Folgenverantwortung ausführlich beschäftigt.

Das Ergebnis ist eine Empiriekonzeption eigener Art: Neben die klassische, präzise Rezeption empirischer Gegebenheiten bei der Feststellung von Unrecht und Schuld im Strafprozess (wo es, mit Unterstützung von Experten etwa aus der Ballistik, der Unfallforschung oder der Psychiatrie um die Sachverhaltsmerkmale der objektiven und der subjektiven Zurechnung geht) tritt eine eher alltagstheoretische Vermutung von Strafrichtern mit weitem Beurteilungsermessen für empirische Gegebenheiten. Es wird nicht zuletzt Aufgabe der Strafrechtswissenschaft sein, sich dieses Problems unterschiedlicher Empiriekonzeptionen auch methodologisch anzunehmen und Vorschläge für eine Praxis zu entwickeln, die näher an den Gesetzen der beobachtenden Wissenschaften angesiedelt ist.

# Zum unterschiedlichen Verhältnis der juristischen Teilfächer zu den Sozialwissenschaften

Kommentar zu Günther Jakobs und Joachim Schulz

*Stephan Tontrup*

Die Veranstalter haben dem Symposium aufgegeben, das Proprium der Rechtswissenschaft zu identifizieren. Welche Eigenschaften der Disziplin sind es also, die ihr unterstelltes Anderssein ausmachen? Dass die damit herausgeforderte Selbstbestimmung des Faches gerade im Gegenüber zu den Sozialwissenschaften präzisiert werden soll, mag dabei verwundern, denn das Fach klagt in seinem Alltag kaum über beachtete Schwierigkeiten, sich von diesen inhaltlich wie methodisch und vor allem institutionell abzugrenzen. Um den eigenen Unterschied festzuhalten, besinnt es sich auf seine dogmatische Besonderheit, relativ zu einem gegebenen Rechtstext zu denken, die Autorität eines weitgehend fiktiven Gesetzgebers respektierend. Daraufhin begreift die Disziplin sich erst einmal als Verstehenswissenschaft, nämlich von Rechtstexten und Materialien, zu deren Aufbereitung allen voran sie berufen ist. Ihre Besonderheit aber sieht sie darin, die Theorie einer Praxis zu sein. Sie simuliert deren Entscheidungen und müht sich, im Rücken dieser Praxis ein belastbares Gerüst von begrifflichen Unterscheidungen aufzubauen, das Übersicht wahrt und Struktur gibt. Deshalb ist sie kein Beobachter, sondern ein – wenn auch hypothetischer – Teilnehmer. In dieser Rolle behauptet sie eine Alleinzuständigkeit. Dieses Selbstverständnis ist auf eine institutionell vollständig durchgesetzte, disziplinäre Autonomie gebaut, die von der Besetzung rechtlicher Fakultäten allein mit eigenen Absolventen bis zur strikten Bindung forensischer Tätigkeiten an die rechtlichen Staatsexamina reicht<sup>1</sup>. Beide Elemente sind bemerkenswert, wie ein Vergleich etwa mit dem amerikanischen System zeigt, dessen Professoren sich gerade durch unterschiedliche Ausbildungswege auszeichnen sollen; auch ist es Praxis nicht weniger Staaten, Richter aufgrund ihrer Person ins Amt zu wählen und dabei eine juristische Biographie nicht vorauszusetzen. Umgekehrt entscheiden hierzulande Juristen weitgehend allein über die Besetzung traditionell-rechtlicher Ämter. Ihre so vervollständigte disziplinäre Abkopplung erlaubt es der Profession, andere

---

<sup>1</sup> Erinnert sei an die Diskussionen um einen juristischen Studiengang an der Fachhochschule oder den Masterabschluss als Ersatz für das Staatsexamen.

Wissenschaften nach Belieben zur Kenntnis zu nehmen<sup>2</sup>, zumindest aber, ihnen freihändig eine Zuarbeiterrolle in der Bearbeitung des Rechtsstoffes anzuweisen. So erinnert man sich, dass einmal die Rede von einem beinahe als bedrohlich inszenierten Aufmarsch der Sozialwissenschaften vor den Toren der Jurisprudenz gewesen ist<sup>3</sup>. Sie wurden auch durch (sorgfältig gewählte) Pforten hineingelassen. Doch einmal in der Feste angekommen, waren sie nicht mehr dieselben. Die Protagonisten einer rationalen Jurisprudenz, ausgezogen, um die alte Disziplin in die überprüfbare Teilfertigkeit eines Sozialingenieurs umzuarbeiten<sup>4</sup>, der sich auf das Recht als einem, vielleicht noch als seinem vornehmsten, Mittel zu verstehen hat, haben sich in Zuarbeiter zu einer genuin juristischen Dogmatik verwandelt, die die Hoheit über die das Geschäft treibenden letzten Zwecke für sich selbst reserviert<sup>5</sup>. Man gelangt eben nicht in die Höhle des Löwen, es sei denn als Schaf oder Grundlagenfach.

Doch mit der gegenwärtigen historisch gewachsenen Alleinzuständigkeit in der die Bindung ans Gesetz achtenden Teilnehmerrolle ist dem Fach noch keine Besonderheit gesichert. Zunächst kann sich eine Begrenzung auf das vorgegebene Gesetz auch eine Sozialwissenschaft zumuten. So untersucht mit positivrechtlich beschränktem Auftrag ein Law and Economics Zweig Rechtsnormen auf die hypothetischen Konsequenzen ihrer Anwendung hin; ein normativer Ast der Theorie formuliert konsequentialistische Bewertungskriterien und versteht sich daraufhin als dogmatisch selbständige Entscheidungstheorie, sieht sich also ebenfalls in der Teilnehmerrolle<sup>6</sup>. Auch diese ist deshalb nicht an die Operationsweise klassischer Dogmatik gebunden; positive Rechtswissenschaft lässt sich offenbar in ganz unterschiedliche Formen bringen. Metamorphosen, in denen sich die Aufgabe dramatisch wandelt, die die Disziplin sich zur Bewältigung aufgibt, macht das Fach denn auch regelmäßig durch<sup>7</sup>. Nicht zuletzt divergiert das Selbstverständnis auch zwischen den Teilfächern, so dass die Frage nach dem Proprium sich kaum einheitlich beantworten lässt. Wenn Staatslehrer den Ausbau einer steuerungsorientierten Ver-

---

<sup>2</sup> Grenzen beschreibt *Christoph Engel*, *The difficult Reception of formal Social Science*, Nr. 127 der Preprintreihe des MPI for Research on Collective Goods 2006/1, S. 5 f.

<sup>3</sup> Die bekannte Metapher stammt von *Rüdiger Lautmann*, *Die Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz: zur Kooperation der beiden Disziplinen*, Stuttgart u. a., 1971.

<sup>4</sup> Statt vieler *Hans Albert*, *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen 1978, S. 60 f.; *Lautmann*, Fn. 3.

<sup>5</sup> *Luhmann* hingegen fürchtet, die Juristerei habe sich durch den von ihr gesuchten Kontakt zu den Sozialwissenschaften zulasten ihrer Funktion verändert, *Niklas Luhmann*, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?*, S. 73–112, 77, in: *Niklas Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1999; vgl. auch *Christian Kirchner*, *Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie*, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, Tübingen 1988, S. 192–208.

<sup>6</sup> Eine Systematisierung der unterschiedlichen Richtungen findet sich bei *Lewis A. Kornhauser*, *Three Roles for a Theory of Behavior in a Theory of Law*, 31 *Rechtstheorie* 2000, S. 197–232.

<sup>7</sup> Vgl. nur die Beiträge von *Jakobs* und *Engel* in diesem Band.

waltungswissenschaft als ihre gegenwärtige fachliche Utopie begreifen<sup>8</sup>, ist für das Strafrecht damit wenig gesagt. Zwar ist der Entwurf eines rein präventiven Strafrechts möglich, beispielhaft dafür sind die Arbeiten des Ökonomen *Gary S. Becker*<sup>9</sup>. Doch ist jedenfalls die deutsche strafrechtliche Theorie eine andere<sup>10</sup>. Letztlich bestimmt das unterschiedliche Selbstverständnis der Teilfächer ihr Verhältnis zu den Sozialwissenschaften.

Der Kommentar gliedert sich in drei Abschnitte. Im ersten soll sich zeigen, inwieweit sich das Strafrecht in seinen Kerngebieten als Steuerungswissenschaft versteht. Wie eine Ideengeschichte zu dieser Frage kann man die Arbeit von *Jakobs* lesen, der die wechselnden Aufgaben, die die Strafrechtswissenschaft sich zugeschrieben hat, mit dem Blick auf den Sinn von staatlicher Strafe charakterisiert (*I.*). Der zweite Teil schaut mit *Schulz* auf die Operationsweise einer auf ihre Begriffsarbeit konzentrierten Dogmatik. Im Sinne *Alberts* soll gefragt werden, ob die Sozialwissenschaften ihr zu mehr Rationalität verhelfen können (*II.*). Abschließend werden mögliche Aufgaben anderer Wissenschaften im dogmatischen Umfeld umrissen (*III.*).

## I.

Zweifel daran, dass das Strafrecht Steuerungsziele verfolgt, mögen überraschen. Denn der Begriff impliziert zunächst wenig mehr, als das eine Disziplin über Mittel verfügt, soziales Geschehen absichtsvoll beeinflussen zu können. Zwar wird sich kein Laie in den Verästelungen des Notwehrrechts auskennen, also kaum wissen, wie weit sein Recht reicht. Doch häufig richten die Bürger ihre Handlungsweise zumindest darauf ein, was sie für die geltenden Gebote halten, wie falsch sie damit auch liegen mögen. Eine wenigstens diffuse Einwirkung auf die soziale Praxis gibt es also<sup>11</sup>. Ob sich das Strafrecht aber die Aufgabe zuweist, sie präzise zu steuern, darauf gibt die Strafzwecklehre keine historisch eindeutige Antwort. So führt *Jakobs* in seiner Arbeit eindrucksvoll die ideengeschichtliche Bewegung der Strafzwecke vor<sup>12</sup>. Fragt man, wo ein präventionsorientiertes Strafrecht in dieser Entwicklung seinen Ort haben könnte, so drängt sich *Feuerbach* auf. Er gestaltet strafrechtliche Normen als mechanische Präventionsinstrumente und setzt dabei auf

<sup>8</sup> Statt vieler *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, 2004; *Gunnar Folke Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft – Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden 2000.

<sup>9</sup> *Gary S. Becker*, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economics*, March 1968, 76(2), pp. 169–217.

<sup>10</sup> Statt vieler, *Günther Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn u. a., 2004; *Georg Freund*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht?*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1995, S. 4–22.

<sup>11</sup> Vgl. den grundlegenden Vortrag von *Heinrich Popitz*, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Berlin 1968.

<sup>12</sup> *Günther Jakobs*, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, in diesem Band, S. 103–135.

Vorläufer der modernen Psychologie<sup>13</sup>. Wie ein später Nachfahre nimmt sich da der ebenso ganz präventionsorientierte Entwurf der ökonomischen Theorie aus, die um ein wenig Anschauung zu geben, grob skizziert sei<sup>14</sup>. Die Sanktion soll dem Täter Kosten aufbürden, die den Nutzen, den er aus seiner Tat ziehen wollte, jedenfalls aufwiegen. Weil aber nicht jede Tat entdeckt wird, soll sich die Sanktion entsprechend der jeweiligen Entdeckungswahrscheinlichkeit schärfen. Die Strafbarkeit wird subsidiär in Abgrenzung zu Zivilklagen begründet<sup>15</sup>. Die dabei anleitende Frage lautet, wann die private Rechtsdurchsetzung durch Zivilklage nicht abschreckt. So findet das Strafrecht vor allem dort seine Berechtigung, wo die private Klage ausbleiben könnte, weil der Anreiz zur Rechtsdurchsetzung sehr klein ist, etwa bei Streuschäden oder wenn beim Schädiger nichts zu holen ist. Es kann sogar ganz an einem Kläger fehlen, weil der Staat ein nichtpersonales Rechtsgut wie die Landesverteidigung schützen will. Die knappe Skizze soll deutlich machen, dass dem Entwurf das theoretische Fundament fehlt, das ein auf Tat und Schuld bezogenes Maß für Strafbarkeit und Sanktion abgeben könnte. Strafmaß und Rechtsdurchsetzung sind in der ökonomischen Welt schlicht funktionale Äquivalente zwischen denen sie nur auf die institutionellen Kosten ihrer Implementierung hin diskriminieren kann<sup>16</sup>. Ein höheres Strafmaß ist so vor allem billiger zu haben als ein Mehr an Rechtsdurchsetzung.

Die heutige Strafrechtstheorie hat ein anderes Gesicht. *Jakobs* beruft sich auf den Schnitt, den *Kant* gegen pure Bestrafungsmechanik gesetzt hat. Die Abschreckungswirkung dürfe nicht über die Höhe der Strafe entscheiden. Andernfalls werde der Täter, der ihren Vollzug zu erdulden habe, zum Mittel, anderen Straftaten vorzubeugen, für die er keine Verantwortung trage. Ein Strafmaß, das den Täter selbst abschrecken soll, mache ihn für Ungeschehenes haftbar<sup>17</sup>. *Beckers* reines Präventionsstrafrecht findet da keinen Platz. Selbst ein Gegenentwurf, der sich ohne präventives Ziel darauf beschränkte, im Anschluss an die Tat eine dem Opfer zustehende Vergeltung zu üben, erschiene da kompatibler. Soweit geht unser Strafrecht freilich

<sup>13</sup> *Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, Erfurt 1799, insb. S. 44 f.

<sup>14</sup> Die Literatur ist umfänglich vgl. *Eide Erling*, Economics of Criminal Behavior: Survey and Bibliography, University of Oslo Institute for Private Law, Working Paper Law and Economics, C. No.5, 1997.

<sup>15</sup> *Gary S. Becker and George J. Stigler*, Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers, *Journal of Legal Studies*, Jan. 1974, 3(1), pp. 1–18; vgl. auch *William M. Landes and Richard A. Posner*, The private Enforcement of Law, *Journal of Legal Studies*, Jan. 1975, 4(1), pp. 1–46; *A. Mitchell Polinsky*, Private vs. Public Enforcement of Fines, *Journal of Legal Studies*, Jan. 1980, 9(1), pp. 255–287.

<sup>16</sup> *Louis Kaplow*, The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts That Definitely Are Undesirable, *International Review of Law and Economics*, Mar. 1992, 12(1), pp. 3–11; *A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell*, The optimal Use of Fines and Imprisonment, *Journal of Public Economics*, June 1984, 24(1), pp. 89–99; *Dieter Schmidtchen*, Wozu Strafrecht? Einige Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, in: *Claus Ott und Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.): Die Präventionswirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen 1999, S. 49–70.

<sup>17</sup> *Jakobs*, Fn. 12, in diesem Band, S. 132.

nicht. Vielmehr gründet auch *Jakobs'* Modell, das um den Begriff der kognitiven Untermauerung kreist, prinzipiell auf einer Steuerungsvorstellung. Kognitiv untermauert soll ein Verbot sein, wenn ihr eine gefestigte Praxis der Normeinhaltung korrespondiert<sup>18</sup>. Das lässt fragen, inwieweit die Regeln diese Praxis bedingen (sollen). Hier verbirgt sich die Steuerungsfrage: Wie schafft es die Regel, auf den Rechtsadressaten so einzuwirken, dass dieser seine praktischen Handlungen tatsächlich an ihr ausrichtet? Seine Tat erschüttert die Erwartung der Anderen in die Rechtstreue der Gemeinschaft. Für diesen Verlust an Erwartungsstabilität ist der Täter selbst verantwortlich. Die Strafe muss so hoch ausfallen, dass sich aus der Perspektive der Dritten die Straftat nicht gelohnt hat. Dann bestätigt der Vollzug der Strafe ihre normative Erwartung. Die Strafe soll also verhindern, dass die Rechtsgemeinschaft von normativer auf kognitive Erwartung übergeht, ihre Erwartung also nicht mehr an die Norm knüpft, sondern an das konkrete Gegenüber und an die mit ihm oder an die in vergleichbarer Situation gemachten Erfahrungen. Ignoriert die Praxis die Norm, so fehlt ihre kognitive Untermauerung ganz. Dann muss die Rechtsordnung ihre Sollensforderung wieder fallen lassen, denn wenn die Gemeinschaft die Norm ohnehin nicht respektiert, dann gibt es keine normative Erwartung, auf deren Stabilisierung eine Strafe gerichtet sein könnte. Ihr Ausbleiben geht nicht auf den Täter zurück und er hat es deshalb nicht zu verantworten. Es kann *Jakobs* also anders als einer Präventionstheorie nicht allein darum gehen, den Widerstand der Rechtsunterworfenen, die der Rechtsnorm ihre eigene, vielleicht von sozialen Normen dirigierte Praxis entgegensetzen, geschickt aufzuheben. Die soziale Praxis ist bei ihm nicht bloß Widerstand, sondern teilweise auch Maßgabe; sie hat normatives Eigengewicht.

Gleichwohl scheint auch ein Strafrecht in *Jakobs'* Sinne darauf angewiesen zu sein, die Wege ausfindig zu machen, auf denen es für die normativen Erwartungen bestimmungsmächtig wird. Denn auch seine Theorie verfolgt mit ihrer Stabilisierung ein Ziel, also einen Zustand, der in der realen Welt hergestellt werden soll. Aber wie ließe es sich empirisch fundieren? Die normative Erwartung, die sein Strafrecht zu stützen hätte, lässt sich empirisch nur schwer beschreiben. Auch das Vorhaben, die Strafe ihrer Einwirkung auf die normative Erwartung entsprechend zu quantifizieren, lässt sich empirisch kaum einlösen. Versuche dazu finden sich bei *Jakobs* auch gar nicht erst. Noch offen bleibt da, inwieweit die Akteure ihr Verhalten überhaupt an ihren normativen Erwartungen ausrichten. *Jakobs* ging es also offenbar nicht darum, seine Theorie empirisch operationalisierbar zu machen.

Eher lässt sich *Jakobs* Position als Beispiel für eine Strafrechtswissenschaft verstehen, die isolierte Spezial- und Generalprävention zwar kaum akzeptiert. Doch will sie sich nicht darauf beschränken, einen gerechten Ausgleich für die begangene Tat zu rechtfertigen, sondern will Praxis gestalten<sup>19</sup>. Anstatt aber, um dem Anspruch

---

<sup>18</sup> *Jakobs*, Fn. 12, S. 132.

<sup>19</sup> *Freund*, Fn. 10 in diesem Band.

leichter gerecht werden zu können, ihre Kategorien so zu konstruieren, dass sie sich sozialwissenschaftlich operationalisieren lassen, setzen die Autoren auf die Anschauung der Richter. Sie nutzen, dass der Rechtsstab dezentral organisiert ist und Richter in eine nur schwache Hierarchie eingebunden sind. So lässt sich zwar kaum wissenschaftlich erfassen, inwieweit ein Verstoß das generelle Vertrauen in die Norm mindert. Aber jeder Richter wird bei sich und in seinem sozialen Umfeld forschen, wie brüchig die Normeinhaltung ist. Der professionelle, der Idee nach nichthierarchische Diskurs aggregiert die Einzelbeobachtungen. Es ist der gleiche Mechanismus, mit dem das Recht sich die Akzeptanz seiner Entscheidungen vor dem Zeitgeist sichert: Viele Richter, eingebunden in unterschiedliche soziale Kontexte, entscheiden unabhängig voneinander. Auf dieses Verfahren verlässt sich auch das Strafrecht. Es ist weniger von nachbarwissenschaftlich angeleiteter Steuerungsmechanik als von sukzessiver Adaption unter der Hand durch die Entscheidungen vieler bestimmt. Akzeptabel wird ein sozialwissenschaftlich informiertes Präventionsstrafrecht erst wieder sein, wenn sich der Blick weg vom Täter hin zum Opfer und dem gesellschaftlichen Schaden wendet, wenn der Straftäter weniger als Bürger, denn als Störer aufgefasst wird<sup>20</sup>.

## II.

Rechtliche Kategorien schweben nicht frei, sondern setzen Vorstellungen über die kausalen Zusammenhänge der sozialen Wirklichkeit voraus, auf die sie sich beziehen und deren Bestand deshalb als Bedingung für ihren Sinn erscheint. Selbst wenn die strafrechtliche Dogmatik nicht präventionsorientiert ist, muss sie doch mit diesem Wirklichkeitsbezug ihrer Begriffe umgehen. Die hier stellvertretend behandelte rationale Jurisprudenz *Alberts* sieht darin das Einfallstor für die Sozialwissenschaften. Neben ihrer prononcierten Ausrichtung als Wissenschaft für den Sozialingenieur hat sie deshalb noch eine zweite, normativ ebenso bedeutsame Stoßrichtung: Rational soll sie auch daraufhin sein, dass die in der Dogmatik verborgenen empirischen Annahmen getestet und gegebenenfalls angepasst werden. Entscheidungen sollen sich auf eine gesicherte empirische Grundlage stützen, um weniger fehleranfällig und vorhersehbarer zu werden<sup>21</sup>. *Schulz'* Beitrag wirft ein Licht darauf, wie sehr sich ein solches Programm an der Operationsweise moderner Dogmatik stößt.

---

<sup>20</sup> Vgl. *Joachim Schulz*, Die Strafrechtsdogmatik nach dem Ende der vor- und außerjuristischen Gerechtigkeit, in diesem Band S. 136–155, der die Zeitgeistwende in entgegengesetzter Richtung als Grund ausmacht, der der finalen Handlungslehre zum Durchbruch verholfen habe. Vgl. auch *David Garland*, *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford and New-York 2001; Für *Jakobs* ist allein der Terrorist, der sich freiwillig gegen die Gesellschaft gestellt hat, kein Bürger, Fn. 10, S. 40.

<sup>21</sup> Letztlich sieht *Albert* in der sozialwissenschaftlichen Fundierung das Fundament für eine rechtsstaatliche Juristerei, *Albert*, Fn. 4, S. 77 f.

Die empirischen Füße, auf denen manch dogmatische Konstruktion steht, scheinen tatsächlich ein Bedürfnis nach gründlicher fachwissenschaftlicher Fundierung nahezulegen. Exempel sei der Fall, in dem der *BGH* eine Nötigung mit der Feststellung begründet hat, das allzu nahe Auffahren mit einem Fahrzeug habe bei dem Opfer zu einer Nervenreizung und damit zu der für die Nötigung erforderlichen physisch empfundenen Gewalteinwirkung geführt<sup>22</sup>. Der *BGH* wollte an seinem Gewaltbegriff festhalten, also hat er eine Beschreibung gefunden, wie sich angeblich psychischer Druck in physische Gewalt umsetzen könne. Aber was meint Rationalität, wenn exakte Empirie sie zu steigern in der Lage sein soll? Rational könnte Dogmatik zunächst dann heißen, wenn sie ein empirisch gesichertes Ergebnis garantiert; ist das nicht der Fall, könnte man von einem Fehler sprechen. Im Nötigungsfall wäre daraufhin die blumige Beschreibung des *BGH* durch eine ernsthafte empirische Feststellung zu ersetzen. Ein Fehler wird so aber kaum vermieden, denn dass der *BGH* daraufhin zu einer in der Sache anderen Entscheidung gekommen wäre, ist unwahrscheinlich. Zu seinem Rettungsanker hatte er ja gegriffen, weil er eine Nötigung annehmen wollte. Die Wertung bleibt, auch wenn die Beschreibung nicht trägt. Dasselbe Ergebnis hätte das Gericht auch erreichen können, indem es von seinem pseudophysischen, sogenannten vergeistigten auf einen rein psychischen Gewaltbegriff übergegangen wäre<sup>23</sup>. Die Quasiempirie ist hier nicht vor allem schlechte Empirie, sondern verkappt-normative Ergänzung dogmatischer Lehre. Ihre operative Funktion besteht darin, an einem Begriff festhalten zu können, der unterscheidungsstark ist, der aber im zu entscheidenden Fall kein Ergebnis trägt, das das Gericht zu akzeptieren bereit ist. Am besten versteht sie sich deshalb als Annex dogmatischer Begriffe. Wird die Konstruktion in ihrem empirischen Gehalt tatsächlich einmal zu krude, mag der Interpret an ihrer statt eine Ausnahme von der allgemeineren Regel formulieren oder auch nur Fallgruppen bilden. So hätte das Gericht hier vor allem für die Demonstrationsfälle, auf denen der größte gesellschaftliche Druck lag, eine an die Situation geknüpfte Ausnahme begründen können. Die empirische Fundierung als Maßstab für die Richtigkeit einer Entscheidung gerät hier also ins Schwimmen. Regelmäßig lässt sich die eben noch relevante empirische Fragestellung aus dem normativen Kontext hinausbugsieren, wenn man nur die zugrundegelegte Regel leicht verschiebt. Ausnahme und empirischer Annex sind deshalb methodisch häufig funktionale Äquivalente. Schaut man also nur auf das Ergebnis, so würde die Eliminierung der Quasiempirie häufig genug keinen Unterschied machen. Das ist nur dort anders, wo es um mentale Modelle von Wirklichkeit geht, die das Recht selbst empirisch ernst nimmt. In dem Maße, in dem die Konstruktionen und Entscheidungen tatsächlich von den Modellen abhängen,

<sup>22</sup> *BGHSt* 19, 263, *NJW* 1964, 1426; *Jakobs* hat die der körperlichen Zwangseinwirkung zugrundegelegte Nervenreizung als groteske Amateurphysiologie bezeichnet, *Günther Jakobs*, in: *Jürgen Baumann* und *Klaus Tiedemann* (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 77.

<sup>23</sup> Doch wäre die Kritik des *BVerfG* dann möglicherweise folgenreicher ausgefallen.

lohnt die Korrektur<sup>24</sup>. Hinter *Alberts* Rationalitätsidee steht offenbar die mit der methodischen Praxis kaum zu vereinbarende Vorstellung, die dogmatischen Wertungen seien exogen vorgegeben, lägen also nicht in der Hand des Rechtsstabes. So gewinnt *Albert* den archimedischen Punkt, gegenüber dem er erst Rationalität und die Abweichung von ihr als Fehler definieren kann<sup>25</sup>. In einer solchen Welt führt fehlerhafte Empirie tatsächlich nur zufällig nicht zum falschen Ergebnis. Die reale Dogmatik im Blick lässt sich von einem Fehler aber vor allem dann sinnvoll reden, wenn unzureichende mentale Modelle die Wertungen tragen. Denn ihr fehlt genau dieser archimedische Punkt, wie *Schulz* in seinem Beitrag auch verdeutlicht, weil der Positivismus die Dogmatik nicht (mehr) richtig und die Kohärenztheorie sie nicht (mehr) wahrheitsfähig zu machen vermag. So führt dann schlechte Empirie häufig nur zu kuriosen Begründungen, aber nicht zu Fehlern.

Auch dass Quasiempirie zu mangelnder Transparenz und Vorhersehbarkeit führen müsse, wie *Albert* meint, ist nicht verbürgt. Aufgrund ihrer Willkür ist sie für den Rechtsunterworfenen zwar kaum vorhersehbar. Auf die einmal entwickelte sich auf Quasiempirie stützende Theorie lässt sich der Befund aber regelmäßig nicht übertragen. Nicht selten zeichnet sie sich gerade durch ihre simple Anwendbarkeit aus. Sind die Behelfskonstruktionen dem Rechtsstab oder sogar dem Rechtssuchenden einmal bekannt, so sind die sich auf sie stützenden Entscheidungen meist unabhängig davon gut vorhersehbar, ob ihre Begründung empirisch trägt. So war nicht fraglich, dass die Gerichte auch in Zukunft allzu dichtes Auffahren als Nötigung behandeln würden. *Schulz* wählt als Beispiel die kriminelle Energie. Empirisch ist sie dubios, lässt sich aber leicht handhaben und wird überdies von einer Wertung gedeckt, die intuitiv einleuchtet<sup>26</sup>. Umgekehrt sind andere Wissenschaften selbst keine geborenen Garanten für die gewollte Transparenz des Faches. Reichweite und Erklärungsleistung der Konzepte können undeutlich oder begrenzt sein, nicht selten wird sich ein üppiger Theorienplural streiten. Transparenz stellt das Recht hier häufig erst selbst her, indem es die theoretische Unsicherheit verdeckt. Das geschieht durch Hierarchie, also dadurch, dass Gerichte ihre Entscheidungen im Instanzenzug verbindlich machen können. Tatsächlich ist Transparenz, jedenfalls insoweit sie Bedingung für Wiederholbarkeit ist, ein wesentliches Kennzeichen einer brauchbaren Dogmatik. Doch muss ihr Quasiempirie nicht entgegenstehen, deren Trivialität kann sich sogar als adaptiv erweisen.

Ohnehin hat eine Rechtstatsachenwissenschaft in der von *Schulz* skizzierten modernen Dogmatik einen schweren Stand. Der Strafrechtler kann mit ihr so umgehen wie mit dem Gesetzgeber. Der legislative Federstrich macht eben nur dann Bibliotheken zu Makulatur, wenn der Rechtsstab ihm tatsächlich folgt. Denn andernfalls

---

<sup>24</sup> Das Verfahren ähnelt dem Vorgehen eines Anwalts, der selbstredend nur die Teile der Beweiswürdigung angreifen wird, von denen er annimmt, dass sie das Urteil tragen könnten.

<sup>25</sup> Das Rationalisierungsziel wird von anderen Autoren geteilt, statt dieser *Horst Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1995.

<sup>26</sup> *Schulz*, Fn. 20, in diesem Band, S. 153.

finden die Auslegenden Wege, dem Gesetzgeber die eigenen Reformen madig zu machen: Sie behaupten Redaktionsversehen, versuchen Wertungsinkonsistenten aufzuspüren, die die Regelung als unhaltbar desavouieren sollen oder verweisen auf immer verfügbares höherrangiges Recht. So gewinnen sie Legitimation, die reformierten Normen anzupassen oder trocken sie aus, indem sie sie so eng auslegen, dass ihnen kaum ein Anwendungsbereich bleibt<sup>27</sup>. Mit dem Einwand, eine dogmatische Konstruktion sei empirisch nicht mehr zu halten, lässt sich ganz ähnlich umgehen. Beispielhaft erinnert sei an die Lehre von der Goldenen Brücke<sup>28</sup>. Deren Grundidee, dem Täter einen Anreiz zum Rücktritt geben zu wollen, setzt immerhin voraus, dass er im Augenblick der Tatausführung an diese Möglichkeit wenigstens denkt. Nun konnten Kriminologen zeigen, das beinahe alle Täter bis zu diesem Stadium der Tat die Frage nach einer Rückkehr in die Legalität längst verdrängt haben. Wenn dem tatsächlich so ist, dann geht der gewollte Anreiz, die Tat noch aufzugeben, ins Leere. Aber anstatt die Theorie als widerlegt und erledigt zu betrachten, haben die (späteren) Vertreter sie nur geschickt modifiziert<sup>29</sup>. Da sich nicht ausschließen lasse (und das konnten die Kriminologen schon methodisch nicht), dass Täter durch ihr Rücktrittsrecht zur Aufgabe der Tat bestimmt werden könnten, gebiete es der Schutz potentieller Opfer, ihnen eine Rücktrittsmöglichkeit offenzuhalten. Diese neue Fassung der Theorie nutzt offenbar die methodischen Grenzen der Kriminologie und hat sich gegen ihre empirischen Einwände immunisiert. Natürlich ist es kein Spezifikum der Strafrechtsdogmatik, sich empirischer Fundierung entziehen zu können. Doch sind dort die Voraussetzungen dafür besonders günstig. Die letzten Ziele des Faches sind eben in Kategorien gefasst, die sich empirisch nicht einlösen lassen (sollen). Deshalb werden seine Ziele weniger durch die Realität beeinflusst, als das in anderen Rechtsgebieten der Fall ist. Solange es dem Fach vor allem darum geht, die eigene Wertrationalität zu verwalten<sup>30</sup>, wird sich daran nichts ändern. Dieser von *Schulz* so plastisch skizzierten Dogmatik werden die empirischen Disziplinen deshalb ganz natürlich zur Hilfswissenschaft. Die Dogmatik eines Präventionsstrafrechts sähe ganz anders aus.

<sup>27</sup> Man denke nur an das letzte größere Strafrechtsreformgesetz. Die Autoren arbeiten sich systematisch wieder an den alten Rechtszustand heran.

<sup>28</sup> Zurückgehend auf *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21. Aufl. 1919, S. 201; auch das Reichsgericht hat sie vertreten, etwa RGSt 6, S. 341.

<sup>29</sup> *Ingeborg Puppe*, Der halbherzige Rücktritt – Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46, NStZ 1984, S. 490; *Ina Elisabeth Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, Diss. Uni. Bonn 1990, S. 31. Erste Immunisierungen finden sich schon bei *Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, erster Theil, 1804, S. 102.

<sup>30</sup> *Schulz*, Fn. 20, in diesem Band S. 155.

### III.

Abschließend fragt sich, was soll Sozialwissenschaft in einem Rechtsgebiet, dessen Vertreter sich kaum als Sozialingenieure verstehen und dessen tragende Wertungen kaum konsequentialistisch geprägt sind. Nimmt man diese gegenwärtige Ausrichtung des Faches auf, welche Aufgaben bleiben dann?

Wie oben gesehen ist kein wissenschaftlicher Fortschritt damit zu erreichen, unterschiedslos die Quasieempirie des Rechts auszumerzen. Vielmehr kommt es darauf an, Rechtsfiguren und Institutionen zu identifizieren, in denen das Recht sich tatsächlich auf fehlerhafte mentale Modelle von Wirklichkeit verlässt; nur hier lassen sich die Ziele beeinflussen, die das Recht sich setzt. Als Beispiel mag die Erweiterung des Begriffes des Vermögensschadens um die Vermögensgefährdung dienen. Ihr liegt die Vorstellung zugrunde, das schon die Möglichkeit, eine Vermögensposition zu verlieren, diese gegenwärtig abwerten kann. Daher rührt die Formel, die Vermögensgefährdung sei als Schaden anzuerkennen, wenn sie diesem gleich stehe. Die Untersuchung, wann dies der Fall sei, stützt sich auf eine ökonomische Analyse. Sie ist nicht lediglich Vorarbeit für die Subsumtion. Die Protagonisten arbeiten sich mit diesen Untersuchungen zu einer Verschiebung des Schadensbegriffes vor. Mit dessen neuer Fassung könnte das Ergebnis, das mit Hilfe der ökonomischen Theorie erbracht wurde, auf einen Schlag wieder verschwinden. So brauchte man die ökonomische Präzisierung der Vermögensgefährdung nicht mehr, wenn sie dann ohnehin innerhalb einer weiter gefassten Schadensdefinition läge. Eine solche Konsequenz ist durchaus erwünscht. Denn dogmatische Begriffe sollen so angelegt werden, dass sie regelmäßig mit nur geringen Ermittlungen des Sachverhalts auskommen. Dogmatische Kriterien gegenüber empirischen Erwägungen zu immunisieren kann dafür eine kluge Strategie sein. Aber selbst wenn ihr Beitrag durch eine Neufassung des Schadensbegriffes später wieder verdeckt werden sollte, hat die ökonomische Präzisierung der Vermögensgefährdung die Umarbeitung des Begriffes dann wesentlich angetrieben. Die Sozialwissenschaft ist daraufhin weniger ein dauerhafter Baustein anwendungsbereiter Dogmatik. Vielmehr soll sie Veränderungen anregen, indem sie vorhandene dogmatische Figuren mit ihren realen Folgen konfrontiert und die mentalen Modelle aufdeckt, die im Hintergrund die Konstruktionen mittragen. So wird bei der Vermögensgefährdung die Vorstellung, ein Schaden könne nur entstehen, wenn eine Position aus dem Vermögen physisch (oder rechtlich) ausscheidet, durch die ökonomische ersetzt, sie könne darüber hinaus, obwohl sie unverändert im Vermögen verbleibt, abgewertet werden. Auch kann die Sozialwissenschaft auf verdeckte Folgen aufmerksam machen, die dem teleologisch orientierten juristischen Diskurs entgehen (sollen)<sup>31</sup>. Dabei muss es sich nicht um unerwünschte Nebenwirkungen han-

---

<sup>31</sup> Dass es sinnvoll sein kann, manche Folgediskussion hinter den Horizont des Rechts oder mindestens bestimmter Teile des Rechtssystems zu platzieren findet sich bei *Stephan Tontrup*, *Giving Law and Economics a Place in Legal Doctrine and Methodology*, at SSRN <http://ssrn.com/abstract=816744>.

deln, tatsächlich erbringt das Rechtssystem häufig auch Leistungen, die dieser nicht reflektiert. Man kann sie als latente Funktionen bezeichnen<sup>32</sup>. So kann im Rücken der Dogmatik ein vollständigeres Bild der Wirkungen des Strafrechts auf die soziale Praxis entstehen, das diese nicht dogmatisch verarbeiten muss. Wie es sich nutzen lässt, hat *Albert* formal mit den Brückenprinzipien beschrieben, allen voran mit der Formel, Sollen impliziere zumindest Können<sup>33</sup>. *Mestmäcker* hat das später praktisch eingelöst und gezeigt, wie ökonomische Theorie unmittelbar in juristische Argumente einfließen kann<sup>34</sup>. Allerdings hat *Mestmäcker* im Zivil- und Wirtschaftsrecht und nicht im Strafrecht gearbeitet. Dies macht nicht deshalb einen Unterschied, weil die Fächer qua Natur der Sache unterschiedlich wären, etwa weil im Kartellrecht der ökonomische Bezug augenfällig und die Nutzung ökonomischer Theorie dort gegenstandsgetriebener wäre. Zwar legt die heutige Gestalt der Fächer dies nahe, doch ließe sich auch ein Kartellrecht denken, das die Größe von Unternehmen beschränken will, damit diese keinen Einfluss auf die demokratischen Entscheidungsprozesse bekommen. Die Begründung dafür könnte ganz deontologisch in der Freiheitsentfaltung des Individuums liegen. Der Stellenwert ökonomischer Theorie in einem solchen Kartellrecht wäre deutlich kleiner. Umgekehrt ist für einen Konsequentialisten wie *Becker* selbst das Strafrecht ein passabler Anwendungsfall für seinen ökonomischen Apparat. Welchen Stellenwert die Theorie hat, entscheidet sich also weniger nach den vermeintlich natürlichen Vorgaben des Rechtsstoffes, sondern danach, welches Wertungsprogramm das Rechtsgebiet und den es traktierenden Rechtsstab dominiert. Je offen konsequentialistischer die Wertungen und die ausgeformten Begriffe sind, desto unmittelbarer kann Sozialwissenschaft in die dogmatische Diskussion und teilweise sogar in die Subsumtion eindringen. Je ontologischer die Begriffe ausfallen, desto mehr bleibt ihr nur die Rolle des äußeren Bewegers – wie im Strafrecht. Daraufhin schreibt *Schulz*, dass die Erkenntnisse anderer Wissenschaften hier nur in die Motive des Dogmatikers fallen<sup>35</sup>. Will man also an der Rede von Rationalisierung festhalten, so lässt sich darunter zwar nicht die Festlegung auf vorjuristische Grundlagen, aber immerhin das Desavouieren von solchen Zielen in den Köpfen des Rechtsstabes verstehen, die sich sinnvoll nicht anstreben lassen.

Vielleicht ist es deshalb auch keine Überraschung, dass die Autoren bei ihrer Suche nach dem Proprium des Strafrechts nicht von selbst auf die Sozialwissenschaften gestoßen sind. Tatsächlich spielen sie in *Schulz*' und *Jakobs*' Überlegungen kaum eine Rolle. Schaut man auf die Vertreter des öffentlichen Rechts, so ergibt sich ein anderes Bild, ihr Proprium sieht offenbar anders aus.

<sup>32</sup> Vgl. auch *Robert K. Merton*, The unanticipated Consequences of purposive Social Action, *American Sociological Review*, 1 (6), S. 894–904; *Raymond Boudon*, The unintended Consequences of Social Action; London 1982.

<sup>33</sup> *Hans Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 5. verb. und erw. Aufl. Tübingen 1991, S. 76.

<sup>34</sup> Ein Beispiel dafür ist *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz – insb. Die Rolle des Wettbewerbs im liberalen Gemeinwesen, Baden-Baden, 1984, S. 33–68.

<sup>35</sup> *Schulz*, Fn. 20 in diesem Band, S. 151.

# Öffentliches Recht



# Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition\*

## Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts

*Christoph Engel*

I. Das Anliegen .....	206
II. Otto Mayers Projekt .....	208
1. Abgrenzung von den Polizewissenschaften .....	208
2. Rechtsstaat .....	211
3. Konstitutionalisierung der Verwaltung .....	212
4. Liberalismus .....	213
5. Parlament gegen Krone .....	213
6. Immunsierung an der Grenze .....	214
7. Die zentrale Rolle der Wissenschaft .....	215
8. Verwaltungsreform .....	216
9. Otto Mayers Methode .....	216
III. Kritik an Otto Mayers Projekt .....	218
1. Der Siegeszug des Zwecks .....	218
2. Abbau des Rechtsstaats .....	220
3. Andere staatsrechtliche Lage .....	223
4. Andere Verwaltungsaufgaben .....	225
5. Abbau der legalistischen Verwaltungskultur .....	227
IV. Erschütterung der disziplinären Identität .....	228
V. Wiedergewinnung der disziplinären Identität .....	231
1. Strategien .....	231
2. Definition über die Methode .....	232
3. Zähmung von Herrschaft unter veränderten Bedingungen .....	235
4. Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition .....	236
VI. Schlussbemerkung .....	240

---

\* Meinen Korreferenten Horst Dreier, Christoph Grabenwater, Gertrude Lübke-Wolff und Stefan Magen, den Teilnehmern des Symposiums sowie Anne van Aaken, Felix Bierbrauer und Martin Hellwig danke ich für anregende Kommentare, Lena Heuner für ihre Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials.

## I. Das Anliegen

Otto Mayer ist tot. Es lebe Otto Mayer. Otto Mayers Programm kann nicht mehr das Programm für unser Verwaltungsrecht sein. Aber auf der Suche nach einem neuen Programm sollte man es halten wie Otto Mayer: verstehen, was das vorherige Programm wollte, und warum das zu seiner Zeit richtig war. Verstehen, wie ein solches Programm aussehen muss, damit es seinem Gegenstand gerecht wird, und damit es bei seinen Adressaten Wirkung tut. Bewahren, was weiter gebraucht wird, und erneuern, was nicht mehr in die veränderte Umwelt passt.

Auf diese Weise lernt man dann auch etwas für die allgemeinere Frage nach dem Proprium des Rechts. Otto Mayer hatte darüber klare Vorstellungen. Die Befreiung des Rechts aus den Fesseln der Polizeywissenschaften war ihm ein zentrales Anliegen. Gerade dieses Element seines Programms erweist sich bei näherem Zusehen aber als besonders zeitgebunden. Das ist den heutigen Verwaltungsrechtlern nicht immer bewusst, wenn sie Otto Mayers Programm einfach weiterschreiben.

Das öffentliche Recht besteht nicht nur aus dem Verwaltungsrecht. Das Verfassungsrecht, das Europarecht und das Völkerrecht gehören genauso dazu. Auch aus dem Blickwinkel dieser Rechtsgebiete könnte man versuchen, zum Proprium des Rechts vorzudringen. Das Verwaltungsrecht eignet sich dafür nur besonders gut. In keinem anderen Teilgebiet des öffentlichen Rechts setzt die große Mehrheit das Programm des 19. Jahrhunderts so unbefangen fort. Zugleich ist das Potenzial einer Öffnung für die Sozialwissenschaften in keinem Teilgebiet des öffentlichen Rechts so hoch wie hier. Man kann auf diese Weise den Zweck der staatlichen Handlung präzise rekonstruieren und ihre Wirkung exakt bezeichnen<sup>1</sup>.

Wer nach dem Proprium des Rechts fragt, will wissen, wie sich das Recht oder die Wissenschaft vom Recht von etwas anderem unterscheidet. In diesem Buch geht es um den Unterschied zu den Sozialwissenschaften. Man kann die Frage nach dem Proprium natürlich auch auf das Verhältnis von Teildisziplinen beziehen. Dann will man etwa wissen, was das öffentliche Recht vom Privatrecht unterscheidet. Dafür gibt es die drei klassischen Angebote. Man kann darauf abstellen, ob der Staat von hoher Hand interveniert. Man kann fragen, ob der Staat als juristische Person an dem Rechtsverhältnis beteiligt sein muss. Oder man kann verlangen, dass die Norm einem öffentlichen Interesse dient<sup>2</sup>. Auch diese Abgrenzungsversuche muss man von Zeit zu Zeit neu beleuchten. Sollte man die Subordinationstheorie etwa auf alle Formen der Ausübung von Herrschaft umstellen? Dann würde auch die um sich

---

<sup>1</sup> Wie fruchtbar der Rückgriff auf die Sozialwissenschaften ist, habe ich am Beispiel des Abfallrechts gezeigt: *Engel*, Abfallrecht und Abfallpolitik, Baden-Baden, 2002.

<sup>2</sup> S. nur die prägnante Darstellung bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 3, Rn. 14–19.

greifende private Regulierung zu einem Arbeitsbereich des öffentlichen Rechts<sup>3</sup>. Solche Fragen sind aber nicht der Gegenstand dieses Beitrags.

Wenn im Titel von Herrschaftsausübung die Rede ist, ist damit also keine Entscheidung für die Subordinationstheorie gemeint. Vielmehr weist dieses Wort darauf hin, dass alle Rechtsanwendung die Ausübung von Herrschaft darstellt. Aus dem Blickwinkel des öffentlichen Rechts liegt es allerdings besonders nahe, bei der Abgrenzung zu den Sozialwissenschaften auf dieser Eigenschaft des Rechts zu insistieren. Für Otto Mayer kam es sogar ausschließlich auf das Problem der Herrschaft an. So hilft die Konzentration auf das Verwaltungsrecht, ein Element schärfer zu sehen, das für jede Abgrenzung des Rechts zu den Sozialwissenschaften zentral ist. Heute genügt das Element der Herrschaft für die Abgrenzung aber nicht mehr. Dies macht der zweite Teil des Titels deutlich. Was mit einer offenen Wirklichkeitsdefinition gemeint ist, wird noch zu entfalten sein.

Wissenschaft ist immer selektiv. Otto Mayers Konzept des (Verwaltungs-) Rechts ist nicht die einzige Möglichkeit, die Unbeachtlichkeit der Sozialwissenschaften für das Recht zu begründen. Wer an das Naturrecht glaubt<sup>4</sup>, wer sich den Lehren von Hans Kelsen verpflichtet fühlt<sup>5</sup>, wer sich als Systemtheoretiker Luhmann'scher Prägung versteht<sup>6</sup>, oder wer der Rechtstheorie von Friedrich August von Hayek anhängt<sup>7</sup>, wird zum gleichen Ergebnis kommen. Doch zum einen habe ich die Auseinandersetzung mit den meisten dieser Gegner bereits an anderer Stelle geführt<sup>8</sup>. Zum anderen war jedenfalls in Deutschland keiner von ihnen so wirkmächtig wie Otto Mayer. Das Geheimnis dieser außerordentlichen Wirkung liegt in ihrer Unauffälligkeit. Bis heute definiert Otto Mayer für die Mehrheit des Faches das Verwaltungsrecht, wie es ist. Dass dahinter ein ganz bestimmtes, voraussetzungsvolles normatives Programm steht, ist kaum noch bewusst. Dieses Programm soll die Folie bilden, auf der dieser Beitrag das Proprium des Rechts für unsere Zeit neu bestimmen will.

---

<sup>3</sup> Diese Entscheidung wäre konsequent, wenn man auf verfassungsrechtlicher Ebene meiner Unterscheidung von Autonomie und Freiheit folgt, *Engel*, in Merten und Papier Handbuch der Grundrechte II, Heidelberg, 2006, 389–436.

<sup>4</sup> *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen, 1962.

<sup>5</sup> *Kelsen*, in Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich, 1953, 143–162 ; in seiner Nähe steht auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen, 1999, wenn er allein den „wirklichen“ Willen des Gesetzgebers als Richtschnur der Auslegung gelten lassen will.

<sup>6</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/Main, 1993.

<sup>7</sup> *von Hayek*, Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy, London, 1973; s. auch *Liggio*, in Southwestern University Law Review (1994) 507–530.

<sup>8</sup> *Engel*, in Engel Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden, 1998, 11–40 ; die Auseinandersetzung mit der Rechtstheorie von Hayeks ist allerdings noch zu leisten. Dafür ist hier aber nicht der richtige Ort.

Was war nun Otto Mayers Projekt (II)? Warum kann es nicht mehr unser Projekt sein (III)? Was hat die Abwendung von Otto Mayer mit der ungelenkten Öffnung des Verwaltungsrechts für sozialwissenschaftliche Elemente zu tun (IV)? Wie kann man es besser machen? Wie kann man zu einer neuen Definition der disziplinären Identität finden und gerade dadurch zu mehr als nur ängstlich unsicherer Interdisziplinarität frei werden (V)?

## II. Otto Mayers Projekt

Für uns Nachgeborene überstrahlt der Name Otto Mayer zu Recht alle anderen Erinnerungen an die bewegte Geschichte des Verwaltungsrechts<sup>9</sup>. Er hat dem Fach nicht nur eine neue Richtung gegeben. Er hat es als wissenschaftliche Disziplin überhaupt erst begründet.

Er hat Verwaltungsrecht dabei bewusst gegen die Sozialwissenschaften seiner Zeit, also gegen die Polizeywissenschaften gestellt (1). Sein Programm war ein zweckfrei gedachter Rechtsstaat (2). Auf diese Weise hat er die Verwaltung konstitutionalisiert (3). Vorausgesetzt war die sparsame Staatsaufgabenlehre des Liberalismus (4). Zugleich wollte er das Parlament gegen die Krone stärken (5). Wo das Programm in Schwierigkeiten gekommen wäre, hat er es in geschickter Weise immunisiert (6). Otto Mayer hat das Verwaltungsrecht nicht nur als Disziplin begründet. Er hat es auch in gleicher Weise wie das Zivilrecht zu einem gelehrten Recht gemacht. Der Wissenschaft kam die zentrale Rolle zu bei der Entwicklung des Rechtsgebiets (7). Auch die für Deutschland typische legalistische Verwaltungskultur hat er geprägt (8). Dies alles ist ihm gelungen durch das, was seine Zeitgenossen die „juristische Methode“ nannten (9).

### 1. Abgrenzung von den Polizeywissenschaften

Neue Disziplinen entstehen nicht aus dem Nichts. Sie gewinnen ihre Identität regelmäßig, indem sie ihre historischen Wurzeln kappen. So ist es um etwa dieselbe Zeit der Psychologie gegangen, die mit der „spekulativen“ Philosophie nichts mehr zu tun haben wollte<sup>10</sup>. Genauso vehement wandte sich Otto Mayer von der „Polzeywis-

<sup>9</sup> Sie ist nachgezeichnet bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 229–265, 381–422 und bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. III Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München, 1999, 203–245, 351–379. Zur besonderen Stellung von Otto Mayer *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 403–407.

<sup>10</sup> Diesen Hinweis verdanke ich Martin Kusch, Cambridge.

senschaft“ ab<sup>11</sup>. Darunter verstanden die Zeitgenossen nicht bloß das heutige Polizeirecht. Der Polizeibegriff des frühen 19. Jahrhunderts umfasste vielmehr alle Staatstätigkeit. Insbesondere rechnete nicht nur die Sicherheitspolizei dazu, sondern auch die später aus dem Polizeirecht ausgeschiedene Wohlfahrts- oder Hilfspolizei<sup>12</sup>. Die Polizeiwissenschaft war Teil der Staatswissenschaften<sup>13</sup>. Die Staatswissenschaften wollten durch eine Verbindung historischer, ökonomischer, politischer und juristischer Elemente das Handwerkszeug für gute Regierung zur Verfügung stellen<sup>14</sup>.

Otto Mayer hat diese historischen Brücken zu den Nachbarwissenschaften abgebrochen<sup>15</sup>. Es sollte nur noch um Rechtsfragen gehen. In diesem Sinne stand Otto Mayer in der Tradition der staatsrechtlichen Positivisten<sup>16</sup>. Das war nicht bloß eine methodische Entscheidung. Vielmehr ging damit auch eine neue Definition des Gegenstands einher. Die schönste Formel verdanke ich einem Gespräch mit meinem römisch-rechtlichen Fakultätskollegen Hans Heinrich Jakobs: „Ja sicher: irgendjemand muss dem Gesetzgeber sagen, was er tun soll“. Das war sein Einwand, als ich insistierte, dass wir Juristen uns um die Zwecke kümmern sollten, die die von uns verwalteten Normen verfolgen. Mitgedacht war in Hans Heinrich Jakobs Antwort natürlich: für solch eine erdverbundene Tätigkeit ist ein ausgebildeter Jurist viel zu schade<sup>17</sup>. Genauso denkt Otto Mayer. Der Jurist soll nicht über die Anliegen des intervenierenden Staates nachdenken. Sein Gegenstand ist die staatliche Intervention als solche, ohne Rücksicht auf den verfolgten Zweck. Die disziplinäre Identität ergibt sich gerade aus dieser Abstraktion. Das Ziel ist die Herausbildung eines allgemeinen Teils<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, § 4; für eine moderne Darstellung der Polizeiwissenschaften s. *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, München, 1992, 243–258.

<sup>12</sup> Die Unterscheidung stammt von *von Mohl*, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832/33; s. demgegenüber die engere Definition des Polizeibegriffs bei Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1924, 213.

<sup>13</sup> Neben von Mohl stand vor allem Lorenz von Stein für dieses Anliegen, s. etwa *von Stein*, *Die Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1865.

<sup>14</sup> Genau dies ist heute wieder das Anliegen von *Schuppert*, *Staatswissenschaft*, Baden-Baden, 2003, der eine Art Fürstenspiegel für demokratische Herrscher geschrieben hat.

<sup>15</sup> *Badura*, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*, Göttingen, 1967, 5 und 11–13.

<sup>16</sup> Zentrale Stimmen waren *Gerber*, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; *Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876; s. auch *Oertzen*, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Untersuchung*, Frankfurt, 1974; *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1981.

<sup>17</sup> S. auch *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, München, 1992, 384: „wo es nicht zum ‚Eingriff‘ kam, weil Individualinteressen nicht berührt wurden, breitete sich das unter dem Blickwinkel des ‚Rechtsstaats‘ uninteressante Gebiet der Wohlfahrtspolizei und der ‚Staatspflege‘ aus“.

<sup>18</sup> Ebd., 394–407.

Auf diese Weise werden Gegenstand und Methode kongruent. Wenn man die nackte Intervention verstehen und domestizieren will, nützt einem Wissen über Steuerungszwecke ebenso wenig wie Wissen über die komparativen Vorteile von Steuerungsinstrumenten. Die Pointe liegt in der Umkehrung. Weil Otto Mayer die Verwaltungsrechtswissenschaft erfolgreich auf Abstraktion, Form und Dogmatik getrimmt hat, war das Fach methodisch gar nicht mehr in der Lage, auch die verfolgten Zwecke zum Gegenstand seiner Untersuchung zu machen.

In der Welt Otto Mayers kann es einen sozialwissenschaftlich informierten Juristen also gar nicht geben. Denn die vom Staat verfolgten Zwecke sind für die juristische Aufgabe schlicht irrelevant<sup>19</sup>. Dem „besonderen Teil“ fehlt wissenschaftliche Dignität. Er wird für das wissenschaftliche Programm im Grunde nur zur Illustration gebraucht. Er liefert der abstrahierenden Arbeit am allgemeinen Teil das Anschauungsmaterial. Aus dieser Funktion ergibt sich auch, welche Teile des besonderen Verwaltungsrechts wissenschaftlich gepflegt werden. Zu Otto Mayers Zeit war es vor allem das Polizeirecht<sup>20</sup>. Später waren die Verwaltungsrechtler nicht zufällig vom Umweltrecht angezogen<sup>21</sup>. Hier geschah eine sprunghafte Ausweitung der staatlichen Handlungsformen. Ja beim Polizeirecht zeigt sich die Bedeutungslosigkeit des Zwecks sogar in den Tatbestandsmerkmalen. Zur öffentlichen Sicherheit rechnet bekanntlich jede Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Norm. Das Tatbestandsmerkmal ist also bloß eine Generalverweisung an den Gesetzgeber. Ebenso liegt es bei der öffentlichen Ordnung, nur dass hier auf die herrschenden sozialen Normen verwiesen wird.

Vor diesem Hintergrund wird Otto Mayers berühmtester Satz verständlich: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“<sup>22</sup>. Der Satz findet sich im Vorwort zu der dritten und letzten Auflage des Deutschen Verwaltungsrechts. Otto Mayer konstatiert, dass das Ende des Kaiserreiches und die neue Weimarer Verfassung ihn kaum zu Änderungen an dem Buch genötigt haben. Wie sollten sie auch, wenn die Identität des Faches gerade in seiner Immunisierung gegenüber den Zwecken besteht? Oder vorsichtiger: durch diese Immunisierung fühlte sich Otto Mayer so sicher, dass ihm die andere Verfassungsordnung und der Wandel der staatsphilosophischen Überzeugungen vernachlässigbar erschienen.

<sup>19</sup> Ebd., 237: „je mehr sich die Methodenideale des rechtswissenschaftlichen Positivismus durchsetzten [...], desto mehr sanken die ‚Realfächer‘ zu Hilfswissenschaften herab [...]. Die traditionelle Juristenausbildung bildete nun den Sockel, dem unorganisch, und deshalb auch weitgehend folgenlos, ‚nützliche Kenntnisse‘ angefügt wurden“.

<sup>20</sup> Damit beginnt auch sein „besonderer Teil“, Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 203–314.

<sup>21</sup> Mustergültig in Otto Mayers Sinne Kloepfer, Umweltrecht, München, 1998. In dem vorzüglichen Buch werden alle auch nur erdenklichen Fragen der juristischen (und nichtjuristischen) Form dicht und erhellend behandelt. Zu den Zwecken des Umweltrechts finden sich dagegen nur ein paar pflichtschuldige Bemerkungen im ersten Kapitel. Selbst die breite interdisziplinäre Diskussion über Steuerungsinstrumente spiegelt sich kaum in dem Buch.

<sup>22</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, Vorwort.

## 2. Rechtsstaat

Vergleichbar leer ist Otto Mayers Definition der Verwaltung: „Danach ist Verwaltung im allgemeinsten Sinne Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke“<sup>23</sup>. „Deshalb ist der Begriff der Verwaltung [...] nur verneinend zu bestimmen: als Tätigkeit des Staates, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist“<sup>24</sup>. Diese Leere braucht Otto Mayer, damit er weiterfahren kann: „Im Rechtssatz erscheint den Untertanen gegenüber die formale Gerechtigkeit der öffentlichen Gewalt. Sie wirkt auf Grund des allgemeinen Untertanenverhältnisses, in dem alle gleichmäßig stehen, schlechthin verbindlich“<sup>25</sup>.

Darum also geht es. Der Bürger muss im ersten Schritt zum reinen Untertanen herabsinken, damit er im zweiten Schritt durch den Rechtsstaat wieder auferstehen kann<sup>26</sup>. „Verwaltungsrecht bedeutet also die rechtliche Ordnung der Verhältnisse zwischen dem verwaltenden Staate und den ihm dabei begegnenden Untertanen“<sup>27</sup>. „Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts“<sup>28</sup>. Dieses Prädikat verdient er zunächst und vor allem durch die Herrschaft der Form. „Der Rechtssatz wirkt [...] zweiseitig; er gibt dem Untertanen die rechtliche Bestimmung eines Sollens oder Dürfens gegenüber der öffentlichen Gewalt und begründet zugleich eine rechtliche Gebundenheit der Behörde ihm gegenüber, dass sie danach verfährt“<sup>29</sup>. Dies ist der rechtsstaatliche Kern der Herrschaft des Gesetzes. Sie führt notwendig zum Gesetzesvorbehalt für alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum<sup>30</sup>.

Welchen Fortschritt das bedeutet, wird deutlich, wenn man Otto Mayers Charakterisierung des Polizeistaats dagegenhält. Der Polizeistaat ist „die schrankenlos gewordene öffentliche Gewalt“<sup>31</sup>. „Dem Untertanen gegenüber hat seine [des Fürsten] Macht keine rechtlichen Grenzen; was er will, ist verbindlich“<sup>32</sup>. „Deshalb gibt hier im Gegensatz zur Justiz die erlassene Vorschrift keine Rechtssicherheit. Was ihm von der Obrigkeit widerfahren soll, dessen ist der Untertan immer erst sicher, wenn er es spürt durch den Vollzug“<sup>33</sup>. Kurz: „Das öffentliche Recht ist kein Recht“<sup>34</sup>.

<sup>23</sup> Ebd., 1.

<sup>24</sup> Ebd., 7.

<sup>25</sup> Ebd., 74.

<sup>26</sup> Der Begriff Rechtsstaat ist dabei älter als Otto Mayer, *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 258. Sein Begründer ist *von Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen, 1832/33.

<sup>27</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 13.

<sup>28</sup> Ebd., 58.

<sup>29</sup> Ebd., 76.

<sup>30</sup> Ebd., 70.

<sup>31</sup> Ebd., 38.

<sup>32</sup> Ebd., 39.

<sup>33</sup> Ebd., 45.

<sup>34</sup> Ebd., 47.

Gebunden bleibt der Staat aber auch dann, wenn ihm eine Ermächtigungsgrundlage zur Seite steht. Denn dann wird er durch Otto Mayers zentrale dogmatische Innovation gebunden, den Verwaltungsakt<sup>35</sup>. Der Verwaltungsakt soll dem Untertanen Rechtssicherheit geben. Zu diesem Zweck nähert Otto Mayer den Verwaltungsakt so eng als möglich an die Urform des Rechtsstaats an, das gerichtliche Urteil<sup>36</sup>. Die Verwaltung tritt dem Untertanen nicht „unmittelbar mit ihrer Tat entgegen, sondern jeweils erst mit einem dazwischen geschobenen obrigkeitlichen Akt, der für den Einzelfall ausspricht, was ihm Rechtens sein soll“. Auf diese Weise erhält der Untertan nicht erst nachträglich Rechtsschutz vor den Gerichten. Vielmehr verwirklicht sich Rechtsstaatlichkeit bereits im Verwaltungshandeln selbst.

Hier liegt der eigentliche Fortschritt. Denn den nachträglichen Rechtsschutz gab es schon im Absolutismus. Man spaltete zu diesem Zweck die Rechtspersönlichkeit des Staats künstlich auf. Dem absoluten Souverän durfte natürlich kein Richter in den Arm fallen. Wohl konnte der Bürger für erlittenes Unrecht vor den Zivilgerichten aber vom Staat als Privatperson Ersatz verlangen. Dies war die Konstruktion der Fiskustheorie, in der Otto Mayer ausdrücklich einen richtigen Gedanken erkennt<sup>37</sup>.

Schließlich ist der Verwaltungsakt auch die Voraussetzung für den nachträglichen Schutz des Untertanen. Er prägt sich zum einen in der verwaltungsinternen Kontrolle aus, aus der mittlerweile das Widerspruchsverfahren geworden ist<sup>38</sup>. Zum anderen ist der Verwaltungsakt Gegenstand (und dadurch auch Voraussetzung) des Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten<sup>39</sup>.

### 3. *Konstitutionalisierung der Verwaltung*

Vor dieser Folie wird die Leistung Otto Mayers sichtbar. Durch die strikte Konzentration auf die rechtliche Form ist ihm gelungen, zwei scheinbar unvereinbare Prinzipien zu vereinen: die innere Souveränität des Herrschers und die liberale Freiheit der Bürger<sup>40</sup>. Dadurch bewirkt er im Bereich der Verwaltung die Konstitutionalisierung der Monarchie. Das gelingt ihm, indem er Monarch und Bürger je für sich als Träger ursprünglicher Rechte konzeptualisiert. Der Monarch ist frei, das Land zu beherrschen. Die Bürger sind frei, von ihrer Person und ihrem Eigentum Gebrauch zu machen. Wo sich beide Sphären nicht berühren, gibt es keine Rechtsfragen. Die

<sup>35</sup> Ebd., 92–103.

<sup>36</sup> Ebd., 59.

<sup>37</sup> Ebd., 47–54.

<sup>38</sup> Ebd., 122–130 konzentriert sich noch auf die formlose Beschwerde, die allerdings beschieden werden muss (127). Den förmlichen „Einspruch“ streift er nur (129f.).

<sup>39</sup> Auch das ist bei Ebd., 151–162 noch nicht voll entfaltet.

<sup>40</sup> Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 83 sieht „das moderne Verwaltungsrecht als Kompromiss von Staatsidee und Rechtsstaatsidee“; s. auch Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen, 1967, 6 und 25.

Aufgabe des Rechts ist es, den Konflikt beider unhinterfragten Freiheiten zu bewältigen. Dies geschieht durch die Bindung des Monarchen an die Form des Rechts.

Damit die Zähmung der bislang rechtlich nicht kontrollierten Macht des Monarchen gelingt, muss der Zweck aus dem Gesichtsfeld des Juristen verbannt werden. Der Jurist darf dem Monarchen nicht sagen, welche Absichten er verfolgen darf oder soll. Es ist genau wie bei Friedrich Carl von Savignys berühmtem Diktum zur Irrtumslehre: was der Käufer mit der Sache anstellen wollte – und was der Monarch mit seinem Handeln erreichen wollte – „fällt in die Motive“. Das Recht unterstellt, dass der staatliche Zweck erreicht wird. Dass der Staat scheitern könnte, ist nicht Teil der Beobachtungsaufgabe des Rechts. Wenn er scheitert, mag das ein politisches Problem sein. Ein Rechtsproblem ist es nicht. Auch der Bürger muss sich vom Recht nicht sagen lassen, wie er seine oder die allgemeine Glückseligkeit verfolgen soll. Für Otto Mayer ist der Bürger nicht Steuerungsadressat, sondern Freiheitsträger.

#### 4. Liberalismus

Auch wenn das Recht zu den Zwecken schweigt, ist doch die staatspolitische Entscheidung für den Liberalismus (deutscher Prägung) vorausgesetzt<sup>41</sup>. Sie wird durch die Etablierung des Rechtsstaats abgesichert. Das wird an Otto Mayers Aussagen zum Polizeibegriff besonders deutlich. Die Polizei soll nur noch Sicherheitspolizei sein<sup>42</sup>. „Jeder hat vielmehr die gesellschaftliche Pflicht, solche Störungen [der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung] zu unterlassen. Im Gegensatz zu den längst überwundenen allgemeinen Pflichten, sich dem Wohle der anderen und des ganzen dienstbar machen zu lassen, hat diese Pflicht auch ihre berechenbaren und nachprüfbaren Grenzen, und das macht sie verwendbar für rechtliche Ordnungen“<sup>43</sup>. Der Rechtsstaat macht dem Monarchen bei näherem Zusehen also nur keine positiven Vorgaben darüber, welche Zwecke er verfolgen soll. Er darf sich negativ aber nur solche Zwecke zueigen machen, die mit den Anforderungen eines Rechtsstaats kompatibel sind.

#### 5. Parlament gegen Krone

Vorausgesetzt ist auch die staatsrechtliche Lage der Zeit. Das Herrschaftsrecht des Monarchen ist nicht durch die Verfassung legitimiert, sondern dynastisch. Auch das Parlament bedurfte keiner Legitimation durch das Recht. Es war vielmehr durch Wahlen hinreichend legitimiert. Wenn der Zweck eine Rechtsfrage gewesen wäre, hätte man nicht nur den Monarchen für gebunden halten müssen, sondern auch das

---

<sup>41</sup> *Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen, 1967, 52; *Grimm*, in Grimm Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, 291–306, 292.

<sup>42</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 204–206, s. auch 213.

<sup>43</sup> *Ebd.*, 207 f.

Parlament. Die moderne Vorstellung von rechtlich vermittelter Output Legitimation<sup>44</sup> hätte also das Parlament geschwächt, das man gerade stärken wollte. Wieder gibt es eine enge Parallele zum Zivilrecht. Im Privatrecht des 19. Jahrhunderts gab es – von Extremfällen wie der Sittenwidrigkeit oder dem Wucher abgesehen – keine richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen. Die Richtigkeitsgewähr ergab sich aus der Zustimmung der Vertragspartner zum Vertrag. Genauso ergab sich die Richtigkeitsgewähr des Gesetzes aus der Zustimmung der gewählten Vertreter des Volkes<sup>45</sup>. Ein Versagen des demokratischen Gesetzgebers konnte oder wollte man sich nicht vorstellen.

Anschaulich ist Otto Meyers Haltung gegenüber Eingriffen der Polizei zum Schutz von „geistigen Polizeigütern“. Dazu zählt er „sittliche und religiöse Anschauungen, Vaterlandsliebe, Treue gegen die geschichtlich überlieferten Ordnungen, ästhetisches Feingefühl und Sinn für Kulturpflichten“<sup>46</sup>. Zum Schutz solcher Güter darf die Polizei nur dann tätig werden, wenn ein Gesetz das ausdrücklich angeordnet hat<sup>47</sup>.

Das bedingungslose Vertrauen auf das Gesetz wirkte in doppelter Weise entlastend. Zunächst konnte und sollte der Jurist sich von der Politik fernhalten<sup>48</sup>. Wenn ihm vorgehalten wurde, eine Entscheidung sei politisch unerträglich, konnte er sich hinter die Geltungskraft des Gesetzes zurückziehen. Weil er sich auf die politische Legitimation durch das Parlament verlassen konnte, hatte der Verwaltungsrechtler des 19. Jahrhunderts zugleich auch kein Bedürfnis nach der geborgten (Output-) Legitimation durch die Sozialwissenschaften.

## 6. Immunisierung an der Grenze

Otto Mayer kapselt sich von Problemen ab, die spätere Zeiten mit seinem Programm haben werden. Aus dem Begriff der Verwaltung nimmt er ausdrücklich solche Staatstätigkeiten aus, mit denen der Staat „aus dem Bereiche dieser Rechtsordnung heraustritt“<sup>49</sup>. Dazu zählt er den völkerrechtlichen Verkehr, die Kriegführung, den Staatsnotstand<sup>50</sup> und „Einzelverfügungen in Gesetzesform“<sup>51</sup>. Weder die offene

<sup>44</sup> Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York, 1965; Scharpf, *Regieren in Europa. Effektiv und Demokratisch?*, Frankfurt, 1999, 20–28. Der Gegensatzbegriff ist Input Legitimation. Sie bezeichnet das, was in der staatsrechtlichen Literatur herkömmlich unter Legitimation verstanden wird: die Kette sachlicher und persönlicher Bindungen, die zum Volk als Souverän zurückführt. Output Legitimation meint demgegenüber die legitimierende Wirkung der effektiven Bewältigung wirklicher oder wahrgenommener sozialer Probleme.

<sup>45</sup> Grimm, in *Grimm Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, 291–306, 294.

<sup>46</sup> Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1924, 215.

<sup>47</sup> Ebd., 216.

<sup>48</sup> Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, München, 1992, 384.

<sup>49</sup> Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1924, 9.

<sup>50</sup> Ebd., 9–11.

<sup>51</sup> Ebd., 11.

Staatlichkeit<sup>52</sup> noch die Auffächerung der Handlungsformen muss also reflektiert werden. Außerdem hat Otto Mayer mit der Sicherheitspolizei ein Referenzgebiet<sup>53</sup> gewählt, für das kurze Kausalketten charakteristisch sind. Der von ihm geformte Rechtsstaat muss deshalb nicht mit Entscheidungen unter hoher Unsicherheit fertig werden<sup>54</sup>.

### 7. Die zentrale Rolle der Wissenschaft

Otto Mayer ist nicht nur als Verfassungspolitiker und als Staatstheoretiker ein Kind seiner Zeit, er ist es auch und vor allem als Wissenschaftler. „Die Verwaltungswissenschaft ist aber eine junge Wissenschaft, ganz im Gegensatz zur Zivilrechtswissenschaft, die in sicherem Besitze steht“<sup>55</sup>. Diesem Idealbild juristischer Wissenschaftlichkeit wollte Otto Mayer so nahe als möglich kommen<sup>56</sup>. Wie im Zivilrecht schon seit langem sollte der wissenschaftlich gebildete Jurist zur ursprünglichen Quelle des Rechts werden<sup>57</sup>. Er war als Träger auserkoren für den Prozess des Suchens, Aufdeckens und Darstellens der rechtlich relevanten Ideen<sup>58</sup>. Otto Mayer hat noch in einer weiteren Hinsicht zum Zivilrecht aufgeschlossen. Dem Zivilrecht gaben seine römischrechtlichen Wurzeln zusätzliche Dignität. Genauso hat sich Otto Mayer an das nach seiner Überzeugung am höchsten entwickelte Verwaltungsrecht der Welt angelehnt, an das französische<sup>59</sup>.

Otto Mayer hat die Brücke zu den Nachbarwissenschaften auch deshalb abgebrochen, um die Anerkennung durch die anderen Teildisziplinen des Rechts zu erreichen. Er wollte das Odium „einer Mischlehre [loswerden], welche Geschichte, Politik und Nationalökonomie bunt vermengt“<sup>60</sup>. Die Konzentration der wissenschaftlichen Anstrengungen auf den allgemeinen Teil verhinderte zugleich das Zerfallen des öffentlichen Rechts in Teildisziplinen. An diesem Anliegen hält die Disziplin ja bis heute fest. Deutlich wird das etwa an der Staatsrechtslehrervereinigung, die trotz

<sup>52</sup> Programmatisch Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen, 1964.

<sup>53</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, 8.

<sup>54</sup> S. dazu zunächst nur Kloepfer and Kröger, in Natur und Recht (1990) 8–16.

<sup>55</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 140.

<sup>56</sup> Vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 235, 243, 384.

<sup>57</sup> Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 38; s. auch Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen, 1906; Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt am Main, 2003.

<sup>58</sup> Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 38.

<sup>59</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig, 1895; Otto Mayer konnte dabei auf eigene Arbeiten zurückgreifen: Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg, 1886.

<sup>60</sup> Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 408.

ständiger Vermehrung der Mitglieder daran festhält, dass es nur Veranstaltungen im Plenum gibt.

### 8. Verwaltungsreform

Otto Mayer war schließlich auch Verwaltungsreformer. Das Recht sollte nach seiner Überzeugung nicht nur ein Instrument zur Kontrolle der Verwaltung sein. Vielmehr sollte Verwaltung selbst justizförmig werden<sup>61</sup>. Tatsächlich ist die Verwaltung im 19. Jahrhundert dann ja auch immer stärker juridifiziert worden<sup>62</sup>. Die für Deutschland charakteristische legalistische Verwaltungskultur hat sich gebildet. Die ältere Kameralausbildung ist vom Juristenprivileg verdrängt worden<sup>63</sup>. Die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts wurden auch zu einem pädagogischen Instrument. Sie haben das Selbstverständnis und das Amtsethos des Verwaltungspersonals geprägt<sup>64</sup>.

### 9. Otto Mayers Methode

Was ist nun Otto Mayers Methode<sup>65</sup>? Nicht das, was ein heutiger Jurist für gewöhnlich antwortet, wenn er den Unterschied zwischen Recht und Sozialwissenschaften beschreiben soll<sup>66</sup>. Von der Interpretation der geltenden Gesetze ist bei Otto Mayer kaum je die Rede. Er arbeitet auch nicht in dem Sinne dogmatisch, dass er induktiv aus einer Serie von Entscheidungen einen Rechtssatz gewinnt. Otto Mayer geht es vielmehr um „das der deutschen Rechtswissenschaft eigentümliche Bedürfnis nach strenger Systematik“<sup>67</sup>. Er ist ein Anhänger dessen, was man im 19. Jahrhundert als „die juristische Methode“ bezeichnete<sup>68</sup>. „Die juristische Methode [...] zeichnete

<sup>61</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 63.

<sup>62</sup> Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 231.

<sup>63</sup> Bleek, Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg; Studium, Prüfung und Ausbildung der höheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert, Berlin, 1972.

<sup>64</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 11.

<sup>65</sup> Vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 405: „der Zugang zum methodischen Vorgehen Mayers ist kompliziert“.

<sup>66</sup> Anregend etwa Tontrup, in Engel Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden, 1998, 41–120.

<sup>67</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 18; moderne Stimmen sind etwa Schmidt-Aßmann, in Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 11–63, 13; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, VIII und § 1, Rn. 1: „Das allgemeine Verwaltungsrecht als System“; Hoffmann-Riem, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 355–395.

<sup>68</sup> Sie ist entwickelt worden von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig, 1865 und Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen, 1876. Otto Mayer hat

sich [...] dadurch aus, dass zunächst alle nichtjuristischen Erwägungen, als welche politische, geschichtliche, philosophische und volkswirtschaftliche angesehen wurden, ausgeschieden wurden. Der verbleibende, nunmehr stofflich reine Rest war sodann nach rechtlichen Gesichtspunkten zu ordnen. Um die rechtlichen Erscheinungen in ein solches System einfügen zu können, mussten anhand ihres juristischen Gehalts allgemeine Begriffe gebildet werden<sup>69</sup>.

Auch diese Methode ist hermeneutisch<sup>70</sup>. Ihr Text ist nur nicht die einzelne Norm. Vielmehr interpretiert sie das gesamte Korpus der verwaltungsrechtlichen Normen. Sie findet den Sinn dieses Korpus, indem sie die hinter den Normen stehenden, übergreifenden normativen Ideen formuliert<sup>71</sup>. Zur Erkenntnis dieser Ideen gelangt Otto Mayer gerade in Auseinandersetzung mit der überwundenen Epoche des Polizeistaates. Er interpretiert die Mängel der vergangenen Epoche in einer Weise, die die Entwicklung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts als logische Antwort erscheinen lässt. Er betätigt sich dabei als selbstbewusster Gestalter. Er will einer als amorph gedachten Entwicklung eine Richtung geben. Diese Richtung soll sie gerade deshalb nehmen, weil sie sich durch das Aufdecken der ihr selbst verborgenen Absichten verstanden fühlt<sup>72</sup>. Wirkung tut juristische Systematik im übrigen durch die Verteilung von Rechtfertigungs- und Argumentationslasten. Wenn die Verwaltungspraxis von den normativen Vorstellungen der konsentierten Systematik und von den darauf gründenden Typen und Formen abweichen will, ist sie in der Defensive<sup>73</sup>.

---

es dabei allerdings nicht so auf die Spitze getrieben wie diese beiden Autoren, näher *Hueber*, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 15–24.

<sup>69</sup> *Hueber*, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 14 f.

<sup>70</sup> Zum Unterschied zwischen der hermeneutischen und der szientistischen Methode näher *Mantzavinos*, *Naturalistic Hermeneutics*, Cambridge, 2005.

<sup>71</sup> *Hueber*, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 29, 45; s. auch *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, München, 1992, 405 f.; *Bumke*, in *Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 73–130, 86 f.; *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 3.

<sup>72</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 1: „Dem liegt die Einsicht in die rationalisierende Kraft eines analytischen und der Verallgemeinerungsfähigkeit seiner Aussagen verpflichteten Denkens zu Grunde“.

<sup>73</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in *Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Baden-Baden, 1997, 9–63, 25.

### III. Kritik an Otto Mayers Projekt

Otto Mayers Projekt war niemals unumstritten. Schon im 19. Jahrhundert regte sich Widerstand<sup>74</sup>. Nach der Erschütterung des Ersten Weltkriegs wurde der Widerstand stärker<sup>75</sup>. „Nicht mehr die Herausarbeitung allgemeiner Rechtsregeln aus disparatem Material, Abstoßung der Polizeiwissenschaft, Verkleinerung des Rückstandes an dogmatischer Durchbildung gegenüber dem Zivilrecht waren jetzt die Probleme. Es ging vielmehr um generelle Neuorientierung in einer instabilen Umwelt, um die Beziehungen zum neuen Arbeits- und Sozialrecht, zum Steuerrecht und zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, um die Erfassung neuer Rechtsformen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, die Veränderungen der Kommunalverwaltung durch die Demokratie und den faktischen Problemdruck der Leistungsverwaltung, schließlich um die Wiederherstellung des so lange (und bewusst) unterbrochenen Kontakts zwischen Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre“<sup>76</sup>. Heute zeigt sich der Widerstand am sichtbarsten in den 10 Bänden zur Reform des Verwaltungsrechts<sup>77</sup>. Trotzdem atmet auch herausragende öffentlich-rechtliche Wissenschaft auch heute oft noch Otto Mayers Geist<sup>78</sup>. Otto Mayers Projekt kann aber nicht mehr unser Projekt sein. Seine Voraussetzungen sind Stück für Stück entfallen. Der Zweck ist mit Macht in das (Verwaltungs-)Recht zurückgekehrt (1). Der Rechtsstaat hat sich ein gutes Stück zurückziehen müssen (2). Seit dem Ende des Kaiserreichs ist die staatsrechtliche Lage eine ganz andere (3). Die Verwaltung beschränkt sich schon lange nicht mehr auf die Gewährleistung von Sicherheit (4). Die legalistische Verwaltungskultur ist auf dem Rückzug (5).

#### 1. Der Siegeszug des Zwecks

Vor allem sind die Juristen nicht mehr bereit, zu den Zwecken der verwaltungsrechtlichen Regeln zu schweigen. Auch ihre Umwelt erwartet, dass der je verfolgte Zweck zur Rechtsfrage wird. Der Gesetzgeber will nicht bloß, dass die Verwaltung und die Gerichte die Gesetze beachten. Vielmehr sollen sie dem im Gesetz angelegten normativen Programm zur Wirksamkeit verhelfen. Zu diesem Zweck müs-

<sup>74</sup> Er ist nachgezeichnet bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, 1992, 384–394 und 407 und – aus der benachbarten Perspektive des Staatsrechts – bei *Korioth*, in Archiv des öffentlichen Rechts (1992) 212–238; s. auch *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 28.

<sup>75</sup> Einzelheiten bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. III Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München, 1999, 203–206; charakteristisch *Bühler*, in Verwaltungsarchiv (1919) 283–313.

<sup>76</sup> *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. III Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München, 1999, 241.

<sup>77</sup> Zwischen 1993 und 2004 erschienen in den Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts im Nomos Verlag.

<sup>78</sup> S. nur das vorzügliche Buch von *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004.

sen sie das Programm zunächst als juristisches rekonstruieren. Ebenso erwarten die Adressaten, dass sie von der Rechtsordnung nicht zu blindem Gehorsam gezwungen werden, wo das zur Verwirklichung des normativen Programms gar nicht erforderlich ist. Dieses Anliegen ist nur dann juristisch erheblich, wenn das Ziel der Regelung gerade nicht mehr „in die Motive fällt“.

Die Parallele zu Friedrich-Carl von Savignys berühmtem Diktum hat eine wichtige Implikation. Savigny wollte die Wirkung des Austauschvertrags strikt auf den Tausch zwischen Leistung und Gegenleistung beschränken. Die Einigung auf einen gemeinsamen Zweck sollte nur in der Gesellschaft möglich sein. Der Austauschvertrag hat in seiner Vorstellung also gerade kein gemeinsames Programm. Sobald man den Zweck selbst verbindlich macht, ist das anders. Das gilt auch dann, wenn Leistung und Gegenleistung an sich präzise beschrieben sind. Denn haben die Parteien sich überdies auf den Zweck geeinigt, kann und muss das Vertragsprogramm bei Störungen fortgeschrieben werden. Alternativ können die Parteien auf die Regelung von Einzelheiten verzichten, obwohl sie vorhersehen, dass diese Einzelheiten für die Vertragsabwicklung wichtig werden könnten. Wird die Frage tatsächlich wichtig, sind beide Seiten durch den Vertrag verpflichtet, das Programm fortzuentwickeln. Können sie sich nicht einigen, treten die Gerichte an ihre Stelle. In paralleler Weise ändert sich die Aufgabe der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte, sobald der Zweck öffentlich-rechtlicher Normen zur Rechtsfrage wird. Sie sind aufgerufen, das Programm der Norm auch dann zu verwirklichen, wenn Umstände sichtbar werden, die der Gesetzgeber nicht bedacht hatte; wenn sich die Umwelt ändert; wenn die Regel sehenden Auges unvollständig war.

Dieser Wandel lässt sich an der Dogmatik ablesen<sup>79</sup>. Schon lange beschränkt sich das Verwaltungsrecht nicht mehr auf eine „rechtsaktsbezogene Perspektive“<sup>80</sup>. Im Zentrum steht die teleologische Auslegung<sup>81</sup>. Das Verwaltungsrecht versteht sich als ein problemorientiertes Fach<sup>82</sup>. Zur Leitschnur der Auslegung wird die Überzeugung: „Recht schützt Interessen, bewertet Interessen und ordnet durch Verfahrens-

---

<sup>79</sup> Den Korreferenten ist zuzugeben, dass der Wandel nicht in allen Gebieten des Verwaltungsrechts gleich stürmisch ist. Besonders ausgeprägt ist er im Wirtschaftsverwaltungsrecht, einschließlich des Umweltrechts. Umgekehrt gibt es Rechtsfragen, bei denen der Bezug zu den Sozialwissenschaften allenfalls ein indirekter ist. Ein Beispiel ist die Frage, welchen Einfluss die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf die Auslegung der parallelen Grundrechte haben soll. Auch dazu kann man aber etwa in den Kategorien des Systemwettbewerbs sozialwissenschaftliche Aussagen machen.

<sup>80</sup> Bumke, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73–130, 75.

<sup>81</sup> Ebd., in, 92 unter Verweis auf frühe Vorgänger: von Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin, 1924; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München u. Berlin, 1966.

<sup>82</sup> Bumke, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73–130, 92.

regeln den Ausgleich von Interessen<sup>83</sup>. Das Gemeinwohl ist wieder zur Rechtsfrage geworden<sup>84</sup>. Diesen Wandel vollzieht der Gesetzgeber mittlerweile ganz offen. Die meisten verwaltungsrechtlichen Gesetze beginnen nun mit einem § 1, in dem der Gesetzgeber seine Absichten formuliert<sup>85</sup>.

## 2. Abbau des Rechtsstaats

Mit dem Aufstieg des Zwecks geht der Abbau des Rechtsstaats einher<sup>86</sup>. Anfangs sind die Verwaltungsjuristen noch vorsichtig. Damit sich die Verwaltung der rechtsstaatlichen Bindung nicht entzieht, erfinden sie die Zwei-Stufen-Theorie. Sie verlangen also eine Entscheidung in der Form des Verwaltungsakts darüber, dass anschließend ohne diese Form gehandelt werden soll<sup>87</sup>. Wenn der Staat Private mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betraut, machen die Verwaltungsrechtler daraus einen beliebigen Unternehmer. Auf diese Weise ist der Private genauso rechtsstaatlich gebunden wie die staatliche Verwaltung, an deren Stelle er tritt<sup>88</sup>. Wenn der Staat ein Verkehrszeichen aufstellt, machen sie daraus eine Allgemeinverfügung und eröffnen so den Rechtsschutz<sup>89</sup>.

Doch von Anfang an gibt es Untiefen. Vielfach determiniert das Gesetz die Tätigkeit der Verwaltung kaum oder gar nicht. Darauf reagiert das klassische Verwaltungsrecht zwar mit der Entwicklung einer Ermessenslehre<sup>90</sup>. Aber der konkrete Eingriff in Freiheit und Eigentum ist dann gerade nicht vom demokratischen Gesetzgeber legitimiert. An die Stelle eines Konditionalprogramms tritt bestenfalls ein Finalprogramm<sup>91</sup>. Doch die Spielräume der Regelanwendung sind auch dann groß, wenn die gesetzlichen Regeln wirklich nur aus Wenn-Dann-Sätzen bestehen. Ist der

<sup>83</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 3, Rn. 63.

<sup>84</sup> S. nur Uerpmann, Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen, 1999.

<sup>85</sup> Dass er dabei gar nicht so selten Widersprüchliches fordert, steht auf einem anderen Blatt.

<sup>86</sup> Horst Dreier hat eingewandt: in der Bundesrepublik ist der Rechtsstaat zunächst einmal ausgebaut, vielleicht sogar durch Übertreibung pervertiert worden. Was gegenwärtig wie Abbau erscheinen mag, ist nur die notwendige Korrektur zurück zur Mitte. Ich will nicht abstreiten, dass es eine Tendenz zur Verrechtlichung gegeben hat, vielleicht in manchen Rechtsgebieten auch heute noch gibt. Trotzdem glaube ich, dass meine Beschreibung die Entwicklung richtig charakterisiert. Vor allem geht es mir aber um die Kausalität: wenn der Zweck im Vordergrund steht, erodiert der Rechtsstaat über kurz oder lang. Aus der Sicht von Otto Mayer gibt es im übrigen keinen Unterschied zwischen einem Abbau des Rechtsstaats und der Entformalisierung staatlicher Interventionen. Für Otto Mayer ist der Begriff des Rechtsstaats mit der Herrschaft der Form identisch.

<sup>87</sup> Die Lehre findet in anderen Bereichen, etwa dem Subventionsrecht, aber nach wie vor Verwendung, näher Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 17, Rn. 11–27.

<sup>88</sup> Einzelheiten Ebd., § 23, Rn. 56–67.

<sup>89</sup> Ebd., § 9, Rn. 36–36a.

<sup>90</sup> Für eine klassische Darstellung s. nur Ebd., § 7; eine Andeutung findet sich schon bei Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 99.

<sup>91</sup> Aus ganz unterschiedlicher Perspektive untersuchen den Unterschied Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Tübingen,

Fall nicht vollständig trivial, bedarf es keiner großen Findigkeit, um mehr als ein Ergebnis kunstgerecht zu begründen.

Die Handlungsformen der Verwaltung sind explodiert. Dafür war vor allem das Umweltrecht verantwortlich<sup>92</sup>. Das allgemeine Verwaltungsrecht hat sie zwar Stück für Stück typisiert und, wo möglich, verrechtlicht. Mit dem rechtsstaatlichen Schutz durch die Form ist es aber vielfach nicht mehr weit her<sup>93</sup>. Die Verwaltung handelt mit den Rechtsunterworfenen Verträge aus<sup>94</sup>. Sie handelt es dabei „im Schatten des Rechts“<sup>95</sup>. Das Recht zur einseitigen Intervention wird zur Drohkulisse. Gegen diese Drohung kann sich der Adressat mit rechtsstaatlichen Mitteln viel schwerer wehren. Zunächst einmal hat er dem Vertrag ja zugestimmt. Die Drohung wirkt gerade deshalb, weil die Verwaltung dem Adressaten Verschonung im Gegenzug zu einer Vergünstigung in Aussicht stellt, zu der er nicht verpflichtet gewesen wäre.

Auch die rechtsstaatliche Domestizierung des „influenzierenden“ Verwaltungshandelns, also der Anreizsteuerung<sup>96</sup>, ist schwierig. Denn das Gesetz verlässt sich hier nicht mehr auf den Gehorsam, sondern auf das Gewinnstreben der Adressaten. Manchmal ist zwar ein Verwaltungsakt zwischengeschaltet. So wird die Höhe der Gewässerabgabe durch Leistungsbescheid festgestellt. Aber der Schutz vor Fehlern bei der Messung der eingeleiteten Menge oder bei der Qualifikation der eingeleiteten Stoffe ist ja nicht der Kern des Problems. Die eigentliche Beeinträchtigung von Freiheit und Eigentum liegt in der Veränderung der relativen Preise. Dieser Effekt ist rechtsstaatlich nicht kontrolliert. Noch drastischer wird es bei staatlichen Warnungen und Empfehlungen<sup>97</sup>. Auch sie wirken auf die Unternehmen über eine Veränderung der Anreize. Dieses Mal liegt die Veränderung nur auf der Seite der Nachfrage. Zum bisherigen Preis kann das Unternehmen nur noch eine viel geringere Menge absetzen. Auch dieser Eingriff in Freiheit und Eigentum ist nicht durch die rechtsstaatliche Form kontrolliert<sup>98</sup>.

---

1968; *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.

<sup>92</sup> Eine Systematik findet sich bei *Kloepfer*, *Umweltrecht*, München, 1998, § 5.

<sup>93</sup> Zur Entformalisierung als Trend der Verwaltungsrechtsentwicklung s. *Schoch*, in *Isensee und Kirchhof Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 2005, 131–227.

<sup>94</sup> Wie schwer das mit den Grundgedanken des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts vereinbar ist, ist noch einmal deutlich geworden bei *Burmeister*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (1993) 190–247.

<sup>95</sup> *Mnookin and Kornhauser*, in *Yale Law Journal* (1979) 950–997; *Scharpf*, *Games Real Actors Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*, Boulder, Colo., 1997, 197.

<sup>96</sup> Auch hier war das Umweltrecht für die Entwicklung prägend, s. *Kloepfer*, *Umweltrecht*, München, 1998, § 5 IV.

<sup>97</sup> Zur Dogmatik s. nur *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2004, § 15, Rn. 8–13a.

<sup>98</sup> Man kann natürlich einwenden: einen Rechtsanspruch auf den Fortbestand von Gewinnchancen kann es nicht geben. Aber damit ist noch nichts über einen Anspruch ausgesagt, dass die Preisbildung von Verzerrungen frei bleibt, die der Staat in Steuerungsabsicht bewirkt.

Die rechtsstaatliche Einbettung ist praktisch ausgeschlossen, wenn der Staat nicht mehr auf den Gehorsam seiner Bürger zielt, sondern auf ihre Überzeugungen. Auch dafür ist das Umweltrecht ein gutes Beispiel. So ist es der Abfallpolitik etwa gelungen, die Deutschen zu Weltmeistern in der Mülltrennung zu machen. Dieses Ergebnis hätte sich mit Zwangsgewalt nicht bewirken lassen. Der Staat hätte dann neben jeden Mülleimer einen Polizisten stellen müssen. Damit der Einstellungswandel wirklich geschieht, war die Rechtsordnung im Hintergrund aber intensiv tätig. Die Verpackungsverordnung hat den Einzelhandel, die verpackende Industrie und die Hersteller von Verpackungen in das Korsett des Dualen Systems gezwängt. Die Verbraucher bezahlen nun die Entsorgungskosten zwar. Sie bemerken das aber nicht mehr, weil die Kosten im Preis des Produkts versteckt sind. Erst durch diese künstliche Umwandlung in eine scheinbare Niedrigkostenentscheidung hatte die Einwirkung auf die Mentalität der Bürger eine Chance<sup>99</sup>.

In Otto Mayers Programm kompensiert die strikte Bindung an die Form für die mangelnde rechtliche Kontrolle der Sache. Diese strikte Bindung ist längst aufgegeben. Den Beginn machten die Regeln über die Unbeachtlichkeit von Fehlern bei der Aufstellung von Bauleitplänen<sup>100</sup>. Später sind lange Kataloge von heilbaren oder unbeachtlichen Mängeln im Verwaltungsverfahren dazugekommen<sup>101</sup>. In immer mehr Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts gibt es praktisch nur noch einstweiligen Rechtsschutz<sup>102</sup>. In anderen Materien kommt Rechtsschutz praktisch nicht vor. Hier regiert die Verwaltung mit hochgezogener Augenbraue, weil die Adressaten die drakonischen Befugnisse der Behörde kennen<sup>103</sup>. Dann kann der Rechtsschutz die legitimierende Funktion nicht mehr erfüllen, die ihm in Otto Mayers Programm zugewiesen war.

Auch das Gesetz hat vielfache Konkurrenz bekommen<sup>104</sup>. Anfangs hat man noch versucht, den Wildwuchs mit Figuren wie der Allgemeinverfügung<sup>105</sup> oder dem antizipierten Sachverständigengutachten zu bändigen<sup>106</sup>. Doch mittlerweile gilt es nicht mehr als Problem, wenn der Gesetzgeber die Gesetze offen mit den Adressaten aushandelt oder die Normsetzung gleich auf Private delegiert<sup>107</sup>. Die legitimierende Kraft der parlamentarischen Entscheidung wird auf diese Weise zur bloßen Hülse.

<sup>99</sup> Der Fall ist aufbereitet bei *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, Baden-Baden, 2004.

<sup>100</sup> Näher *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980.

<sup>101</sup> Einzelheiten bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 10, Rn. 38–43.

<sup>102</sup> Ein anschauliches Beispiel ist das Medienrecht.

<sup>103</sup> Ein anschauliches Beispiel ist das Recht der Bankenaufsicht.

<sup>104</sup> Einzelheiten bei *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen, 2005.

<sup>105</sup> Näher *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 9, Rn. 31–36a.

<sup>106</sup> BVerwGE 55, 250, 256.

<sup>107</sup> Einzelheiten bei *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen, 2005.

Die Bestimmung von Ursache und Wirkung ist dabei nicht einfach. Der Verlust der Form beruht auch auf regulatorischen Moden, auf dem Wunsch von Beteiligten am Gesetzgebungsverfahren, die juristischen Fesseln zu sprengen, und auf der Notwendigkeit, in einer stärker fragmentierten und besser organisierten Gesellschaft zu Entscheidungen zu kommen. Dann liegt die Ursache im Recht selbst. Weil es die Form nicht mehr so kraftvoll verteidigt, wird sie von anderen beiseite geschoben. Die wichtigste Ursache sind jedoch die veränderten Erwartungen an das öffentliche Recht. Steuerung muss gelingen. Jedenfalls darf sie nicht an der Sprödigkeit der rechtlichen Form scheitern.

### 3. Andere staatsrechtliche Lage

Seit Otto Mayer hat sich die staatsrechtliche Lage grundlegend geändert<sup>108</sup>. Es gibt keinen souveränen Herrscher mehr. Das Volk selbst ist der Souverän. Das Parlament ist nicht mehr der Vertreter des Volkes gegen den Herrscher. Dem Parlament ist der Gegner abhanden gekommen. Es ist selbst zum Gegner der Rechtsunterworfenen geworden. Der Zuwachs an parlamentarischer Kontrolle ist kein Ziel mehr. Der Zugewinn an repräsentativem Einfluss kann nicht mehr zur Rechtfertigung dienen für einen Mangel an inhaltlicher Kontrolle. Herrschaft ist nicht mehr exogen. Ihre Zählung kann deshalb nicht mehr allein über die Form bewirkt werden. Parlamentarische Zustimmung garantiert nicht mehr die Richtigkeit des Inhalts.

Hinzu tritt ein verfassungspolitischer Befund. Verwaltungsrechtler kleiden ihn meist in den Seufzer: die Gesetze werden immer schlechter. Immer häufiger schreibt der Gesetzgeber in Wahrheit nur noch den ersten Entwurf. Er überlässt es der Verwaltung und den Gerichten, daraus eine handhabbare Regelung zu machen. Ihre Aufgabe ist es oft auch, die neue Regel leidlich widerspruchsfrei in das vorhandene Regelwerk einzupassen<sup>109</sup>. Mit der bloßen Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens ist es dann nicht mehr getan. Unter möglicher Schonung der Absichten des Gesetzgebers müssen Verwaltung und Gerichte das normative Programm überhaupt erst formen. Das ist nur möglich, wenn dieses Programm selbst zur Rechtsfrage wird.

Die beschriebene Entwicklung sollte man nicht als Versagen des Gesetzgebers missdeuten. Sie ist vielmehr Ausdruck der Tatsache, dass sich Politik und Recht weiter voneinander entfernen<sup>110</sup>. In systemtheoretischer Sprache: die strukturelle Kopplung zwischen diesen beiden Subsystemen der Gesellschaft löst sich auf. Das Subsystem Politik konzentriert sich stärker darauf, Entscheidungen überhaupt

---

<sup>108</sup> S. zum folgenden nur *Badura*, in Isensee und Kirchhof Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg, 2004, 497–540.

<sup>109</sup> Warum die Juristen es dabei nicht übertreiben sollten, begründe ich in *Engel*, *Inconsistency in the Law. In Search of a Balanced Norm*, 2004, <http://ssrn.com/abstract=628387>.

<sup>110</sup> Den Gedanken habe ich näher entfaltet in *Engel*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (2001) 187–219; *Engel*, in *Engel und Héritier Linking Political Science and the Law*, Baden-Baden, 2003, 285–314.

möglich zu machen. Das ist zu einer anspruchsvollen Aufgabe geworden. Immer mehr Vetopositionen sind zu respektieren<sup>111</sup>. Politische Entscheidungen haben nur noch dann die Chance auf eine Mehrheit, wenn es ihnen gelingt, einander widersprechenden Erwartungen zugleich zu genügen<sup>112</sup>. Die „political windows of opportunity“ werden immer enger.

Verfassungsrechtlich spiegeln sich diese Veränderungen in der neuen Mehrstufigkeit der Rechtsordnung. Im Grunde gibt es sie natürlich, seit es geschriebene Verfassungen gibt. Das war schon zu Otto Mayers Zeit der Fall. Doch ernst geworden ist es mit der Mehrstufigkeit erst nach dem Zweiten Weltkrieg. Darin liegt auch eine Antwort auf das Versagen der reinen Form im Nationalsozialismus. Entscheidend war die Schaffung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs. Die Macht beider Gerichte beruht auf der Verbindung zweier Elemente: der Zugang zu ihnen ist leicht; sie haben das Recht, Normen und Einzelakte für nichtig zu erklären. Spätestens seit der Einführung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht<sup>113</sup> gibt es jede öffentlich-rechtliche Frage zweimal: als Frage nach der Auslegung des einfachen Rechts, und als Frage nach der Auslegung der Verfassung im Hinblick auf diese einfachrechtliche Norm und ihre Anwendung im konkreten Fall. Ist der zwischenstaatliche Handel berührt, gibt es die verwaltungsrechtliche Frage ein drittes Mal als Frage nach der Auslegung der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags. Auf den höheren Stufen der Rechtsordnung geht es immer um das gesetzliche Programm. Der Eingriff in ein Grundrecht oder in eine Grundfreiheit ist nur dann zu rechtfertigen, wenn er ein anerkanntes, hinreichend gewichtiges Ziel verfolgt. Über die Frage nach der Legitimität des Ziels wird der Regelungszweck deshalb notwendig zur Rechtsfrage<sup>114</sup>.

Zugleich hat der Staat seine Selbstgewissheit verloren. Im zusammenwachsenden Europa ist der deutsche Gesetzgeber oft nicht mehr frei, ohne dass sich deshalb ein europäischer Souverän gebildet hätte. An die Stelle der einen staatlichen Allgewalt ist ein Netz gegenseitig voneinander abhängiger Hoheitsträger getreten. Durch völkerrechtliche Regeln und durch die Ströme an Produkten und Produktionsfaktoren<sup>115</sup> ist der deutsche Gesetzgeber unter den Druck des Systemwettbewerbs gera-

<sup>111</sup> Näher *Immergut*, *Health Politics. Interests and Institutions in Western Europe*, Cambridge England ; New York, NY, 1992; *Tsebelis*, *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton, N. J., 2002.

<sup>112</sup> Näher *Brunsson*, *The Organization of Hypocrisy. Talk, Decisions, and Actions in Organizations*, Chichester ; New York, 1989; *Héritier*, *Policy-making and Diversity in Europe. Escaping Deadlock*, Cambridge, UK ; New York, 1999.

<sup>113</sup> BVerfGE 6, 32 – Elfes.

<sup>114</sup> Näher *Engel*, in *Brugger, Kirste und Anderheiden* *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden, 2002, 103–172.

<sup>115</sup> Näher zu den verschiedenen Dimensionen von Globalisierung *Engel*, in *Basedow, Baum, Hopt, Kanda und Kono* *Economic Regulation and Competition. Regulation of Services in the EU, Germany and Japan*, The Hague, 2002, 219–251.

ten<sup>116</sup>. Auch nach innen ist die Souveränität erodiert. Immer häufiger wird Herrschaft nicht vom Staat ausgeübt, sondern von Privaten<sup>117</sup>. Oder der Staat findet mit privaten Machträgern zu hybriden Formen von Herrschaft zusammen<sup>118</sup>. Deshalb kann die Rücksichtnahme des Staats auf die Grenzen seiner Möglichkeiten bei der Konzeptualisierung des Verwaltungsrechts nicht mehr, wie noch von Otto Mayer, als seltene Ausnahme vernachlässigt werden.

#### 4. Andere Verwaltungsaufgaben

Der liberalen Vorstellung eines reinen Sicherheitsstaats fehlt es zwar auch heute nicht an Anhängern. Sie ist aber nicht mehr von dem selben Konsens getragen wie zur Zeit Otto Mayers<sup>119</sup>. Tatsächlich erfüllt das Verwaltungsrecht viele Aufgaben, die Otto Mayer in das Reich der Wohlfahrtspolizei verwiesen hätte<sup>120</sup>. Es geht nicht mehr bloß um justizähnliche Rechtsverwirklichung, sondern auch um politische Gestaltung, sachverständige Problemlösung und effizienzorientierte Dienstleistung<sup>121</sup>. Das Sozialrecht traut sich an die Bewältigung von Verteilungskonflikten heran. Das Telekommunikations- und das Energierecht wollen durch gestaltende Intervention Wettbewerb überhaupt erst möglich machen. Das Recht der Bankenaufsicht oder der Zentralbank will durch die Befugnis zu diskretionären Interventionen verhindern, dass individuell rationales Handeln auf der Makroebene zu Schäden führt. In keinem dieser Rechtsgebiete genügt es, dass die Rechtsordnung durch Bindung an die Form den Missbrauch von Herrschaft verhindert. Die Verwaltung ist vom Gesetzgeber in die Pflicht genommen, die Lenkungsziele auch wirklich zu erreichen.

Am deutlichsten zeigt sich der Wandel beim Rechtsschutz. Da klagt nicht mehr bloß der Adressat, um sich gegen Eingriffe in seine Freiheit oder sein Eigentum zu wehren. Vielmehr klagt auch sein Konkurrent, damit der Wettbewerb nicht durch unterschiedlich strenge Regulierungsstandards verzerrt wird. Wer sich als Nachbar von einem Bauvorhaben beeinträchtigt fühlt, der klagt gegen die Erteilung der Baugenehmigung. Wer Telefongespräche oder Strom verkaufen will, der verlangt von der Bundesnetzagentur, dass sie ihm mit Befehl und Zwang Zutritt zu den Netzen sei-

---

<sup>116</sup> Näher *Monopolkommission*, Systemwettbewerb, Baden-Baden, 1998; *Müller*, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, Baden-Baden, 2000.

<sup>117</sup> Näher *Engel*, in *German Law Journal* (2004) 197–236; *Engel*, in *Merten und Papier Handbuch der Grundrechte II*, Heidelberg, 2006, 389–436.

<sup>118</sup> Näher *Engel*, in *European Business Organisation Law Review* (2001) 569–584.

<sup>119</sup> *Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann and Schuppert*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, 7 sprechen von dem „Verlust des paradigmatischen Kraft des liberalen Ordnungsmodells“; s. auch *Grimm*, in *Grimm Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, 291–306, 298.

<sup>120</sup> *Grimm*, in *Grimm Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, 291–306, 297.

<sup>121</sup> So die Typologie von *Fehling*, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, Tübingen, 2001, 97–169.

ner Konkurrenten verschafft. Regelmäßig hat es das Verwaltungsrecht also mit multipolaren Rechtsverhältnissen zu tun: mit dem belastenden Verwaltungsakt mit begünstigender Drittwirkung, oder mit dem begünstigenden Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung<sup>122</sup>. Auf verfassungsrechtlicher Ebene geht es nicht mehr bloß um die Abwehr von Eingriffen, sondern auch um Schutzpflichten<sup>123</sup>. Zwischen den gegenläufigen Ansprüchen auf Abwehr und auf Intervention kann das Recht nur unterscheiden, indem es den oder die Zwecke der Norm zum Gegenstand seiner Entscheidung macht.

Noch auf eine weitere Weise hat das Verwaltungsrecht Abschied von dem liberalen Programm Otto Mayers genommen. Es beschränkt sich nicht mehr auf die kurzen Kausalketten des klassischen Polizeirechts. Vielmehr will es auch für entferntere und unsicherere Risiken vorsorgen<sup>124</sup>. Mit Otto Mayers Programm ist das nur dann zu vereinbaren, wenn der Gesetzgeber den Vorsorgegrundsatz in Wenn-Dann-Beziehungen auflöst. Das ist vor allem bei den Grenzwerten des Immissionschutzrechts geschehen<sup>125</sup>. Mittlerweile hat sich das Verwaltungsrecht aber immer mehr zu einer Rahmenordnung für Risikomanagement gewandelt<sup>126</sup>.

Die Rechtsordnung ist abhängig von der Wirklichkeit, die sie gestaltet<sup>127</sup>. Soll das allgemeine Verwaltungsrecht nicht obsolet oder dysfunktional werden, muss es seine Referenzgebiete<sup>128</sup> an diese Entwicklung anpassen. Oder vorsichtiger: es ist nicht klug beraten, wenn es sich ausschließlich an einem Referenzgebiet orientiert, das von den Problemen der Zeit gar nicht berührt wird. Den liberalen Überzeugungen seiner Zeit entsprechend war Otto Mayers Projekt auf das Recht der Sicherheitspolizei zugeschnitten.

Praktisch geht es vor allem um eine Frage: soll es dabei bleiben, dass die Aufgabe des Verwaltungsrechts auf die Zählung staatlicher Herrschaft beschränkt ist? Oder tritt die Aufgabe der möglichst wirksamen Bewältigung sozialer Probleme hinzu<sup>129</sup>?

<sup>122</sup> Zur Dogmatik s. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 11, Rn. 67–73.

<sup>123</sup> S. nur *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin, 2002.

<sup>124</sup> Zu den Dimensionen des Vorsorgeprinzips s. *Kloepfer and Kröger*, in *Natur und Recht* (1990) 8–16.

<sup>125</sup> Der Gesetzgeber hat auch dort die eigentliche Konkretisierung aber demokratisch nicht legitimierten Sachverständigengremien anvertraut.

<sup>126</sup> *Scherzberg*, in Engel, Halfmann und Schulte *Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen*, Baden-Baden, 2002, 113–144, 135–143.

<sup>127</sup> Programmatisch *Schmidt-Aßmann*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Baden-Baden, 1997, 9–63, 12.

<sup>128</sup> Den Terminus hat geprägt *Schmidt-Aßmann*, in Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen*, Baden-Baden, 1993, 11–63, 14; s. auch *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 12–14.

<sup>129</sup> *Bumke*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 73–130, 91 sowie 150; *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwal-*

Die zweite Aufgabe wird in der verwaltungsrechtlichen Diskussion meist als Steuerungsperspektive bezeichnet<sup>130</sup>. Zu Recht wird zwar regelmäßig betont, dass einfache Steuerungsvorstellungen zum Scheitern verurteilt sind<sup>131</sup>. Soziale Vorgänge sind zu komplex und das Maß der Unsicherheit ist regelmäßig zu hoch, als dass man den Erfolg staatlicher Interventionen sicher erwarten dürfte<sup>132</sup>. Auch ist diese Aufgabe unvermeidlich politisch. In den vom Text gezogenen Grenzen wird der Rechtsanwender gezwungen, sich auf eine Seite des jeweiligen politischen Konflikts zu schlagen. Aber der Zusammenhang zwischen der staatlichen Absicht und den Wirkungen ist auch nicht beliebig. Mit Hilfe von generischem Wissen kann man oft schon im vorhinein prognostizieren, dass ein bestimmter Eingriff das angeblich verfolgte Ziel mit hoher Wahrscheinlichkeit verfehlen wird. Erst recht kann man im nachhinein aus Erfolgs- und Scheiternserfahrungen für die Zukunft lernen und so die Treffsicherheit staatlicher Eingriffe vermehren und die Nachteile ihres Einsatzes vermindern. Es gibt deshalb zwei gehaltvolle Aufgaben für ein Verwaltungsrecht, das sich nicht bloß der Kontrolle von Herrschaft verschrieben hat: die Rekonstruktion von Steuerungszwecken und das vergleichende Urteil über Steuerungsinstrumente<sup>133</sup>.

##### 5. Abbau der legalistischen Verwaltungskultur

Otto Mayers Projekt zielte auf die Begründung einer legalistischen Verwaltungskultur. Im Innenverhältnis konnte und sollte der Monarch seine Zwecke verfolgen und mit Hilfe von Allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Einzelweisungen durchsetzen. Sobald die Verwaltung diese Zwecke aber mit Eingriffen in Freiheit und Eigentum verfolgte, sollte sie alles daran setzen, den Anforderungen eines Rechtsstaats zu entsprechen.

---

tungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, VII sowie § 1, Rn. 30 und 32.

<sup>130</sup> *Hoffmann-Riem*, in Hoffmann-Riem, Schuppert und Schmidt-Aßmann Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 115–175, 121; *Schuppert*, in Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 65–114; *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 355–395; *Hoffmann-Riem*, in Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden, 2002, 9–66, 39; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 33.

<sup>131</sup> *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 355–395, 357; *Schmidt-Aßmann*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9–63, 14 und 18.

<sup>132</sup> Zahlreiche weitere Gesichtspunkte bei *Engel*, in Juristenzeitung (2005) 581–590.

<sup>133</sup> Wie das Projekt in der Praxis aussehen könnte, habe ich versucht, am Beispiel des Abfallrechts zu zeigen, *Engel*, Abfallrecht und Abfallpolitik, Baden-Baden, 2002.

Auch dies hat sich gewandelt. Die Verwaltung unserer Tage will den Bürger nicht mehr als Untertanen sehen. Sie achtet nicht mehr bloß auf die juristische Form als notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung für die Ausübung staatlicher Herrschaft. Sie ist vielmehr auch auf Akzeptanz aus<sup>134</sup>. Sie will die Partizipation der Betroffenen<sup>135</sup> und die Transparenz für die breitere Öffentlichkeit gewährleisten<sup>136</sup>. Diese Pluralität der Ziele des Verwaltungsverfahrens speist sich aus zwei Quellen. Zum einen rechnet die Verwaltung sich einen höheren Steuerungserfolg aus, in diesem und in künftigen Fällen<sup>137</sup>. Zum anderen verlässt sich die Verwaltung nicht mehr allein auf die legitimierende Kraft des Gesetzes. Zu sichtbar setzen sich partikuläre Interessen in der politischen Auseinandersetzung durch. Oder schlimmer noch: man kann oft eigentlich gar nicht mehr sagen, wer da welche politische Vorstellung verwirklicht hat. Man kann höchstens noch den Prozess nachzeichnen, aus denen sich das Gesetz schließlich ergeben hat. Die veränderte staatsrechtliche und verfassungspolitische Lage hat also auch Rückwirkungen auf die Verwaltungskultur.

#### IV. Erschütterung der disziplinären Identität

Wer diese Darstellung der Entwicklung für plausibel hält, sollte erwarten, dass das Selbstbewusstsein der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht nachhaltig erschüttert ist. Alle Voraussetzungen von Otto Mayers Projekt sind entfallen. Der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist an die Stelle des rechtswissenschaftlichen Gestalters getreten<sup>138</sup>. Das Juristenprivileg in der öffentlichen Verwaltung wankt. Das besondere Verwaltungsrecht ist zu einem Trabanten von Verfassungs- und Europarecht geworden. Der Rückbau des Rechtsstaats schreitet voran. Das Gesetz verliert an legitimierender Kraft. Die Verwaltung wuchert in Bereiche, die ihr Otto Mayer vorenthalten wollte.

All das hat der disziplinären Identität der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht aber wenig anhaben können. Scheinbar lässt sich Otto Mayers Programm ja trotzdem fortsetzen. Es macht offensichtlich weiterhin Sinn, die rechtliche Form des

<sup>134</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 2, Rn. 103–105.

<sup>135</sup> Ebd., § 2, Rn. 106–112.

<sup>136</sup> Ebd., § 2, Rn. 113–116; s. auch die noch längere Liste von Zielen des Verwaltungsverfahrens bei Hoffmann-Riem, in Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden, 2002, 9–66, 29 und bei Hoffmann-Riem, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 47–50.

<sup>137</sup> Zu den Rückwirkungen der Behandlung in einem auf spätere Verwaltungsverfahren s. vor allem Tyler, Why People Obey the Law, New Haven, 1990.

<sup>138</sup> Näher zur Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts Kahl, in Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden, 2002, 67–134.

Verwaltungshandelns zu bestimmen und fortzuentwickeln. Der Preis dieser Strategie ist allerdings nicht niedrig. Die juristische Methode, so wie Otto Mayer sie verstanden hatte, stützt das wissenschaftliche Tun nicht mehr. Denn die konkreten Aussagen zur Form sind nicht mehr getragen von einer dazu passenden normativen Grundvorstellung. Die rechtsstaatliche Form ist nicht mehr Teil eines geschlossenen konzeptionellen Gebäudes. Wie wichtig diese Form ist, kann der Wissenschaftler im Grunde nicht mehr sagen. Deshalb hat er ihrer Erosion durch die Verwaltungspraxis auch wenig entgegenzusetzen. Das systematische Anliegen beschränkt sich auf die Ordnung des Stoffs.

Wer einfach fortsetzt, was in der Vergangenheit wohlbegründet war, der bemerkt nicht unbedingt, wie grundlegend sich sein Gegenstand geändert hat. Deshalb ist so verwunderlich nicht, dass die eigentliche Erschütterung des Fachs vom entgegengesetzten Ende kommt. Die Disziplin tut sich schwer mit dem Siegeszug des Zwecks<sup>139</sup>. In einem handwerklichen Sinne kann man allerdings auch hier lange Zeit nützliche Arbeit tun. Wenn der Gesetzgeber seine Absichten in Texte gießt, kann man diese Texte interpretieren. Das wissenschaftliche Tun wird noch fruchtbarer, wenn der Gesetzgeber die Zwecke nur andeutet. Dann kann man das Werk des Gesetzgebers vollenden. Der juristische Wissenschaftler wird auch in dem häufigen Fall gebraucht, dass die neue Entscheidung des Gesetzgebers nicht bruchlos in den vorhandenen Normenbestand passt.

In einem vordergründigen Sinne ist der juristische Wissenschaftler für dieses Tun gerüstet. Er befasst sich ja mit der Interpretation des geltenden Rechts. Doch nach einer Weile lassen sich zwei Einsichten nicht mehr verdrängen: bei diesem Vorgehen wird die Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik fließend. Das beschert dem juristischen Wissenschaftler ein Legitimationsproblem. Ironischerweise wird das Problem umso größer, je mehr der juristische Wissenschaftler gebraucht wird. Je mehr Ordnung er stiftet, desto weniger kann er sich nämlich hinter der Entscheidung des Gesetzgebers verstecken.

Das führt zu der zweiten Einsicht. Wenn der Verwaltungsrechtswissenschaftler über Steuerungszwecke und über Steuerungsinstrumente spricht, kann er zwar wissenschaftliche, aber nicht juristische Autorität in Anspruch nehmen. Durch den Siegeszug des Zweckes wird also auch eine weitere Grenze fließend: die zwischen der Rechtswissenschaft und den Sozialwissenschaften. Wieder kann man sich für eine Weile behelfen. Man sucht das „Gespräch mit den Sozialwissenschaften“<sup>140</sup>. Man plädiert für „eine gewisse Öffnung der auf dem Subsumtionsmodell gründenden

---

<sup>139</sup> Vgl. *Bumke*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 73–130, 101: die Verwaltungsrechtswissenschaft „bleibt ihrer tradierten Arbeitsweise treu. Trotzdem kommt es seine Veränderung des Faches: es verliert seine Selbstgewissheit und damit auch seine großen Erzählungen von der Vergangenheit“.

<sup>140</sup> Ebd., in, 100.

bisherigen Methode“.<sup>141</sup> Man überlässt es dem privaten Engagement einzelner, sich näher auf eine der Nachbarwissenschaften einzulassen<sup>142</sup>. Man beschwört die „Eigenständigkeit des verwaltungsrechtlichen Steuerungskonzepts“<sup>143</sup> und plädiert für ein „differenziert integratives Methodenverständnis“<sup>144</sup> sowie den „normgeprägten Zugriff auf Nachbarwissenschaften“<sup>145</sup>.

Doch all diese Formeln können über das eigentliche Problem nicht hinwegtäuschen. Die Verwaltungsrechtswissenschaft und die Sozialwissenschaften unterscheiden sich nicht mehr durch ihren Gegenstand. Die disziplinäre Reinheit, die Otto Mayer durch die Begrenzung des Gegenstands auf die Form erreicht hatte, ist dahin. Wenn der Verwaltungsrechtswissenschaftler Aussagen zu Steuerungszwecken oder zu Steuerungsinstrumenten macht, kann ein Sozialwissenschaftler ihm mit der disziplinären Autorität seines Faches widersprechen.

Gegen solche Kritik kann sich der Verwaltungsrechtswissenschaftler auf die Dauer auch nicht mit dem Satz immunisieren: „Erkenntnisse aus anderen Disziplinen durchlaufen in der Regel den Filter spezifischer Verwendungstauglichkeit und erleben dabei einen Gestaltwandel. Sie büßen auf diese Weise zum Teil den ihr vom professionellen Stab der jeweiligen Disziplin zugemessenen Erklärungsgehalt ein“<sup>146</sup>. Gewiss mag der Jurist zum Schluss Gründe haben, ein Steuerungsproblem anders zu konzeptualisieren. Auch mögen für seine Arbeit zusätzliche normative Belange relevant sein, die der Sozialwissenschaftler ausgeblendet hat. Aber sein sozialwissenschaftlicher Kritiker kann trotzdem von ihm verlangen, dass er die sozialwissenschaftliche Konzeption und die empirischen Befunde erst einmal verstanden und ihr normatives Gewicht bestimmt hat.

Konsequent kann sich ein Verwaltungsrechtswissenschaftler bei Aussagen zu Steuerungszwecken und Steuerungsinstrumenten auch nicht gegen die methodischen Standards der Sozialwissenschaften immunisieren<sup>147</sup>. Natürlich sind alle

<sup>141</sup> *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 45.

<sup>142</sup> *Bumke*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73–130, 101.

<sup>143</sup> *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 38.

<sup>144</sup> Ebd., § 1, Rn. 46 unter Verweis auf *Voßkuhle*, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171–195, 188 ff.

<sup>145</sup> *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 58; s. auch *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 67: „zum Erfordernis normgeleiteter Robustheit“.

<sup>146</sup> *Voßkuhle*, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171–195, 182.

<sup>147</sup> Vgl. *Bumke*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73–130, 124: „auch wenn der Umgang mit der ‚Wirklichkeit‘ in der Regel methodisch unreflektiert erfolgt“; *Voßkuhle*, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle

sozialwissenschaftlichen Modelle selektiv<sup>148</sup>. Aber diese Selektivität hat einen Grund, gegen den auch die juristische Verwendung nichts ausrichten kann. Dahinter steht die fundamentale erkenntnistheoretische Einsicht, dass nichts sieht, wer alles sehen will<sup>149</sup>. Ebenso richtig ist es, dass empirische Sozialwissenschaft immer nur Aussagen unter methodischem Vorbehalt macht. Wenn ein Sozialwissenschaftler eine Hypothese im Experiment überprüft, kann er schließlich bestenfalls sagen: die Nullhypothese, dass der gemessene Effekt auf Zufall beruht, ist sehr unwahrscheinlich. Wie unwahrscheinlich der Zufall als Ursache sein muss, ist eine reine Frage der Konvention. Normalerweise geben sich Experimentatoren zufrieden, wenn der Zufall nicht mehr als fünf Prozent Wahrscheinlichkeit hat<sup>150</sup>. Aber wenn sich der Verwaltungsjurist auf generisches Wissen über Steuerungszwecke oder Steuerungsinstrumente beruft, kann er diesen methodischen Vorbehalt nicht auf dem Wege überspielen, der ihm bei der Entscheidung über konkrete Ereignisse hilft. Von der Richtigkeit generischen Wissens kann man sich keine persönliche Überzeugung bilden<sup>151</sup>.

## V. Wiedergewinnung der disziplinären Identität

### 1. Strategien

Was tun? Durch den Siegeszug des Zwecks ist die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht zur Interdisziplinarität verdammt. Interdisziplinarität darf aber nicht mit Methodensynkretismus oder gar Methodenlosigkeit einhergehen<sup>152</sup>. In diesem Punkt war Otto Mayers Kritik an den alten Polizeywissenschaften nur zu berechtigt. Wichtiger noch: Interdisziplinarität kann nur auf dem Boden disziplinärer Identität gedeihen<sup>153</sup>.

Disziplinen können ihre Identität auf zwei verschiedene Arten definieren: über die Methode oder über den Gegenstand. Das beste Beispiel für die erste Strategie ist die moderne Volkswirtschaftslehre. Sie definiert sich in ihrer großen Mehrheit nicht

---

Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171–195, 185: „der unsichere Umgang mit ‚Wirklichkeit‘ ist charakteristisch für das Recht“.

<sup>148</sup> Darauf hebt ab *Schmidt-Aßmann*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9–63, 18; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 39.

<sup>149</sup> S. nur *Albert*, Traktat über rationale Praxis, Tübingen, 1978.

<sup>150</sup> Das ist der Signifikanztest, Einzelheiten etwa bei *Hays*, Statistics, Fort Worth, 1994, Chapter 7.

<sup>151</sup> Dazu näher *Schulz*, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie. Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung, Köln, 1992.

<sup>152</sup> *Bumke*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73–130, 124.

<sup>153</sup> *Czada*, in Bizer, Führ und Hüttig Responsive Regulierung, Tübingen, 2002, 23–54.

über die Wirtschaft als Gegenstand, sondern über das Rationalmodell<sup>154</sup>. Das Programm ihres deskriptiven Zweigs besteht darin, menschliches Verhalten als rationale Reaktion auf die Umwelt zu erklären<sup>155</sup>. Ein typisches Beispiel für die zweite Strategie ist die Politikwissenschaft. Sie definiert sich über die drei miteinander verzahnten Gegenstände „polity, politics, policies“. Sie untersucht also Verfassungsordnungen, politische Prozesse und politische Inhalte. Zu diesem Zweck bedient sie sich jeder geeigneten Erkenntnismethode<sup>156</sup>.

Beide Möglichkeiten hat auch die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. In der ersten Lesart teilt sie mit den Sozialwissenschaften zwar den Gegenstand. Sie traktiert ihn aber mit anderen Methoden (2). In der zweiten Lesart unterscheiden sich auch die Gegenstände. Dafür gibt es wiederum zwei Möglichkeiten. Eine Lösung besteht in der These, dass der Gegenstand des Verwaltungsrechts weiter ist als der Gegenstand der Sozialwissenschaften. Das führt zu einem Selbstverständnis, das man auf die Formel bringen kann: Herrschaftsausübung unter Nebenbedingungen (3). Die dritte und beste Lösung entlarvt die Gleichheit der Gegenstände als eine bloß scheinbare. Verwaltungsrecht wie Sozialwissenschaften denken zwar über Steuerungszwecke und über Steuerungsinstrumente nach. Sie tun das aber auf dem Boden verschiedener Wirklichkeitsdefinitionen. Während die Sozialwissenschaften aus methodischen Gründen das Maß der unterstellten Sicherheit der Umwelt normalerweise relativ hoch ansetzen, jedenfalls zu Beginn ihrer Arbeit aber exakt definieren, ist die Wirklichkeitsdefinition des Rechts offen. Auf diesem Wege findet man dann auch zur Kongruenz von Gegenstand und Methode zurück (4).

## 2. Definition über die Methode

Den methodischen Unterschied zwischen dem sozialwissenschaftlichen und dem juristischen Blick auf Steuerungszwecke und Steuerungsinstrumente kann man auf verschiedenen Ebenen festmachen<sup>157</sup>. Wenn Juristen dogmatisch arbeiten, dann be-

<sup>154</sup> Allerdings sei nicht verschwiegen, dass dieser methodische Ausgangspunkt auch im eigenen Fach prominente Widersacher hat. Zu nennen sind vor allem verhaltenstheoretische (etwa: *Camerer*, Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction, New York, NY, 2003) und evolutorische Ansätze (etwa: *Nelson and Winter*, An Evolutionary Theory of Economic Change, Cambridge, MA., 1982).

<sup>155</sup> Programmatisch *Becker*, The Economic Approach to Human Behavior, Chicago, 1976; *Becker*, The Economic Way of Looking at Behavior. The Nobel Lecture, Stanford, CA, 1996. Um Missverständnisse zu vermeiden: zu der Umwelt gehört häufig auch das strategische Verhalten anderer rationaler Akteure. Dann hängt die eigene Entscheidung von den Erwartungen über das Verhalten anderer ab, und deren Verhalten wieder von den Erwartungen über das eigene Verhalten usw. ad infinitum. Zur Bedeutung solcher Situationen für das Recht näher *Baird, Gertner and Picker*, Game Theory and the Law, Cambridge, Mass., 1994.

<sup>156</sup> Einen Eindruck vermittelt *Goodin and Klingemann*, A New Handbook of Political Science, 2000.

<sup>157</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 60f., der nach Brückenmethoden, Brückendaten, Brückentheorien und Brückenbegriffen fragt.

dienen sie sich der hermeneutischen Methode<sup>158</sup>. Sie wollen den Sinn des Gesetzestextes verstehen. Dabei kann ihnen sozialwissenschaftliche Theorie Deutungsmuster liefern. Die hermeneutische Aufgabe besteht aber nicht in der Falsifikation von Hypothesen, die aus dieser Theorie abgeleitet sind. Das hermeneutische Verstehen geschieht auch nicht in einem durch eine sozialwissenschaftliche Theorie begrenzten konzeptionellen Rahmen. Der juristische Interpret bleibt frei, eine bestimmte sozialwissenschaftliche Theorie durch eine andere zu ersetzen. Für Sozialwissenschaftler noch beunruhigender: er kann die eine Theorie auch um dazu eigentlich gar nicht passende Elemente einer anderen Theorie ergänzen. Das ist möglich, weil Verstehen nicht in gleicher Weise dem Ideal der Objektivität verpflichtet ist wie sozialwissenschaftliches Erklären<sup>159</sup>. Der um das Verstehen des Gesetzestextes bemühte Jurist baut theoretische Elemente in die Geschichte ein, die er erzählt. In gleicher Weise verwendet der verstehende Jurist die mit harten sozialwissenschaftlichen Methoden gewonnenen empirischen Befunde. Für Verstehen ist die Anschaulichkeit konkreter Fälle genauso wichtig wie die Stringenz einer Konzeption.

Der dogmatisch arbeitende Jurist legt keinen literarischen oder journalistischen Text aus, sondern das Gesetz. Wenn er am Richterrecht arbeitet, tritt der aus einem einzelnen Urteil oder einer Rechtsprechungslinie abgeleitete implizite Satz an die Stelle des Gesetzes. Der ausgelegte Text beansprucht also Geltung. Hier schließt sich zum ersten Mal der Kreis zu Otto Mayers Programm. Wer geltendes Recht auslegt, übt Herrschaft aus. Die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht tun das ganz unmittelbar. Der juristische Wissenschaftler tut es indirekt, indem er Verwaltung und Gerichten eine bestimmte Auslegung nahelegt.

Die Methode muss darauf Rücksicht nehmen. Das zeigt sich etwa, wenn eine Interpretation bestehen bleibt, obwohl mittlerweile beachtliche Gründe für eine alternative Interpretation laut geworden sind. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung<sup>160</sup> und das Vertrauen der Rechtsunterworfenen auf die bisherige Interpretation können sich also zumindest auf Zeit gegen die bessere sozialwissenschaftliche Einsicht durchsetzen. Außerdem ist die Interpretation eingebettet in das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. So kann das Gebot eines fairen Verfahrens verbieten, die Parteien gleichsam in letzter Sekunde mit einer neuen Erkenntnis zu überfallen, auf die sie sich in ihrer Verhandlungsführung nicht einstellen konnten.

Juristen arbeiten adversatorisch. Beide Parteien erhalten die Chance, ganz verschiedene Geschichten zu erzählen. Im Verwaltungsverfahren und vor den Verwaltungsgerichten kann sich der Bürger auch darauf beschränken, die Plausibilität der Geschichte der Verwaltung zu erschüttern. Das ist nicht nur eine Spielart der her-

---

<sup>158</sup> Zum Unterschied zwischen der hermeneutischen und der szientistischen Methode näher *Mantzavinos*, *Naturalistic Hermeneutics*, Cambridge, 2005.

<sup>159</sup> Zum szientistischen Ideal der Objektivität näher *Daston*, in Bödeker, Reill und Schlumbohm *Wissenschaft als kulturelle Praxis, 1750–1900*, Göttingen, 1999, 17–32.

<sup>160</sup> *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 45.

meneutischen Methode. Das adversatorische Verfahren ist auch eine weitere Antwort auf das Herrschaftsproblem. Es dient der prozeduralen Fairness. Zugleich soll es helfen, der Verwaltung und den Verwaltungsgerichten Legitimität zu verschaffen. Nach Möglichkeit soll es auch bewirken, dass sich die Adressaten in die staatliche Intervention fügen.

Verstehen ist zwar die Voraussetzung juristischen Handelns. Es erschöpft sich darin aber nicht. Letztlich müssen Juristen entscheiden. Juristische Dogmatik ist keine Grundlagenforschung, sondern angewandte Wissenschaft<sup>161</sup>. Die regulative Idee ist nicht die Wahrheit, sondern die Richtigkeit der Entscheidung. „Rechtsanwendung ist ein Akt sozialer Gestaltung“<sup>162</sup>. Dem muss die Methode entsprechen<sup>163</sup>. In der juristische Dogmatik gibt es keine ein für allemal richtigen Interpretationen, sondern nur vertretbare Entscheidungen. Es kann Wandel geben, obwohl sich der Normtext nicht ändert. Ein und dieselbe Norm kann in unterschiedlichen Kontexten unterschiedliche Bedeutung haben<sup>164</sup>. Man kann den Unterschied zu den Sozialwissenschaften auch so beschreiben: Juristen entscheiden über konkrete Lebenssachverhalte. Sozialwissenschaftler entscheiden dagegen über den konzeptionellen Weg, auf dem sie die Wirklichkeit enträtseln wollen. Sozialwissenschaftler sind skeptisch gegenüber behaupteten Erklärungen. Juristen sind skeptisch gegenüber vorgeschlagenen Entscheidungen.

Der Entscheidungsbezug hat Folgewirkungen<sup>165</sup>. Juristen müssen in vertretbarer Zeit und zu vertretbaren Kosten entscheiden. Deshalb müssen sie den Prozess des Verstehens oft schon abbrechen, wenn noch viele sozialwissenschaftliche Hypothesen ungeprüft oder gar unformuliert sind. Juristen wie Sozialwissenschaftler konstruieren Wirklichkeit. Sie tun das aber auf ganz andere Weise. In den Sozialwissenschaften liegt das konstruktive Element im gewählten Paradigma, in den Annahmen eines Modells oder im Design der Methoden zur Überprüfung einer Hypothese. Im Recht ist die Wirklichkeitskonstruktion das Ergebnis von Verfahren<sup>166</sup>. Sie ergibt sich etwa aus Darlegungs- und Beweislast, aus Mitwirkungsobliegenheiten und Rechtskraft, aus der Feststellungswirkung von Verwaltungsakten und aus einer Verständigung zwischen den Parteien. Das gilt allerdings nicht notwendig auch für jeden juristischen Wissenschaftler.

<sup>161</sup> Diesen Punkt habe ich näher entfaltet in *Engel*, in *Engel Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, Baden-Baden, 1998, 11–40 ; s. auch *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 45.

<sup>162</sup> *Hoffmann-Riem*, in *Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 9–72, 32.

<sup>163</sup> Ebd., in, 19.

<sup>164</sup> Ebd., in, 28 f.

<sup>165</sup> Die sich im übrigen auch beim Sozialwissenschaftler zeigen, wenn er gestalten oder beraten will.

<sup>166</sup> *Hoffmann-Riem*, in *Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 9–72, 23 und 25.

Sozialwissenschaftler schreiben für ihre Fachkollegen. Juristen schreiben für ein Publikum, dem nicht nur juristische Wissenschaftler angehören<sup>167</sup>. Zu ihrem Publikum gehören vielmehr auch die Parteien des Prozesses, die Richter höherer Instanzen, die übrigen Adressaten der angewendeten Regeln und die politische Öffentlichkeit<sup>168</sup>. Wenn sie all diese Adressaten erreichen wollen, kann die Beachtung der methodischen Standards der Sozialwissenschaften nicht das einzige Kriterium sein. Juristische Wissenschaftler können sich dieser Notwendigkeit allerdings entziehen und ausschließlich für andere Wissenschaftler schreiben.

### 3. *Zähmung von Herrschaft unter veränderten Bedingungen*

Wenn sich die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht ausschließlich über die ihr eigene Methode definiert, wird sie auf Dauer in der Verteidigungsposition gegenüber den Sozialwissenschaften bleiben. Denn im Wettbewerb der Disziplinen wird sie dann an ihren wissenschaftlichen Leistungen gemessen werden. Es mag durchaus sein, dass die hermeneutische Methode manchmal zu schnelleren oder besseren Ergebnissen kommt als die szientistische. Auch in den Sozialwissenschaften gewinnt hermeneutisches Verstehen ja wieder an Boden<sup>169</sup>. Aber warum sollte man durch die Brille eines historisch kontingenten Gesetzestextes wirklich mehr über Steuerungszwecke oder Steuerungsinstrumente lernen als aus der unvoreingenommenen Warte des Sozialwissenschaftlers? Und welchen wissenschaftlichen Ertrag soll es abwerfen, wenn man nebenbei auch noch an Legitimation oder Akzeptanz denkt? Zu einem angemessenen Urteil über die Leistungen juristischer Wissenschaftler wird es deshalb nur kommen, wenn sich das Fach schon durch seinen Gegenstand von den Sozialwissenschaften unterscheidet.

Eine radikale Option besteht in der offensiven Rückkehr zu Otto Mayer. Die disziplinäre Aufgabe besteht dann weiterhin in der Zähmung von Herrschaft. Diese Aufgabe muss nur unter veränderten Bedingungen bewältigt werden. Ob und wie sozialwissenschaftliche Methoden und Befunde verwendet werden, bestimmt sich nach ihrem Nutzen für die Domestizierung von Herrschaft. Wenn die Gesetze ohne Blick auf den verfolgten Zweck nicht mehr angewendet werden können, muss sich das Recht eine Vorstellung von diesen Zwecken verschaffen. Auch fremdes Wissen über den Nutzen und die Kosten von Steuerungsinstrumenten können dem Recht helfen, ihren Missbrauch zu verhindern. Die Sozialwissenschaften werden zu Hilfswissenschaften des Rechts.

Viele literarische Beiträge zur Abgrenzung zwischen Recht und Sozialwissenschaften lassen sich so lesen. Da ist von der „Sicherung juristischer Verwendungs-

<sup>167</sup> Ebd., in, 20–27.

<sup>168</sup> Näher Engel, *The Impact of Representation Norms on the Quality of Judicial Decisions*, 2004, <http://ssrn.com/abstract=617821>.

<sup>169</sup> Dazu (kritisch) Mantzavinos, *Naturalistic Hermeneutics*, Cambridge, 2005.

tauglichkeit“ sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse die Rede<sup>170</sup>, von der „Sicherung des normgeprägten Zugriffs auf Nachbarwissenschaften“<sup>171</sup> oder von einem „Erfordernis normgeleiteter Robustheit“<sup>172</sup>. Es wird die disziplinierende Kraft des allgemeinen Verwaltungsrechts<sup>173</sup> und die Ordnungsleistung der Lehre von den Handlungsformen betont<sup>174</sup>.

#### 4. Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition

Auf dem gerade bezeichneten Wege stellt man zwar die Kongruenz von Gegenstand und Methode wieder her. Der Preis ist aber hoch. Nach wie vor ist der Erfolg des Versuchs einer Steuerung durch Recht selbst keine Rechtsfrage. Es bleibt bei der ausschließlichen Orientierung am Problem der Herrschaft. Zu multipolaren Rechtsverhältnissen müsste die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht schweigen. Die Disziplin würde am Programm Otto Meyers festhalten, obwohl seine verfassungsrechtlichen und seine staatstheoretischen Voraussetzungen entfallen sind.

Steuerungszwecke und Steuerungsinstrumente müssen also in die Definition des Gegenstands der Disziplin aufgenommen werden. Wie kann das gelingen, ohne dass der Unterschied zwischen Verwaltungsrechtswissenschaft und Sozialwissenschaften verloren geht? Der Schlüssel liegt in der präziseren Definition von Steuerung. Was Steuerung heißt, hängt nämlich von der Definition der Wirklichkeit ab, auf die der Staat in Steuerungsabsicht einwirkt.

Die Sozialwissenschaften gehen regelmäßig von einer ziemlich sicheren Welt aus. Vielleicht gibt es Risiken. Oft wird aber angenommen, dass deren Wahrscheinlichkeiten bekannt sind. Jedenfalls ist der Problemraum meist wohldefiniert<sup>175</sup>. Steuerung braucht dann nicht mit Überraschungen fertig zu werden. Für diese Selbstbeschränkung sollte man die sozialwissenschaftliche Steuerungstheorie nicht tadeln. Durch die einschränkende Annahme kann sie Steuerungsprobleme präzise rekonstruieren und Steuerungsinstrumente als logische Antwort auf diese Probleme konzipieren. Im übrigen gibt es natürlich auch sozialwissenschaftliche Arbeiten, die ganz bewusst Steuerung im offenen Problemraum untersuchen<sup>176</sup>.

<sup>170</sup> Hoffmann-Riem, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 59.

<sup>171</sup> Ebd., in, 58.

<sup>172</sup> Ebd., in, 67.

<sup>173</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 10.

<sup>174</sup> Ebd., § 6, Rn. 35.

<sup>175</sup> Näher Kirzner, in Boettke und Prychitko The Market Process. Essays in Contemporary Austrian Economics, Brookfield, 1994, 38–44; Caplan, in Rowley und Schneider Encyclopedia of Public Choice, Boston, 2004, 468–470.

<sup>176</sup> S. etwa Japp, in Engel, Halfmann und Schulte Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen, Baden-Baden, 2002, 35–74; Stehr, in Engel, Halfmann und Schulte Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden, 2002, 17–34.

Der Unterschied zwischen dem Recht und den Sozialwissenschaften lässt sich also nicht an einer bestimmten Wirklichkeitsdefinition festmachen. Wohl legt sich ein Sozialwissenschaftler aber auf eine bestimmte Wirklichkeitsdefinition fest, bevor er sich an die Arbeit macht. Genau das kann der Verwaltungsrechtler nicht. Er muss mit einer offenen Wirklichkeitsdefinition arbeiten. Manchmal heißt das, dass er von vornherein unter Bedingungen hoher Unsicherheit entscheidet. Das gilt insbesondere im Anwendungsbereich des Vorsorgegrundsatzes.

Vor allem kann er Überraschungen aber niemals ausschließen. Bei erster Näherung mag der Gegenstandsbereich noch so aufgeräumt wirken. Immer ist möglich, dass plötzlich ein Faktum oder ein Gesichtspunkt auftaucht, der nicht in das bisherige Weltbild passt. Dann darf der praktizierende Verwaltungsrechtler weder die Entscheidung verweigern noch die Überraschung ignorieren. Will der Verwaltungswissenschaftler die Verbindung zur juristischen Praxis nicht durchschneiden, muss auch er diese Offenheit haben. Genauer: er kann seinen Untersuchungsgegenstand zwar so definieren, dass er vor Überraschungen gefeit ist. Er darf Steuerungsprobleme aber nicht so konzeptualisieren und Steuerungsinstrumente nicht so beschreiben oder ausgestalten, dass auch in der Anwendungspraxis keine Überraschungen mehr passieren dürfen. Oder in den Worten von Arthur Kaufmann: der Verwaltungsrechtswissenschaftler muss den zergliedernden Verstand in ein Gleichgewicht zu der auf den Zusammenhang und die Einheit des Wissens abzielenden Vernunft bringen<sup>177</sup>.

Diese konstitutive Offenheit der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht ist folgenreich. Es wird deutlich, warum das Recht so vieles zugleich anstrebt<sup>178</sup>: punktuelle Steuerung und Veränderung des Rechtsbewusstseins<sup>179</sup>; Überzeugung und Zwang; Konfliktbewältigung und Fortentwicklung der Regel<sup>180</sup>. Es wird dadurch nämlich robust gegen überraschende Störungen. Gerade die mittlerweile in Vergessenheit geratenen Elemente in Otto Mayers Projekt erweisen plötzlich ihre Funktionalität. Die Konstruktion von Sicherheit durch zweiseitige Verbindlichkeit ist ein hervorragendes Instrument zur Bewältigung von Unsicherheit.

Dogmatik erweist sich als elegante Antwort. Sie kann mit einem stets nur vorläufigen Grad an Gewissheit zurechtkommen und vermittelt trotzdem Verlässlichkeit. Sie ist das Instrument zur permanenten Rekonstruktion von vorläufiger Sicherheit auf der Grundlage des bis jetzt Verstandenen. Ihr gelingt es, trotz offen eingestander Vorläufigkeit und Kontextgebundenheit intersubjektivität herzustellen.

---

<sup>177</sup> Kaufmann, in Kaufmann Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln, 1984, 119–125, 120f.

<sup>178</sup> Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9–63, 20 beschreibt Recht als institutionelles Arrangement.

<sup>179</sup> Ebd., in, 18.

<sup>180</sup> Näher zu dem Bündel der Ziele Engel, in Rengeling Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverband, Baden-Baden, 2001, 17–49.

Ebenso elegant ist die für das Recht typische Trennung zwischen Regelbildung und Regelanwendung. Auf diese Weise steht die Geltung der Regel nämlich unter dem Vorbehalt, dass im konkreten Fall Gesichtspunkte gefunden werden, die zu ihrer Modifikation nötigen.

Wenn vorher feststeht, dass auch nachher keine Gewissheit da sein kann, kommt es auf die Zuständigkeitsordnung an. Gesetzliche Regeln zur Verwaltungsorganisation sind keine vernachlässigbare Nebensache. Das Verfahren bekommt einen Eigenwert. Gleichbehandlung wird essenziell. Die Rechtsordnung muss dafür sorgen, dass die Betroffenen auch mit einer möglicherweise falschen Entscheidung leben können. Deshalb muss es einen Instanzenzug geben. Das Verfahrensrecht muss zwischen dem Wunsch nach mehr Sicherheit über die Entscheidungsgrundlage und der Notwendigkeit vermitteln, innerhalb vertretbarer Zeit und zu vertretbaren Kosten zu entscheiden.

Die Offenheit der Wirklichkeitsdefinition ist nur die eine Hälfte. Erst wenn man das Merkmal der Herrschaftsausübung hinzunimmt, hat man die Identität der Disziplin definiert. Otto Mayers Problem hat sich also nicht erledigt. Auch heute bedarf Herrschaft der Zählung. Auch die Form ist deshalb nicht entbehrlich oder nebensächlich geworden. Diese Zählung muss aber von einer Disziplin bewältigt werden, die zugleich auch Steuerungsprobleme lösen will. Bei näherem Zusehen ist die Ausübung von Herrschaft dabei keine Besonderheit des öffentlichen Rechts. Alles staatliche Recht wird notfalls mit souveräner Autorität verbindlich festgestellt und, wenn nichts anderes hilft, mit souveräner Gewalt durchgesetzt.

Dass Herrschaft ausgeübt wird, ist aber nicht nur das zweite definitorische Element. Die Zählung von Herrschaft kann auch auf das Maß der Unsicherheit zurückwirken, unter der entschieden werden muss. Ein anschauliches Beispiel sind Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote. Der Respekt vor den Rechtsunterworfenen gebietet, dass die Rechtsordnung eine Chance nicht wahrnimmt, das Maß der Unsicherheit zu vermindern. Ein anderes Beispiel ist der einstweilige Rechtsschutz. Weil einer Partei ein längeres Verfahren nicht zugemutet werden kann, wird auf eigentlich unnötig unsicherer Grundlage entschieden.

Aus der Offenheit der Wirklichkeitsdefinition folgt nicht etwa, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft gegen die Methoden oder gegen die Befunde der Sozialwissenschaften verschließen müsste. In geeigneten Situationen kann sich die Disziplin dafür sogar weitgehend öffnen. Ein gutes Beispiel gibt das Kartellrecht. Die Rechtswissenschaft hat keinen Grund, die immer präzisere ökonomische Fundierung der Tatbestände zu verhindern. Gerade dann, wenn die Rechtspraxis unter hoher eingestandener Unsicherheit entscheiden muss, sind sozialwissenschaftliche Modelle oft die einzige Möglichkeit, überhaupt begründete Aussagen zu machen. Auch dort, wo die klassische Dogmatik nicht hilflos wäre, kann und sollte sie sich auf das überlegene Wissen und auf die überlegenen Fähigkeiten der Sozialwissenschaften zur Rekonstruktion von Steuerungsproblemen und Lösungen einlassen. Die Sozialwissenschaften können der Rechtswissenschaft „empirisch abgesichertes

Erfahrungswissen bieten, Wirkungszusammenhänge erklären und durch das Aufzeigen von Wahrscheinlichkeiten und Gesetzmäßigkeiten Orientierung über künftige Entwicklungsrichtungen gesellschaftlicher Prozesse und politischer Systeme geben<sup>181</sup>.

Die Beachtung sozialwissenschaftlicher Methoden kann der rechtswissenschaftlichen Aussage gerade auch im Verhältnis zur Anwendungspraxis zusätzliche Legitimität verleihen. Man kann darin sogar die Wiedergewinnung der Legitimation durch die Form entdecken, die für Otto Mayers Projekt tragend war. Nur dass es sich jetzt nicht mehr (ausschließlich) um die Form des Rechts handelt, sondern (auch) um die disziplinäre Form einer Sozialwissenschaft. Diese von einer Nachbarwissenschaft geborgte Legitimität ist umso notwendiger, je stärker die legitimierende Kraft des Gesetzestextes abnimmt.

Aus der Abschottung gegenüber den Sozialwissenschaften, auf der Otto Mayer bestanden hat, ist also ein arbeitsteiliges Verhältnis geworden. Die Rolle der Rechtswissenschaft beschränkt sich dabei weder auf die Rezeption von Theoremen und Ergebnissen noch auf die Übernahme von methodischen Standards. Vielmehr besteht eine wichtige Funktion der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht darin, die Erträge sozialwissenschaftlicher Forschung für das Recht nutzbar zu machen. Anders als in Otto Mayers Programm besteht die Aufgabe der juristischen Wissenschaft also nicht mehr bloß in der Gewinnung allgemeiner Regeln durch Abstraktion aus konkreten Erfahrungen. Komplementär ist die Rolle der Konkretion von Forschungsergebnissen und Forschungsmöglichkeiten hinzugetreten, die in den stärker an der Grundlagenforschung interessierten Sozialwissenschaften gewonnen werden. Auf diese Weise wird sozialwissenschaftliche Qualität auch in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis verfügbar, obwohl die methodischen Standards dieser Wissenschaften unter den Bedingungen des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens nicht eingelöst werden könnten<sup>182</sup>.

Wenn man das Proprium als die Ausübung von Herrschaft bei offener Wirklichkeitsdefinition beschreibt, ist also der Boden für die fruchtbare Nutzung der Sozialwissenschaften bereitet. Der Rechtswissenschaft ist es nur eines verwehrt: sie darf ihren Diskurs nicht ganz auf szientistische Argumente reduzieren<sup>183</sup>. Methodenge-

---

<sup>181</sup> *Schmidt-Aßmann*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9–63, 16; s. auch *Hoffmann-Riem*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9–72, 37 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 47.

<sup>182</sup> Dazu näher *Engel*, The Difficult Reception of Rigorous Methodology from the Social Sciences in the Law. <http://ssrn.com/abstract=875797>.

<sup>183</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 46 unter Verweis auf *Voßkuhle*, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171–195, 186 ff.

rechtheit ist für sich allein noch keine ausreichende Grundlage für die Legitimation rechtswissenschaftlicher Arbeit. Die Rechtswissenschaft wird nicht zur Sozialwissenschaft<sup>184</sup>. Indem sie sich auf die Sozialwissenschaften einlässt, kann die Rechtswissenschaft ihre eigene Aufgabe aber besser erfüllen.

## VI. Schlussbemerkung

Otto Meyers Projekt kann nicht mehr unser Projekt sein. Dieser Beitrag hat aber gezeigt, dass wir es halten können wie Otto Mayer. Aus der Auseinandersetzung mit seinem Projekt ergibt sich die unserer Zeit gemäße Identität der Disziplin. Otto Mayer hatte das Recht des Polizeistaates nicht in Bausch und Bogen verworfen. In der Fiskustheorie hatte er den Kern des Rechtsstaats entdeckt, dem er zur vollen Entfaltung verholfen hat. In ähnlicher Weise entdeckt dieser Beitrag in dem Streben nach der Zähmung von Herrschaft ein nach wie vor gültiges Anliegen. Er hält dies nur nicht mehr für das einzige Anliegen, dem sich die Verwaltungsrechtswissenschaft verschreiben sollte. Er hält die strikte Bindung an die rechtsstaatliche Form auch nicht mehr für die einzige Lösung des Herrschaftsproblems. Vielmehr plädiert er dafür, das Spannungsverhältnis zwischen Herrschaftsausübung und wirksamer Steuerung zum neuen Gegenstand der Disziplin zu bestimmen. Die Formel von der Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition bewältigt die Grenzziehung zu den Sozialwissenschaften. Zu dieser Lösung gelangt man gerade dann, wenn man die von Otto Mayer zur Blüte gebrachte juristische Methode ernst nimmt.

---

<sup>184</sup> Um meine Leser nicht zu verwirren: man kann den gleichen Befund natürlich auch in meine ältere Formel gießen: Recht ist *angewandte* Sozialwissenschaft, Engel, in Engel Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden, 1998, 11–40.

# „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin

*Matthias Jestaedt*

I. Ringen um die Wissenschaftlichkeit .....	242
II. Was ist Öffentliches Recht? .....	243
1. Welche Normen zählen zum Öffentlichen Recht? .....	243
2. Welche (Sub-)Disziplinen zählen zur Lehre vom Öffentlichen Recht? .....	247
III. Die publizistischen Anwendungswissenschaften: Methodik und Dogmatik im Öffentlichen Recht. ....	247
1. Disziplinwerdung durch Übernahme der zivilistischen Methodik und Dogmatik .....	248
2. Stationen der Emanzipation vom zivilistischen Subsumtionsparadigma .....	249
3. Die Inadäquanz des Subsumtionsparadigmas im Öffentlichen Recht .....	250
a) Quis interpretabitur? Quis iudicabit? .....	250
b) Die Legitimations- und die Gewaltenteilungsfrage .....	251
c) Verfassungsrecht als Rahmenrecht. ....	251
d) Abwägung als Paradigma des Öffentlichen Rechts .....	252
e) Rechtsanwendung im Stufenbau der Rechtsordnung .....	252
f) Das prozedurale Moment der Rechtsaktualisierung .....	253
g) Rechtskonkretisierungskonkurrenzen. ....	253
4. Diskurs- und Konkretisierungsjurisprudenz: Argumentation statt Interpretation und Dogmatik statt Methode .....	254
a) „Ablösung“ der Interpretation durch Konkretisierung und Argumentation .....	255
b) Der funktionellrechtliche Ansatz .....	258
c) „Konstitutionalisierung“ der Rechtsanwendung: Die „verfassungs- konforme Auslegung“ .....	258
5. Jurisprudenz als Steuerungswissenschaft: Von der Interpretations- zur Handlungs- und Entscheidungswissenschaft .....	259
6. Fortbestehende Grundannahmen über Rechtsgewinnung und Rechts- wissenschaft. ....	261
a) Gegenstandserzeugte Disziplin: Rechtswissenschaft im Singular .....	263
b) Juristische Eigenrationalität im Singular .....	263
c) Normbegriff und Rechtsanwendungsverständnis .....	264
d) Rechtsdogmatik als Rechtsquelle .....	266
IV. Die Disziplinfrage im Lichte von Wissenschaftstheorie und Rechtstheorie .....	267
1. Die innere und die äußere Herausforderung juridischer Wissenschaftlich- keit – oder: Die Fixierung auf die interdisziplinäre Anschlussfähigkeit .....	267

2. Die wissenschaftstheoretische Perspektive: Disjunktion und Konjunktion von Formal- und Materialobjekt . . . . .	267
a) Konstituens disziplinärer Identität: das Formalobjekt . . . . .	267
b) Die Bedeutung des Materialobjekts bei der Wahl des Formalobjekts . . . . .	269
c) Disziplinäre Konsequenz: Von der Rechtswissenschaft zu den Rechtswissenschaften . . . . .	270
d) Echte und unechte Subdisziplinen . . . . .	271
3. Die rechtsgewinnungstheoretische Perspektive: Rechtsgewinnung aus Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung . . . . .	272
a) Institutionalisierte Vollpositivität: Das moderne Recht als autopoietisches System. . . . .	272
b) Von der statischen zur dynamischen Rechtsbetrachtung . . . . .	273
c) Disziplinäre Konsequenz: Unterschiedliche Regimes für Rechtsdarstellung und Rechtsherstellung . . . . .	274
4. Vom Wesen und Wert intra- wie interdisziplinärer Kommunikation. . . . .	277
a) Notwendigkeit intra- und interdisziplinärer Kommunikation . . . . .	277
b) Regeln intra- und interdisziplinärer Kommunikation . . . . .	278
c) Ein Wort zur rechtswissenschaftlichen „Anschlussfähigkeit“ . . . . .	280
V. Die Verantwortung der Dogmatik vom Öffentlichen Recht für den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz . . . . .	281

## I. Ringen um die Wissenschaftlichkeit

Das Urteil, als Wissenschaft wertlos oder doch wenigstens minderwertig zu sein, hat die Rechtswissenschaft wohl zu allen Zeiten gefürchtet<sup>1</sup> und die Besten ihrer Protagonisten dazu angespornt, sich für die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz in die Bresche zu werfen. Auch der wohl radikalste Neubestimmungsversuch, angetreten unter dem programmatischen Namen der „Reine Rechtslehre“, ist Ausdruck des Strebens, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz zu sichern. So umschreibt *Hans Kelsen* im Vorwort der 1934 erschienen 1. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ das eigentliche movens für die Entwicklung einer „reinen, das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigten, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln“: „Von allem Anfang an war dabei mein Ziel: Die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischem Raisonement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben. Es galt, ihre nicht auf Gestaltung, sondern ausschließlich auf Erkenntnis des Rechts gerichteten

<sup>1</sup> Locus classicus: *Julius von Kirchmann* Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848. Zur Einordnung der Rolle und Sichtweise von Kirchmanns im zeitgenössischen Kontext s. die Kontroverse zwischen *Christoph Engel* JZ 2006, 614 sowie 1118f., und *Horst Heinrich Jakobs* JZ 2006, 1115ff.

Tendenzen zu entfalten und deren Ergebnisse dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern.“<sup>2, 3</sup>

Just die Lehre vom Öffentlichen Recht als jenem Recht, dessen Regelungsgegenstand das ist, was man landläufig unter Politik versteht,<sup>4</sup> kann politische Implikationen weniger als die Privatrechts- und die Strafrechtslehre verleugnen. Seit jeher gilt das „Öffentliche Recht“ als die politiknächste „Säule“ in der akademischen Trias. Sie sieht sich daher in besonderer Weise dem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und auf disziplinäre Selbstvergewisserung angewiesen. Eingespannt zwischen die tendenziell gegenläufigen Ansprüche, theorieorientierte Geisteswissenschaft *und* praxisorientierte Gebrauchswissenschaft zu sein, riskiert namentlich die Publizistik<sup>5</sup> – wie die Lehre vom Öffentlichen Recht im Folgenden genannt sei –, weder dem einen noch dem anderen Anspruch Genüge leisten zu können.

## II. Was ist Öffentliches Recht?

### 1. Welche Normen zählen zum Öffentlichen Recht?

Bevor indes der Frage nachzugehen ist, ob und gegebenenfalls in welcher Weise vom „Öffentlichen Recht“ als wissenschaftlicher Disziplin gesprochen werden kann, sei die Frage – wenn schon nicht beantwortet, so doch zumindest – aufgeworfen, was eigentlich der Gegenstand der folgenden Betrachtungen sei. Dabei geht es zunächst nicht darum, dass mit „Öffentlichem Recht“ nicht das Öffentliche Recht als Recht, sondern die Lehre vom Öffentlichen Recht gemeint ist; auf diese bezeichnungsübliche Äquivokation von Gegenstand der Disziplin einerseits und Disziplin selbst andererseits, bei der es sich nicht bloß um eine dem Bedürfnis nach Kürze geschuldete Sprachnachlässigkeit handelt,<sup>6</sup> wird noch zurückzukom-

---

<sup>2</sup> Hans Kelsen *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. 1934, IX. Vgl. des weiteren *dens.* *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2. Aufl. 1928, VII (Vorrede zur 1. Aufl. 1920).

<sup>3</sup> Dabei mag hier auf sich beruhen, dass Kelsen hier einen sehr engen, auf der disziplinären Identität einer normwissenschaftlich-deskriptiven Perspektive beruhenden Begriff von Jurisprudenz zugrunde legt. Dazu die Hinweise bei Matthias Jestaedt *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2006, 42 Fn. 124.

<sup>4</sup> Speziell zum Verfassungsrecht als „politisches Recht“: Josef Isensee in: HStR VII, 1. Aufl. 1992, § 162 Rn. 1 ff., 5 ff. m. w. N.

<sup>5</sup> Die an das Analogon der Zivilistik angelehnte Begriffsbildung sieht sich dem Einwand ausgesetzt, einen bereits anderweitig besetzten Begriff umzuprägen. Für das hier verfolgte Erkenntnisinteresse sei diese Vorgehensweise aber *faute de mieux* gestattet.

<sup>6</sup> Durchaus repräsentativ insoweit der einleitend-programmatische Satz bei Eberhard Schmidt-Aßmann *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, Kap. 1 Rn. 1 (Hervorhebungen nicht im Original): „Das allgemeine Verwaltungsrecht ist mehr als eine akademische Disziplin, die Rechtsformen und Verwaltungsverfahren, Organisationsrecht und Staatshaftungsrecht lose verbindet. Es ist eine Ordnungsidee, die dazu beitragen soll, sich immer wieder der größeren Zusammenhänge, der durchlaufenden Entwicklungslinien und der Adäquanz der in den einzelnen Rechtsinstituten getroffenen Zuordnungen zu vergewissern.“ – Der Verwechslung oder

men sein.<sup>7</sup> Hier geht es vielmehr zunächst darum, in Erinnerung zu rufen, dass das Öffentliche Recht als positivrechtliches Substrat wissenschaftlicher Analyse mehrdeutig und keineswegs sinnidentisch ist.

Mit Öffentlichem Recht kann zunächst – als Gegenüber des Privatrechts einer- und des Strafrechts andererseits – das Verwaltungsrecht gemeint sein. Allgemein wird auch das Staats- bzw. Verfassungsrecht dem Öffentlichen Recht zugeschlagen,<sup>8</sup> wenngleich bei diesem üblichen Begriffsverständnis die mitgedachte Entgegensetzung zu Privat- und Strafrecht nicht mehr recht zu überzeugen vermag. Gerade unter dem Aspekt der Normenhierarchie steht das Verfassungsrecht dem Verwaltungsrecht nicht näher als dem Privat- und dem Strafrecht. Vollends verliert die Troika von Privat-, Öffentlichem und Strafrecht ihre disziplinsystematische Berechtigung, wenn das europäische Unions- und Gemeinschaftsrecht, welches selbst – bislang – weder sub specie des Rechtsweges noch des Haftungsregimes zwischen Öffentlichem und Privatrecht unterscheidet,<sup>9</sup> sowie das Völkerrecht ohne weiteres dem Öffentlichen Recht zugeschlagen werden.<sup>10</sup> Die überkommene Lehr- und Forschungsgestalt der akademischen Facheinteilung überdeckt, dass hier inkompatible Zuordnungsparameter miteinander kombiniert werden.<sup>11</sup>

Ohne dass die zunehmenden Schwierigkeiten, neuartige, nicht selten durch Privatisierungsprozesse entstandene Regelungsmaterien eindeutig entweder dem Regime des Öffentlichen oder jenem des Privatrechts zuzuordnen, in Bezug genom-

---

auch Ineinssetzung entspricht es, dass nur sehr selten konsequent zwischen – präskriptiven, dem positiven Recht zugehörigen – Rechtssätzen (Rechtsnormen) und – deskriptiven, der Rechtswissenschaft zugehörigen – Rechtsaussagesätzen unterschieden wird; dazu näher *Jestaedt* (o. Fn. 3), 45 m. w. N., s. auch 52 ff. (zu den unterschiedlichen Facetten der „Verbindlichkeit“/Präskriptivität).

<sup>7</sup> Dazu nachfolgend IV. 2. c).

<sup>8</sup> So geht etwa die Generalklausel des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten mit ihrer Formulierung „öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten *nichtverfassungsrechtlicher* Art“ (§ 40 I 1 VwGO – Hervorhebung nicht im Original) davon aus, dass auch verfassungsrechtliche Streitigkeiten solche öffentlich-rechtlicher Art sind. Vgl. stellvertretend: *Dirk Ehlers* in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hg.), VwGO, Stand: 13. Erg.-Lfg. April 2006, § 40 (Bearbeitungsstand: 9. Erg.-Lfg. September 2003) Rn. 137 ff.; *Ferdinand Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke* VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 31 f., 32a ff.; *Helge Sodan* in: ders./Jan Ziekow (Hg.), VwGO, 2. Aufl. 2006, § 40 Rn. 57 ff., bes. 61, 183 ff., je m. w. N.

<sup>9</sup> Vgl. nur *Ehlers* (o. Fn. 8), § 40 Rn. 23 f. m. w. N.

<sup>10</sup> Unmissverständlich ist insofern die gerade im Englischen und Französischen übliche Bezeichnung des Völkerrechts als „Public International Law“ resp. als „Droit international public“. – Die Kategorieninkonsistenz bzw. der Kategorienwechsel zeigt sich auch hier: Das Völkerrecht als das „internationale öffentliche Recht“ und das, was man als Internationales Privatrecht zu bezeichnen pflegt, legen sowohl bezüglich des Begriffspaares von „öffentlich – privat“ als auch bezüglich des Begriffs des Internationalen unterschiedliche Verständnisse zugrunde.

<sup>11</sup> Zur Rolle der akademischen Lehr- und Forschungsgestalt für den methodischen Zugriff überhaupt: *Christoph Möllers* in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 3 Rn. 57, s. a. Rn. 21 f.

men werden müssten,<sup>12</sup> verliert schließlich selbst der – stillschweigend zumeist als stabil, weil als rechtswesenhaft vorausgesetzte – Gegensatz von Öffentlichem und Privatrecht zusehends an Bedeutung und Berechtigung.<sup>13</sup> Nicht nur, dass Öffentliches und Privatrecht mittlerweile als „wechselseitige Auffangordnungen“ prädiiziert werden.<sup>14</sup> Noch weitergehend zeigt sich gerade im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, dass es sich bei beiden nicht um Rechtswesens-, sondern lediglich um Rechtsinhaltsgegensätze handelt.<sup>15</sup> Die bedeutsamsten Unterschiede, die das positive Recht an die Qualifikation eines Rechtssatzes als einer Norm des Öffentlichen respektive des Privatrechts knüpft – nämlich ein je spezifisches Organisationsformen-, Handlungsformen-, Haftungs- und Rechtswegeregime –,<sup>16</sup> werden relativiert durch die Vorgaben des Verfassungs- wie des Gemeinschaftsrechts, die Beachtung verlangen, gleichviel, ob in Rechtsformen des Öffentlichen, des Straf- oder des Privatrechts gehandelt wird. So setzt sich die These sowohl von der Fiskalgeltung der Grundrechte<sup>17</sup> als auch jener des Gebotes demokratischer Legitimation mehr und mehr durch.<sup>18</sup> Das grundgesetzliche Kompetenzregime verteilt gleichermaßen öffentlich-, straf- und privatrechtliche Materien auf Bund und Länder. Eine „Flucht ins Privatrecht“<sup>19</sup> lohnt für den Staat grundsätzlich nicht mehr. Und bekanntlich ist auf keine der vier Schlussfolgerungen: „staatlich, also öffentlichrechtlich“ und „staatlich, also nicht-privatrechtlich“ sowie umgekehrt „öffentlichrechtlich, also staatlich“ und „privatrechtlich, also nichtstaatlich“ Verlass. Nicht die Rechtsform, sondern der Akteur – der Staat oder der Private – markiert den entscheidenden (verfassungs)rechtlichen Bezugspunkt von Rechten und Pflichten. Und als wäre da-

---

<sup>12</sup> Welche Abgrenzungs- und Zuordnungsschwierigkeiten gerade die unterschiedlichen Privatisierungsphänomene aufwerfen, lässt sich eindrucksvoll am zusehends anschwellenden Umfang der Kommentierungen zu § 40 VwGO ablesen (vgl. nur die Nachweise o. Fn. 8).

<sup>13</sup> Grundlegende Kritik an der These vom (Wesens-)Gegensatz von Öffentlichem und Privatrecht bereits bei *Hans Kelsen* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 2. Aufl. 1923 (1. Aufl. 1911), 630–655; *dem.* AöR 31 (1913), 53 (75 ff.); *dem.* Allgemeine Staatslehre, 1925, 80–91, bes. 90 f. Zur heutigen Kritik am Dualismus vgl. *Ehlers* (o. Fn. 8), § 40 Rn. 18–20 m. w. N.

<sup>14</sup> Dazu die Beiträge in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996.

<sup>15</sup> Also um eine Unterscheidung bzw. um ein Begriffspaar, welche bzw. welches *allein* aus positivrechtlichen Gründen (und darum auch nur im Maße der positivrechtlichen Regelung) Bedeutung besitzt. – Zur Unterscheidung von Rechtswesens- von Rechtsinhaltsbegriffen: *Felix Somló* Juristische Grundlehre, 1917, § 10 (S. 26 ff., bes. 27); *Kelsen* Staatslehre (o. Fn. 13), 18 f. m. 375 u. ö.; *Adolf Julius Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 290 ff. und passim.

<sup>16</sup> Dazu etwa *Ehlers* (o. Fn. 8), § 40 Rn. 21 f.

<sup>17</sup> Stellvertretend: *Markus Möstl* Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999, 76 ff., 89 ff.; *Horst Dreier* in: ders. (Hg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 III Rn. 65–72, je m. w. N.

<sup>18</sup> Zur Fiskalgeltung des Gebotes demokratischer Legitimation: *Matthias Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 245 f., 248 f.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11 ff., bes. 13; *Karl-Peter Sommermann* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Abs. 2 Rn. 146.

<sup>19</sup> Locus classicus: *Fritz Fleiner* Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 326.

mit nicht schon genug der Relativierung: Die Rechtstheorie steuert die Erkenntnis bei, dass – bezogen auf eine staatliche Rechtsordnung<sup>20</sup> – *sämtliches* Recht entweder von staatlichen Organen selbst oder aber in Ausübung einer staatlichen Rechtsetzungsdelegation von Privaten gesetztes Recht ist.<sup>21</sup> Recht, welches sich nicht auf eine staatliche Rechtserzeugungsermächtigung zurückführen, sich also nicht in den staatlichen Rechtserzeugungszusammenhang einordnen lässt, kann in dieser staatlichen Rechtsordnung keine Geltung – und damit keine normative Existenz<sup>22</sup> – beanspruchen.

Wenn im Folgenden ungeachtet dessen vom Öffentlichen Recht als der Gesamtheit verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Normen unter Hinzuziehung der Normen des Unions- und Gemeinschaftsrechts gehandelt wird, so trägt diese Begrifflichkeit der tradierten akademischen Lehr- und Forschungsgestalt der unterschiedlichen Rechtsbereiche in Deutschland Rechnung.<sup>23</sup> In diesem pragmatisch-deskriptiven Sinne sei zunächst von der Lehre vom Öffentlichen Recht als einer von der Privatrechts- und Strafrechtslehre abgrenzbaren Disziplin gesprochen.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Entsprechende Modifikationen sind vorzunehmen, berücksichtigt man überdies das Gemeinschafts- und Unionsrecht einerseits sowie das Völkerrecht andererseits. Hier hängt es davon ab, ob man eine bei der staatlichen Rechtsordnung ihren Ausgangspunkt nehmende (monistische) oder aber umgekehrt beim Unionsrecht oder auch Völkerrecht ihren Ausgangspunkt nehmende (ebenfalls monistische) Rechtsbetrachtung vornimmt; nur im ersteren Falle wäre das *staatliche* Recht letzter (positivrechtlicher) Geltungsgrund für Recht.

<sup>21</sup> Richtungweisend *Hans Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 261 f.; aus dem jüngeren Schrifttum: *Josef Isensee* FS Bernhard Großfeld, 1999, 485 (490 f.); *Wolfgang Roth* in: Jürgen Wolter/Eibe Riedel/Jochen Taupitz (Hg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht*, 1999, 229 (233 ff.); *Matthias Jestaedt* VVDStRL 64 (2005), 298 (331 m. Fn. 132); *ders.* (o. Fn. 3), 25 f. m. Fn. 75.

<sup>22</sup> Zur Geltung als der spezifisch normativen Existenz: *Kelsen* (o. Fn. 21), 7, 9 f., 22, 196, 215 u. ö.; *ders.* *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, 2, 3, 22 f., 39, 136 f., 139, 167 f., 171; *Gabriel Nogueira Dias* *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, 2005, bes. 216 ff., 246 ff. sowie 275 ff.

<sup>23</sup> Die Zusammengehörigkeit von Staats- bzw. Verfassungsrecht einerseits und Verwaltungsrecht andererseits – unter zunehmender und zunehmend selbstverständlicher Einbeziehung auch des Unions- wie Gemeinschaftsrechts – spiegelt sich in besonderer Weise in der akademischen Sozialisation nieder, wenn die – nicht immer ausgesprochene – Erwartung im Raume steht, dass, wenn die Dissertation dem Staatsrecht gegolten hat, die Habilitationsschrift tunlichst dem Verwaltungsrecht gewidmet sein solle et vice versa. Gemeinhin werden in Deutschland nach wie vor Lehrstühle nicht isoliert für Verfassungsrecht oder Verwaltungsrecht, sondern kumulativ für Staats-/Verfassungs- und Verwaltungsrecht – eben: für Öffentliches Recht – ausgeschrieben. Mit wachsender Selbstverständlichkeit wird dem heute auch das Recht der Europäischen Union zugeschlagen. Nicht selten wird sogar auf den Ausweis einer eigenen europarechtlichen *Venia* verzichtet. Bezeichnend ist überdies, dass die bedeutsamste wissenschaftliche Organisation der Öffentlichrechtler im deutschen Sprachraum seit ihrer Gründung im Jahre 1922 und auch seit ihrer Wiederbegründung im Jahre 1949 „Vereinigung der deutschen *Staatsrechtslehrer*“ heißt, obschon auf ihren Tagungen fast von Beginn an auch verwaltungsrechtliche Themenstellungen traktiert worden sind.

<sup>24</sup> Zu Kennzeichen und Bedeutung eines anspruchsvolleren, wissenschaftstheoretisch fundierten Begriffs einer Disziplin s. u. IV.1. und 2.a).

## 2. Welche (Sub-)Disziplinen zählen zur Lehre vom Öffentlichen Recht?

Eine letzte Vorbemerkung: Sosehr auf der Unterscheidung von Öffentlichem, Straf- und Privatrecht als der Grundorientierung rechtswissenschaftlicher Beschäftigung beharrt wird, so üblich – und wie zu zeigen sein wird: so folgenreich – ist es, dass von der Rechtswissenschaft, so auch von der Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft, gemeinhin im Singular gesprochen wird, so als ob es sich, jenseits der genannten drei Zweige, um eine einzige, identische Disziplin handelte. In aller Regel werden darunter – unter Vernachlässigung dessen, wofür sich der Name „Grundlagen(disziplinen)“ eingebürgert hat – allein die Gebrauchstheorien des Rechts, die beiden anwendungsorientierten (Sub-)Disziplinen der (Verfassungs- und Verwaltungsrechts-)Methodik und (Verfassungs- und Verwaltungsrechts-)Dogmatik, verstanden, die im Folgenden ob ihres Praxisbezuges als Rechtsanwendungswissenschaften<sup>25</sup> bezeichnet werden. Sosehr die dogmatische Jurisprudenz eine Besonderheit rechtswissenschaftlicher Disziplinbildung im deutschsprachigen Raum bildet, sowenig darf ihr disziplinärer Status hierzulande als auch nur annähernd geklärt gelten. Vielfach werden Dogmatik und Methodik überhaupt nicht getrennt, sondern in nicht weiter aufgehellter Weise als Einheit behandelt.<sup>26</sup> Doch davon wird noch später zu handeln sein. – Folgt man – aus darstellerischen Gründen – zunächst der Gleichsetzung der Rechtswissenschaft einerseits mit der (Methodik und) Dogmatik andererseits, so hat dies für den publizistischen Zweig der Rechtswissenschaft unter anderem zur Folge, dass jene Subdisziplin, für die es in den anderen Zweigen kein rechtes Pendant gibt,<sup>27</sup> nämlich die Verfassungs- und Grundrechtstheorie, hier zunächst nur mittelbar, d. h. über ihren Bezug zur (Verfassungs-)Dogmatik, von Belang ist.

### III. Die publizistischen Anwendungswissenschaften: Methodik und Dogmatik im Öffentlichen Recht

Im Weiteren sei, schon um angesichts der Ausführungen von *Christoph Engel*<sup>28</sup> Überschneidungen und Wiederholungen möglichst zu vermeiden, kein im engeren

<sup>25</sup> Um Missverständnissen vorzubeugen: Es geht hier nicht um die Wissenschaften von der Rechtsanwendung (etwa im Gegensatz zu jenen der Rechtsetzung), sondern um jene Rechtswissenschaften, die unmittelbaren praktischen Bezug haben, d. h. um Teilnehmer- und Gebrauchstheorie im Gegensatz zu bloßer Beobachtertheorie.

<sup>26</sup> Beispielhaft dafür die (meisten) Beiträge in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004.

<sup>27</sup> Bei Lichte betrachtet kennt auch die Verwaltungsrechtswissenschaft keine elaborierte und verselbständigte „Verwaltungs(rechts)theorie“, so dass die Verfassungstheorie ein *specificum* der Verfassungsrechtswissenschaft (und, in dem Maße, in dem auch dem Gemeinschaftsrecht Verfassungscharakter zugebilligt wird, der Gemeinschaftsrechtswissenschaft) markiert; vgl. auch *Möller* (o. Fn. 11), § 3 Rn. 58 m. w. N.

<sup>28</sup> In diesem Band, 205ff.

Sinne entwicklungsgeschichtlicher Zugang gewählt,<sup>29</sup> sondern ein eher wissenschaftstheoretischer. Dieser macht zwar die Bezugnahme auf entwicklungsgeschichtliche Daten keineswegs überflüssig, zielt aber doch nicht primär auf deren zeitliche Kontextualisierung, sondern auf deren inneren disziplinären Kontext.

### 1. Disziplinwerdung durch Übernahme der zivilistischen Methodik und Dogmatik

Wenngleich selbstredend bereits weit vor der Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland von Öffentlichem Recht und einer diesbezüglichen Lehre gesprochen werden kann – an die Reichspublizistik und die Policywissenschaft sei erinnert<sup>30</sup> –, vollzog sich die Disziplinwerdung und der Aufstieg der Staats- und Verwaltungsrechtslehre als selbständiger dogmatischer Wissenschaft doch erst mit der Übernahme der „juristischen Methode“ aus der Zivilistik.<sup>31</sup> Die „juristische Methode“, die es der Publizistik erstmals gestattete, sich scharf von anderen, älteren wie benachbarten Staatswissenschaften abzugrenzen, indem man eben „rein juristisch“ arbeitete, war im Horizont der Pandektistik auf den von der Historischen Rechtsschule gelegten Fundamenten entwickelt worden. Es war der *Puchta*-Schüler *Carl Friedrich von Gerber*, der den Methodenwandel im Öffentlichen Recht durch Übertragung der „konstruktiven juristischen Methode“ initiierte,<sup>32</sup> und es war niemand Geringerer als *Paul Laband*, der ihn vollendete.<sup>33</sup> Der staatsrechtliche Positivismus, den namentlich *Otto Mayer* auch für das Verwaltungsrecht fruchtbar machte,<sup>34</sup> kann, wenngleich notgedrungen verkürzend, charakterisiert werden als begriffsjuristisch-konstruktiver Gesetzespositivismus. Der für ihn charakteristische begriffsjuristische Subsumtions-syllogismus weist eine kaum zu übersehende Ähnlichkeit mit dem deduktiv-nomologischen Erklärungsmodell – auch als *Hempel-Oppenheim*-Schema bekannt<sup>35</sup> – auf

<sup>29</sup> Eine ausführliche entwicklungsgeschichtliche Darstellung auch bei *Christian Bumke* in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, 2004, 73–130. Zum Umgang mit „historischem Wissen“ in der Verwaltungswissenschaft: *Christoph Möllers* ebd., 131 ff.

<sup>30</sup> Dazu eingehend *Michael Stolleis* *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, 1988, 230 ff. und 366 ff., bes. 372 ff.

<sup>31</sup> Näher *Stolleis* (o. Fn. 30), Bd. II, 1992, 330 f., 331 ff.

<sup>32</sup> Initialzündung: *Carl Friedrich von Gerber* *Ueber öffentliche Rechte*, 1852; letztgültige Gestalt: *ders.*, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, (1. Aufl. 1865) 3. Aufl. 1880.

<sup>33</sup> Dessen Hauptwerk: *Paul Laband* *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1. Aufl. 1876 ff. (3 Bde.), 5. und letzte Aufl. 1911 ff. (4 Bde.). Zu Konzeption und Rezeption des Werkes vgl. *Stolleis* (o. Fn. 31), 343–348 m. w. N.

<sup>34</sup> Eingehend (und differenziert) dazu *Alfons Hueber* *Die „juristische“ Methode im Verwaltungsrecht*, 1982, passim, bes. 13 ff. sowie 125 ff.; zu *Otto Mayers* methodologischem Programm auch *Christoph Engel*, in diesem Band, 205 ff. Zur Rolle *Fleiners* jüngst *Roger Müller* *Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867–1937*, 2006, passim, bes. 29 ff., 47 ff., 161 ff., 186 ff., 210 ff.

<sup>35</sup> Das von *Carl Gustav Hempel* und *Paul Oppenheim* entwickelte *Hempel-Oppenheim*-Schema (H-O-Schema oder auch deduktiv-nomologisches Modell, DN-Modell) ist ein deduktiv-nomologisches Erklärungsmodell, wonach ein Ereignis oder ein Sachverhalt aus einem allgemeinen Gesetz und einer Reihe spezieller Umstände, den sogenannten Anfangsbedingungen, gefolgert wer-

und fühlt sich dem Exaktheits- und Objektivitätsanspruch moderner Wissenschaften verpflichtet.

## 2. Stationen der Emanzipation vom zivilistischen Subsumtionsparadigma

Sehr bald zeigte sich jedoch, dass der in dem sogenannten Subsumtionsparadigma sich ausdrückende Anwendungspositivismus<sup>36</sup> aus vielerlei Gründen für die Verfassungsrechtswissenschaft, aber auch, wenngleich mit zeitlicher Verzögerung, für die Verwaltungsrechtswissenschaft kein überzeugendes Deutungsangebot mehr zu unterbreiten vermochte. So gegensätzlich die Positionen im Weimarer Richtungsstreit auch waren, keiner der Protagonisten – weder so gegensätzliche Antipositivisten wie *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* und *Hermann Heller* noch der dekonstruktivistische Geltungspositivist *Hans Kelsen*<sup>37</sup> – ergriff Partei für den staatsrechtlichen Positivismus, dessen methodisches Konzept je länger je mehr im Verdacht stand, auf idealisierten und daher wirklichkeitsfernen Vorstellungen sowohl des Rechts in seiner Vielfalt als auch der Rechtsanwendungssituation gegründet zu sein.<sup>38</sup>

Die Wiederaufnahme der Publizistik nach dem Untergang des Nationalsozialismus stand zunächst ganz im Zeichen der Konkurrenz der Antipositivisten, der Konkurrenz zwischen Smendianern und Schmittianern,<sup>39</sup> ehe diese mit dem Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts nach und nach dem bis heute ungebrochenen Verfassungsgerichtspositivismus Platz machen musste.<sup>40</sup> Das Bundesverfassungsgericht kennt, von gelegentlichen Bekenntnissen zur sogenannten „objektiven Auslegungsmethode“ einmal abgesehen,<sup>41</sup> nicht das *eine* festgefügte Methodensetting, dem es ebenso stetig wie konsequent folgte.<sup>42</sup> Mehr als die Mahnung an Methodenbewusstsein, Methodenehrlichkeit und Methodenstrenge gilt die Berufung darauf, Karlsruhe habe es so begründet und entschieden. Dieser rechtsprechungspositivistische Ansatz sieht sich noch einmal kräftig akzentuiert in Theorie und Praxis der

---

den kann. Vgl. richtungweisend: *Carl Gustav Hempel/Paul Oppenheim Studies in the Logic of Explanation*, 1948.

<sup>36</sup> Zur – fruchtbaren – Unterscheidung von Anwendungs- und Geltungspositivismus: *Marietta Auer* Materialisierung, Flexibilisierung, Richterrecht, 2005, 214 ff. unter Bezugnahme auf *Friedrich Müller/Ralph Christensen* Juristische Methodik, Bd. I, 9. Aufl. 2004, Rn. 76.

<sup>37</sup> Zur Charakterisierung der juristischen Weltanschauung *Kelsens* näher: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* in: Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 2006, VII ff.

<sup>38</sup> Zum Kerneinwand der Idealisierung näher: *Ulfrid Neumann* Rechtstheorie 32 (2001), 239 ff.

<sup>39</sup> Eingehend zu den beiden konkurrierenden Denkkollektiven *Frieder Günther* Denken vom Staat her, 2004, 112 ff., 159 ff., 234 ff., 243 ff., 257 ff., 264 ff.

<sup>40</sup> Zum Verfassungsgerichtspositivismus als entwicklungsgeschichtliches und methodologisches Phänomen: *Bernhard Schlink* Der Staat 28 (1989), 161 ff.; *Ulrich Haltern* Der Staat 40 (2001), 243 ff.; *Matthias Jestaedt* in: Hommage an Josef Isensee, 2002, 183 (188 ff.).

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 1, 299 (312) – seitdem std. Rspr., vgl. namentlich BVerfGE 8, 274 (307); 10, 234 (244); 11, 126 (129–132); 20, 283 (298); 47, 109 (127); 48, 246 (256); 53, 135 (147); 53, 207 (212); 71, 81 (106); 79, 106 (121); 105, 135 (157).

<sup>42</sup> Näher dazu *Matthias Jestaedt* FS Walter Schmitt Glaeser, 2003, 267 (273 ff.) m. w. N.

Gemeinschaftsrechtsdogmatik, die über einen bisweilen recht krude anmutenden EuGH-Positivismus in vielem noch nicht wirklich hinausgekommen ist.<sup>43</sup> Das kann man ein „pragmatisches“, ein „integratives“ oder auch ein „pluralistisches“ Methodenverständnis nennen.<sup>44</sup> Methode hat unter diesen Umständen keine Konjunktur. Sie geht in Dogmatik auf – oder unter.

### 3. Die Inadäquanz des Subsumtionsparadigmas im Öffentlichen Recht

Christoph Engel hat in beeindruckender Weise aufgezeigt, dass und wie im Laufe der Zeit die Voraussetzungen entfallen sind, die das „rein juristische“ Projekt des staats- und verwaltungsrechtlichen Positivismus stützten.<sup>45</sup> Es können darüber hinaus sowohl positivrechtliche Phänomene als auch rechtsgewinnungstheoretische Strukturen namhaft gemacht werden, die zum einen gegen den Ausschließlichkeitsanspruch, ja letztlich gegen die Beibehaltung der logisch-deduktiven „juristischen Methode“ – und damit gegen die tradierte Konstruktion disziplinärer Identität – streiten und die zum anderen, wiewohl keineswegs exklusiv publizistisch, dem Öffentlichrechtler sozusagen kraft Sachnähe besonders ins Auge stechen.<sup>46</sup> Sieben Indizien seien, ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit, genannt:

#### a) *Quis interpretabitur? Quis iudicabit?*

Bereits die Gretchenfrage der Neuzeit, auf die der moderne Staat die Antwort ist, versieht die Interpretation mit einem Fragezeichen: *Quis interpretabitur? Quis iudicabit?* Die Fragen lenken den Blick darauf, dass jede rechtsförmige Entscheidung nicht mit inhaltlichen und methodischen Richtigkeitskriterien allein erfasst werden kann, sondern stets abhängig ist von der Person dessen, dem die Rechtserzeugungsmacht zugewiesen ist. Rechtserzeugung, Rechtsetzung, Rechtsanwendung oder wie immer man den Vorgang der Aktualisierung von Recht bezeichnen mag,<sup>47</sup> ist also immer *auch* eine Frage der Kompetenz und *nicht nur* eine solche der rechten Anwendung von (Auslegungs-)Methoden zur Erforschung des bereits Vorentschiedenen. Der wichtigste positivrechtliche Beleg dafür ist – im innerstaatlichen Rah-

<sup>43</sup> Freilich ist nicht zu verkennen, dass zunehmend Versuche unternommen werden, eine Methodik des Gemeinschafts- und Unionsrechts zu formulieren; pars pro toto: Müller/Christensen (o. Fn. 36), Bd. II, 2003; vgl. ergänzend Wolfgang Buerstedde *Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 2006.

<sup>44</sup> Dementsprechend wird auch nur noch selten der Einwand des Methodensynkretismus vertreten. Dazu nachfolgend Fn. 148.

<sup>45</sup> In diesem Band, 205 ff.

<sup>46</sup> Das bedeutet indes *pari passu*, dass sämtliche Indizien in gleicher Weise gegen das tradierte Rechtsgewinnungsmodell im Straf- wie im Privatrecht sprechen.

<sup>47</sup> Näher dazu unten IV.3.b).

men – die Verfassung selbst, die neben den Regeln des Staat-Bürger-Verhältnisses, den Grundrechten, zuvörderst Regeln der Rechtserzeugung enthält.<sup>48</sup>

b) *Die Legitimations- und die Gewaltenteilungsfrage*

Incidenter bestätigt dies auch das – paradigmatisch in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG niedergelegte – Gebot demokratischer Legitimation, wonach die funktionsteilig, also von Legislative, Exekutive und Judikative ausgeübte Staatsgewalt in allen ihren Erscheinungsformen vom Volke auszugehen hat.<sup>49</sup> Die Notwendigkeit einer demokratischen Rückbindung besteht aber nur für denjenigen, der im Prozess der Rechtsaktualisierung eine Eigenleistung beisteuert.<sup>50</sup> Wer, einem „Subsumtionsautomaten“ gleich,<sup>51</sup> vollauf in seinem Vollzugshandeln fremdprogrammiert ist und die an sich schon im Gesetz oder auch der Verfassung getroffene Einzelfallentscheidung nur mehr ausspricht, bedarf demgegenüber keiner (eigenständigen) Legitimation. Und umgekehrt: Just wegen des Erfordernisses der Rückführbarkeit auf den (in erster Linie) vom Gesetzgeber formulierten Volkswillen bereitet die richterliche Rechtsfortbildung jenseits (verfassungs- wie einfach)gesetzlicher Ermächtigung – nicht nur – demokratiethoretische Probleme.<sup>52</sup> – Auch der von der Verfassung betriebene Aufwand, eine arbeitsteilige Rechtsgewinnung in der Matrix horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung zu organisieren, widerstreitet der These, dass Rechtsaktualisierungsakte gleichgültig welcher Stufe sich in der hermeneutisch korrekten Dechiffrierung gegebener Fremdprogrammierung erschöpfen.

c) *Verfassungsrecht als Rahmenrecht*

Wird die Verfassung als allbezügliche<sup>53</sup> Rahmenordnung begriffen,<sup>54</sup> die nicht nur vom Gesetzgeber, sondern von aller staatlichen Gewalt zu befolgen und mit unterverfassungsmäßigem „Leben“ auszufüllen ist, so ist das ein weiteres Indiz dafür, dass jedes staatliche Organ – zumindest bei der Konkretisierung von Verfassungs-

<sup>48</sup> Die Verfassung im materiellen Sinne hat sogar aus rechtstheoretischer Sicht nur *einen* obligatorischen Inhalt: die Regeln der Rechtserzeugung. Dazu näher *Kelsen* (o. Fn. 21), 228–230.

<sup>49</sup> Vgl. nur BVerfGE 107, 59 (86 f.) m. w. N.

<sup>50</sup> Das BVerfG bringt dies durch die Formulierung zum Ausdruck, dass die besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung „*hierfür* [d. h. für die Ausübung von Staatsgewalt] einer Legitimation [bedürfen], die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt“ (BVerfGE 107, 59 [87 – Hervorhebung nicht im Original] unter Bezugnahme auf BVerfGE 38, 258 [271]; 47, 253 [272]; 77, 1 [40]; 83, 60 [71]; 93, 37 [66]).

<sup>51</sup> Zu Bild und Begriff des „Subsumtionsautomaten“ eingehend: *Regina Ogorek* *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986.

<sup>52</sup> Stellvertretend zur richterlichen Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem: *Christian Hillgruber* JZ 1996, 118 ff.

<sup>53</sup> Zu Begriff und Sache der Allbezüglichkeit: *Alexander Hollerbach* in: Werner Maihofer (Hg.), *Ideologie und Verfassung*, 1969, 37 (51 ff.); *Isensee* (o. Fn. 4), § 162 Rn. 42.

<sup>54</sup> Dazu näher: *Isensee* (o. Fn. 4), § 162 Rn. 43 ff., 49 ff. m. w. N.

vorgaben – einen eigenständigen Rechtserzeugungsbeitrag leistet, der in mehr und anderem besteht als in der bloßen Auslegung der Verfassung.

*d) Abwägung als Paradigma des Öffentlichen Rechts*

Mit dem Siegeszug der Verfassung haben sich der zunächst im Polizeirecht formulierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und, über ihn, die Abwägung zu den neuen Paradigmata des Öffentlichen Rechts entwickelt. Mit der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung<sup>55</sup> hält die Abwägung als zentraler Rechtsbildungsvorgang auch im Straf- und Privatrecht Einzug. Die Abwägung aber – so dokumentiert es bereits die Verlegenheit, ja Hilflosigkeit, die ihre Einordnung der herkömmlichen Methodenlehre bereitet – kann mit dem tradierten Kanon der „juristischen Methode“, auf deren Grundlage nach wie vor am Ideal der einen „richtigen Entscheidung“ festgehalten wird, nicht adäquat erfasst werden und bleibt ein nicht integrierbarer Fremdkörper.<sup>56</sup>

*e) Rechtsanwendung im Stufenbau der Rechtsordnung*

Was für die Verfassung „oberhalb“ des Gesetzes gilt, gilt der Sache nach auch für die Rechtserzeugungsformen „unterhalb“ des Gesetzes. Sie fügen sich zu einem positivrechtlich gestuften Rechtserzeugungszusammenhang, in dem die jeweils höherrangigen Normen, die typischerweise abstrakter und genereller in ihrer Determinationswirkung gefasst sind, von den ihr im Rang nachgehenden Normenschichten konkretisiert und individualisiert werden.<sup>57</sup> In diesem – in des Wortes wahrster Bedeutung – vielschichtigen Prozess wird (vorbehaltlich positivrechtlicher Abweichungen) auf jeder Konkretisierungs- und Individualisierungsstufe Recht erzeugt, bestehen auf jeder Stufe Befugnisse des zuständigen Rechtskonkretisierers und Rechtsindividualisierers zur Selbstprogrammierung.<sup>58</sup> Ein nomologisch-deduktives Erklärungsmodell der Rechtsgewinnung besitzt dafür weder das nötige Gespür noch den rechten Platz.

<sup>55</sup> Zum Phänomen der Konstitutionalisierung: Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, m. w. Nachw.; Robert Alexy, Philip Kunig, Werner Heun und Georg Hermes VVDStRL 61 (2002), 7 ff., 34 ff., 80 ff., 119 ff.; zur Unterscheidung von Konstitutionalisierung im *echten* und im *unechten* Sinne: Matthias Jestaedt DVBl. 2001, 1309 (1318 f.).

<sup>56</sup> Pars pro toto seien die Ausführungen bei Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 224 ff., bes. 231 f., genannt; dazu: Matthias Jestaedt in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht. XIII. Deutsch-Polnisches Verwaltungskolloquium 2003, 2005, 25 (44 ff.).

<sup>57</sup> Grundstürzend zum Konzept des Stufenbaus der Rechtsordnung: Adolf Julius Merkl FS Hans Kelsen, 1931, 252 ff. (auch in: *ders.* Gesammelte Schriften I/1, 1993, 437 ff.). Eingehend dazu: Ewald Wiederin Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl, i. E.

<sup>58</sup> Dazu Matthias Jestaedt in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 10 Rn. 5 ff., bes. 7 ff. Vgl. auch nachfolgend IV.3.b).

f) *Das prozedurale Moment der Rechtsaktualisierung*

„Typisch öffentlichrechtlich“ – aber sowenig exklusiv öffentlichrechtlich wie alle anderen genannten Indizien auch – ist des weiteren die Betonung des Verfahrensgedankens im Recht.<sup>59</sup> Das prozedurale Moment der Rechtsaktualisierung soll nämlich just den Mangel an inhaltlicher Gewissheit und Eindeutigkeit kompensieren<sup>60</sup> und hat in legislativen, administrativen und judikativen Verfahren gleichermaßen seinen Niederschlag gefunden. Für ein Rechtsgewinnungsmodell, in welchem allein die – nach den festgesetzten Werten und Wertungen sich bemessende – materiale Richtigkeit der Rechtsanwendung zählt, ist das prozedurale Element nicht ohne weiteres konzeptionell zu integrieren, gar als selbständiges Element des Rechtserzeugungsprozesses zu legitimieren.

g) *Rechtskonkretisierungskonkurrenzen*

Ein letztes Indiz: Es ist gleichsam eine „Standardsituation“ für den Öffentlichrechtler, dass die im Rechtsaktualisierungsakt vorzunehmende Konkretisierungs- und Individualisierungsleistung nicht – wie zumindest dem Anschein nach im Straf- und im Zivilrecht – nur *einem* Organ zugewiesen ist, dem Straf- oder Zivilgericht, sondern mindestens deren zwei.<sup>61</sup> Dass dem „Erstinterpret“<sup>62</sup> ein „Zweitinterpret“ und schließlich ein „Letztinterpret“ nachfolgt,<sup>63</sup> ist im Öffentlichen Recht gang und gäbe und gibt die Folie ab für zahlreiche Kompetenzkonflikte – man könnte auch von Rechtskonkretisierungskonkurrenzen sprechen: Gesetzgeber und Verfassungsgericht streiten darum, wie weit der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum reicht;<sup>64</sup> mit den Fachgerichten streitet das Verfassungsgericht darum, wie dicht die verfassungsgerichtliche Kontrolle fachgerichtlicher Judikate ausfallen darf;<sup>65</sup> und je nachdem, ob und gegebenenfalls in welchem Maße zugunsten der Verwaltung ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt ist, entscheidet sich schließlich, was die Verwaltungsgerichte in welchem Umfang nachvollziehend

<sup>59</sup> Vgl. dazu richtungweisend *Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Aßmann* Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984; aus dem jüngeren Schrifttum stellvertretend *Schmidt-Aßmann* (o. Fn. 6), Kap. 6 Rn. 46–56 und 150–174.

<sup>60</sup> Dazu knapp *Schmidt-Aßmann* (o. Fn. 6), Kap. 6 Rn. 46 und 149.

<sup>61</sup> Dazu s. auch *Walter Schmidt* Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, 58; *Möllers* (o. Fn. 11), § 3 Rn. 24, 29 und 30 m. w. N.

<sup>62</sup> Dazu richtungweisend *Paul Kirchhof* in: HStR IX, 1997, § 221 Rn. 77, der vom „gestaltenden Erstinterpret“ spricht. Aufgenommen von BVerfGE 101, 158 (236).

<sup>63</sup> Genauer wäre hier freilich von einem „Erst-“, „Zweit-“ und Letzt*konkretisierer*“ zu sprechen.

<sup>64</sup> Zu Konstruktion und Modellierung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums jüngst *Matthias Cornils* Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, passim, bes. 141 ff., 271 ff., 496 f., 544 ff., 660 ff. Den Versuch, auf der Grundlage der Prinzipientheorie dem Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht mittels einer Spielraumtheorie beizukommen, unternimmt *Robert Alexy* in: VVDStRL 61 (2002), 7 (15 ff.).

<sup>65</sup> Vgl. dazu die Nachw. o. Fn. 55.

kontrollieren und gegebenenfalls korrigieren können und was nicht.<sup>66</sup> Das mit den Konkretisierungskonkurrenzen thematisierte Phänomen des Rechtskonkretisierungsspielraums wird von einem Erklärungsansatz, wonach Rechtsgewinnung sich in der Subsumtion unter einen mittels Exegese ermittelten Obersatz erschöpft, nicht erfasst, geschweige denn erhellt.<sup>67</sup>

#### 4. Diskurs- und Konkretisierungsjurisprudenz:

##### *Argumentation statt Interpretation und Dogmatik statt Methode*

Zunächst besteht in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre, soweit sie sich überhaupt noch auf methodologische Erwägungen einlässt, weithin Konsens darüber, dass sich allein mit dem überlieferten Methodenkanon kaum ein Fall lösen lässt und dass, wo die Rechtsanwender, vornehmlich die Gerichte, sich doch einmal aus dem Argumentationsarsenal „juristischer Methode“ bedienen, sie zumeist nicht tun, was sie sagen, und sie nicht sagen, was sie tatsächlich – hinter der Fassade der „Methode“ – tun.<sup>68</sup> Auf die Unzulänglichkeit der tradierten „juristischen Methode“ zu reagieren, haben sich unterschiedliche Strategien herausgebildet, die hier weder annähernd vollständig aufgezählt noch in ihrem Kontext dargestellt werden können. Im Folgenden seien die drei aus hiesiger Sicht wirkmächtigsten Strategien herausgegriffen.<sup>69</sup> Das besondere Augenmerk gilt dabei den für das disziplinäre Selbstverständnis zentralen Akzentverschiebungen im Vergleich zu den tradierten, an der „juristischen Methode“ festhaltenden Bekenntnissen und Lehren.

Die ersten beiden Strategien, die hier verkürzend als „Konkretisierungsjurisprudenz“ und als „Diskurs-“ bzw. „Abwägungsjurisprudenz“ bezeichnet werden, ähneln sich – bei allen Unterschieden in Ausgangspunkt, Konzept und Detail – darin, dass sie die Unzulänglichkeit der „juristischen Methode“ dadurch zu kompensieren suchen, dass sie Methodik – wenn auch nicht bereits im Ansatz, so doch – im Ergebnis durch Dogmatik marginalisieren respektive substituieren. Pointiert: An die Stelle methodischer Erwägungen treten dogmatische<sup>70</sup> Argumente.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Näher dazu *Jestaedt* (o. Fn. 58), § 10 bes. Rn. 21, 31 ff., 34 ff.

<sup>67</sup> Vgl. auch *Möllers* (o. Fußn. 11), § 3 Rn. 24, s. auch Rn. 29 und 30 m. w. N.

<sup>68</sup> Statt vieler: *Martin Kriele* *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, passim; *Ralph Christensen* *Was heißt Gesetzesbindung*, 1987, 64; *Josef Isensee* FS Günther Winkler, 1997, 367 ff.; *Horst Sandler* FS Martin Kriele, 1997, 457 ff.

<sup>69</sup> Dabei sei hier eigens betont, dass die hier in idealtypischer Verkürzung dargestellten Ansätze in praxi keineswegs als alternativ verstanden werden müssen; nicht selten bedient man sich aus dem Begriffs- und Argumentationsarsenal der unterschiedlichen Ansätze und kombiniert diese.

<sup>70</sup> In einem weiteren Sinne ist hierzu auch die Ersetzung methodischer durch (verfassungs) *theoretische* Erwägungen zu rechnen. Zur hier vernachlässigten Rolle verfassungstheoretischer Argumente: *Matthias Jestaedt* *Grundrechtentfaltung im Gesetz*, 1999, 72 ff., bes. 104 ff. und 127 ff. (am Beispiel der Grundrechtstheorie).

<sup>71</sup> Vgl. bereits *Jestaedt* (o. Fußn. 70), 201 ff. – Zu betonen ist hier: *soweit* überhaupt zwischen Methodik und Dogmatik in der Sache unterschieden wird; stellvertretend mögen hier die Ausführungen von *Christian Bumke* stehen, der sich – ungeachtet des Titels seines Beitrags: „Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland“ –

## a) „Ablösung“ der Interpretation durch Konkretisierung und Argumentation

Der Einsicht, dass sich die Gewinnung von Recht nicht in der Erkenntnis von Vorhandenem erschöpft, wird terminologisch dadurch Rechnung getragen, dass statt von „juristischer Auslegungslehre“ vermehrt von „juristischer Begründungslehre“<sup>72</sup> und statt von der „Theorie juristischer Interpretation“ von der „Theorie juristischer Argumentation“<sup>73</sup> die Rede ist: Jurisprudenz wandelt sich von einer Auslegungs- zu einer Begründungswissenschaft.<sup>74</sup> Dabei werden Anleihen gemacht bei von Hause aus philosophischen Verstehens- und Begründungskonzepten: bei der Philosophischen Hermeneutik *Hans-Georg Gadamer*<sup>75</sup> einerseits und bei der Diskurstheorie *Jürgen Habermas*<sup>76</sup> andererseits.

Die *Konkretisierungsjurisprudenz*<sup>77</sup> rückt den Grundgedanken der Philosophischen Hermeneutik in den Mittelpunkt, dass es kein Verstehen ohne Anwendung gebe und dass sich das zu Verstehende erst im Prozess der Anwendung verwirkliche und vollende. Sie zieht daraus den Schluss, dass die Vorstellung einer präexistenten, nur mehr durch Aufdeckung des in sie Hineingelegten zum Sprechen zu bringenden *lex ante casum* eine erkenntnistheoretische Chimäre sei und dass Interpretation immer schon Konkretisierung bedeute, ja mit ihr in eins falle. Inter-

---

zuvörderst mit Frage der Konzeption und des Designs von Dogmatik beschäftigt (o. Fußn. 29); s. aber auch *Martin Pawlowski* Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 6 ff., 9; *Wolfgang Hoffmann-Riem* in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 9 (18 f.).

<sup>72</sup> *Hans-Joachim Koch/Helmut Rießmann* Juristische Begründungslehre, 1982; *Ralph Christensen/Hans Kudlich* Theorie richterlichen Begründens, 2001; *Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rießmann* Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003.

<sup>73</sup> Richtungweisend: *Robert Alexy* Theorie juristischer Argumentation, 1. Aufl. 1978 (hier zitiert nach 4. Aufl. 2001; die Schrift trägt den programmatischen Untertitel: „Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung“). Vgl. auch *Neumann* (o. Fn. 38), 239 ff.

<sup>74</sup> Kritisch zur Abwägungsjurisprudenz *Pawlowski* (o. Fn. 71), Rn. 821: „[...] Und im Zusammenhang dieser Denkformen [sc. der Abwägungsjurisprudenz] genügt daher zur Verständigung eine äußerliche Systematik [...], die den Überblick erleichtert; im übrigen kommt es auf Konsensbildung an. Und von daher leuchtet es ein, daß sich die juristische Methodenlehre heute zT in Argumentationstheorie und juristische Rhetorik auflöst“.

<sup>75</sup> Vgl. bes. *Hans-Georg Gadamer* Wahrheit und Methode, 5. Aufl. 1986 (auch in: *ders.* Gesammelte Werke, Bd. 2, Hermeneutik, Wahrheit und Methode, 1986, 57 ff.).

<sup>76</sup> Namentlich *Jürgen Habermas* Theorie kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1982; *ders.* in: *ders.* Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, 119 ff.; *ders.* Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994.

<sup>77</sup> Der Begriff der (Norm-, Verfassungs- oder auch Gesetzes-)Konkretisierung findet ubiquitäre, in aller Regel aber weder methodologisch noch dogmatisch weiter spezifizierte oder reflektierte Verwendung. Dass sich Rechtsgewinnung im Wege *zumindest auch* und gerade der Rechtskonkretisierung vollzieht, wird, soweit ersichtlich, von keiner Seite ernsthaft in Frage gestellt; fraglich ist hingegen, ob Rechtsgewinnung schlechthin mit Rechtskonkretisierung gleichgesetzt werden darf und welcher Begriffsinhalt in diesem Falle der Konkretisierung zukommt. Als Konkretisierungsjurisprudenz soll hier jene Richtung der Rechtswissenschaft angesprochen sein, die die (einwertig, d. h. stets rechtserzeugend verstandene) Normkonkretisierung ins – sei es methodologische, sei es dogmatische – Zentrum ihrer Rechts(gewinnungs)deutung rückt.

pretation wird als „Rechtsproduktion durch kreative Normkonkretisierung“<sup>78</sup> gedeutet.<sup>79</sup> Am prononciertesten ist das Konzept der Konkretisierung – namentlich von *Konrad Hesse*, *Friedrich Müller*, *Ralph Christensen* und *Brun-Otto Bryde*<sup>80</sup> – für die Verfassungsinterpretation ausgearbeitet worden. Nicht nur die im Anwendungsakt zu überbrückende Kluft von abstrakt-genereller und konkret-individueller Norm, sondern auch das Phänomen des Rechtswandels lässt sich damit konzeptionell erfassen.<sup>81</sup> Der philosophisch-hermeneutisch aufgeladene Konkretisierungsbegriff gibt die Folie ab für vielfältige Spielarten „evolutiver“, „dynamischer“ oder auch „kreativer“ Interpretation.<sup>82</sup>

Demgegenüber bemüht sich die *Diskurs- respektive Abwägungsjurisprudenz*<sup>83</sup> ausgehend vom diskursiv-prozeduralen Charakter der Rechtsgewinnung, den juristischen Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses auszuweisen, für den strukturell dieselben Diskurs-Regeln und -Formen gelten wie für den allgemeinen praktischen Diskurs.<sup>84</sup> Es wird eine „prozedurale Konzeption praktischer Richtigkeit“<sup>85</sup> entwickelt, die, angewendet auf die normstrukturelle Unterscheidung von Regeln (Alles-oder-nichts-Gebote) und Prinzipien (Optimierungsgebote),<sup>86</sup>

<sup>78</sup> Wendung: *Thomas Vesting* in: Christoph Grabenwarter/Stefan Hammer/Alexander Pelzl/Eva Schulev-Steindl/Ewald Wiederin (Hg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, 9 (16).

<sup>79</sup> Die Konkretisierungsjurisprudenz kann sich hier freilich nicht nur auf philosophischen Beistand berufen; auch maßgebliche Stimmen in der Rechtswissenschaft selbst hatten immer wieder auf den „produktiven“ oder auch „kreativen“ Charakter juristischer Interpretation hingewiesen. Prominentes Beispiel: *Josef Esser* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964, 250 ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 60 ff., bes. 66 ff.; *Müller/Christensen* (o. Fn. 36), passim, bes. Rn. 248 ff., 304 ff.; *Brun-Otto Bryde* Verfassungsentwicklung, 1982, passim.

<sup>81</sup> Die insoweit maßgebliche Studie auf der Basis des Konkretisierungsansatzes: *Bryde* (o. Fn. 80).

<sup>82</sup> Am prononciertesten wird, soweit ersichtlich, derzeit im Europarecht, namentlich im Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention, von einer „dynamischen“ oder auch „evolutiven“ Auslegung gesprochen, die das der Form nach unveränderte Recht seinem Inhalt nach als wandelbar, nämlich als „living instrument“ (so die Kennzeichnung der EMRK durch den EGMR in ständiger Rechtsprechung; vgl. stellvertretend: EGMR, Urt. vom 25. 4. 1978, Tyrer, Serie A 26, Z. 31; Urt. vom 13. 6. 1979, Marckx, Serie A 31, Z. 41; Urt. vom 9. 10. 1979, Airey, Serie A 32, Z. 26; Urt. vom 29. 4. 2002, Pretty, RJD 2002-III, Z. 54; dazu *Christoph Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 12 ff.) behandelt.

<sup>83</sup> Wie im Blick auf die Normkonkretisierung steht auch im Blick auf die Abwägung außer Frage, dass das geltende Recht sie kennt. Fraglich kann alleine sein, inwiefern der Rechtsgewinnungsprozess hauptsächlich oder gar ausschließlich mit dem Deutungsmuster der Abwägung zu erfassen ist. Als Diskurs- bzw. Abwägungsjurisprudenz wird daher im Folgenden jene Richtung der Rechtswissenschaft bezeichnet, die den Prozess der Rechtsgewinnung *zuvörderst* als Prozess des Diskurses respektive der Kollisionslösung mittels Abwägung zu beschreiben sucht.

<sup>84</sup> Grundlegend *Alexy* (o. Fn. 73), 261 ff., 426 ff.

<sup>85</sup> So die prägnante Wendung *Alexys* im 1991 erschienenen Nachwort zu seiner „Theorie der juristischen Argumentation“ (o. Fn. 73), 399 ff. (399).

<sup>86</sup> Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien richtungweisend: *Robert Alexy* Theorie der Grundrechte, 1985, S. 71 ff.; *ders.* ARSP Beiheft 25 (1985), 13 ff. (nun auch in: *Alexy/Koch/Kuhlen/*

zur Entwicklung des Prinzipienkollisions-Modells führt, in dessen Mittelpunkt das Abwägungsgesetz steht, welches bedingte Vorrangrelationen zu formulieren erlaubt.<sup>87</sup> Die Diskurs- respektive Abwägungsjurisprudenz ist gleichsam um die – traditionell in ihrer Rechtsbildungsfunktion unterbelichtete – Abwägung gebaut. Kein Name steht so sehr für diese Konzeption von juristischem Diskurs und Jurisprudenz wie der von *Robert Alexy*.

So unterschiedlich beide Ansätze auch sind, so ähnlich sind sie sich doch darin, dass deren Protagonisten den Focus in aller Regel nicht auf eine kritische Rekonstruktion des auf *Savigny* zurückgeführten Methodenkanons<sup>88</sup> richten und dass sie sich schwer tun damit, belastbarere Regeln der Rechtsauslegung zu entwickeln.<sup>89</sup> Das mag nicht zuletzt mit der Herkunft und der Eigenart von Philosophischer Hermeneutik und Diskurstheorie zu tun haben, die weniger als praxisorientierte Teilnehmer- und Gebrauchstheorien denn als Beobachtertheorien zu charakterisieren sein dürften.<sup>90</sup> Sie ähneln sich auch darin, dass auf ihrer Grundlage dogmatisch-inhaltliche Aspekte und nicht so sehr methodisch-strukturelle bei der Erfassung und Bewältigung von Rechtsgewinnungsvorgängen im Vordergrund stehen. Das gilt – blickt man auf die Diskurs- oder Abwägungsjurisprudenz – für die Formulierung relativer Präferenzrelationen angesichts der Kollision von Optimierungsgeboten in grundsätzlich derselben Weise wie – blickt man auf die Konkretisierungsjurisprudenz – für die Formulierung von Konkretisierungskompetenzen. Was es heißt, die dogmatische Perspektive statt der methodischen zu wählen, kann besonders gut an Beispielen aus der Verfassungsrechtslehre demonstriert werden. Herausgegriffen seien der sogenannte funktionellrechtliche Ansatz sowie die Figur der sogenannten „verfassungskonformen Auslegung“.

---

Rußmann [o. Fn. 72], 217 ff.). – In der Prinzipientheorie hat die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien nicht nur dogmatischen, sondern auch und gerade methodischen Status. Denn den unterschiedlichen Normstrukturen, Regel einerseits und Prinzip andererseits, korrelieren unterschiedliche Wege der Rechtsgewinnung. Während mit der Regel das Subsumtionsmodell assoziiert wird, aktualisiert das Prinzip sozusagen das Abwägungsmodell. Wie die normstrukturtheoretische Ebene mit dem Begriffspaar von Regel und Prinzip eine Zwei-Reiche-Lehre kennt, so kennt nunmehr auch die method(olog)ische Ebene eine Zwei-Reiche-Lehre: Rechtsgewinnung vollzieht sich danach entweder in Gestalt der Subsumtion oder in jener der Abwägung. Zur Kritik dieses Ansatzes: *Jestaedt* (o. Fn. 70), 212 ff.; *ders.* FS Josef Isensee, 2007, 253 ff.

<sup>87</sup> Dazu bes. *Alexy* Theorie (o. Fn. 86), 77 ff., bes. 79 ff. und 84 ff., s. ergänzend 117 ff.

<sup>88</sup> Freilich ist deutlich zu unterscheiden zwischen dem, was *Friedrich Carl von Savigny* tatsächlich geschrieben und vertreten hat, und dem, was ihm zugeschrieben wird. Eine Rekonstruktion der Savignyschen Auslegungslehre bei *Ulrich Huber* JZ 2003, 1 ff.

<sup>89</sup> Eine Ausnahme markiert insofern freilich die der Konkretisierungsjurisprudenz in der Gestalt der „Strukturierenden Rechtslehre“ verpflichtete, großangelegte Studie zur „Juristischen Methodik“ von *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* (Bd. I: Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2004; Bd. II: Europarecht, 1. Aufl. 2003); vgl. des weiteren *Christensen/Kudlich* (o. Fn. 72).

<sup>90</sup> Dargetan für die Philosophische Hermeneutik bei: *Jestaedt* (o. Fußn. 70), 141 ff.

b) *Der funktionellrechtliche Ansatz*

Charakteristisch für öffentlichrechtliche Konstellationen ist, wie bereits angeführt, dass mehrere funktionsverschiedene Organe im Rechtsgewinnungsprozess beteiligt sind und dass sich daher die Frage nach der Abgrenzung der jeweiligen Rechtskonkretisierungskompetenzen stellt.<sup>91</sup> Diese Frage – die im Verfassungs(prozess)recht ebenso auftaucht wie in der Ermessenslehre – wird heute ganz überwiegend nicht als ein Anstoß begriffen zu method(olog)ischen Erwägungen und daher nicht mehr unter Verweis auf die Interpretation positivrechtlicher Sätze beantwortet. Vielmehr wird sie auf der Basis des rein dogmatisch fundierten funktionellrechtlichen Ansatzes einer Lösung zugeführt. Mithilfe des Zieles sinnvoller, d. h. funktions- und organisationsadäquater Rollenverteilung und des daraus gebildeten Maßstabes „funktioneller Richtigkeit“ werden die Konkretisierungskonkurrenzen gelöst.<sup>92</sup> Bekannte Ergebnisse des funktionellrechtlichen Ansatzes sind der – nicht selten recht freischwebende – Rekurs auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, der den Vorbehalt des Gesetzes weiterführende Wesentlichkeitsvorbehalt, die Begrenzung verfassungsgerichtlicher Kontrolle fachgerichtlicher Urteile auf die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“<sup>93</sup> oder auch die Begründung von kontrollfreien administrativen Beurteilungsspielräumen.<sup>94</sup> Eine – method(olog)isch vermittelte – Rückbindung an die Strukturen der Rechtsgewinnung findet in aller Regel nicht statt. Damit aber hängt in der Luft, ob und gegebenenfalls in welcher Gestalt das zweifellos sinnvolle Regulativ für die Zuteilung von Rechtskonkretisierungskompetenzen seinerseits nur eine Maxime kluger Rechtsgestaltung ist oder aber ein Satz des positiven Rechts.<sup>95</sup>

c) *„Konstitutionalisierung“ der Rechtsanwendung:  
Die „verfassungskonforme Auslegung“*

Das zweite Beispiel der Verdrängung methodischer Argumente durch dogmatische ist gleichermaßen Mittel wie Folge der zunehmenden Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: es ist die sogenannte „verfassungskonforme Auslegung“,<sup>96</sup> die sich,

<sup>91</sup> Vgl. oben 3 g).

<sup>92</sup> Pars pro toto: *Thomas von Danwitz* Der Staat 35 (1996), 329 ff.

<sup>93</sup> Locus classicus: BVerfGE 18, 85 (92); vgl. des weiteren BVerfGE 1, 418 (420); 22, 93 (97 f.); 30, 173 (196 f.); 43, 130 (136 f.); 65, 196 (211); 72, 105 (117); 87, 48 (63). Zur funktionell-rechtlichen Argumentation jüngst *Ralf Alleweldt* Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, 219–227 m. zahlr. Nachw.

<sup>94</sup> Vgl. prononciert *Fritz Ossenbühl* in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 10 Rn. 29 f.

<sup>95</sup> Das funktionell-rechtliche Denken fußt – wenn auch regelmäßig unausgesprochen – auf der auch hier geteilten Erkenntnis, dass der Gegenstand, näherhin: die konkrete positivrechtliche Struktur der Rechtsgewinnung, auf die Methodenwahl zurückwirkt. Näher dazu unten IV.2.b).

<sup>96</sup> Dazu stellvertretend *Müller/Christensen* (o. Fn. 36), Rn. 100–104; *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 440–451, je m. w. N. Die Standardformulierung des BVerfG: „Läßt aber eine Norm mehrere Auslegungen zu, die teils zu einem verfas-

mutatis mutandis, auch im Gemeinschaftsrecht unter dem Namen der „gemeinschaftsrechts-“ oder auch „richtlinienkonformen Auslegung“ findet.<sup>97</sup> Die „verfassungskonforme Auslegung“ ist, wiewohl sie sich selbst als Auslegung ausgibt, bei Lichte betrachtet eine verfassungsinduzierte geltungserhaltende Inhaltskorrektur von Normen, vorzugsweise von Gesetzen.<sup>98</sup> Sie begründet in dogmatischer Stringenz, warum eine Norm unterhalb der Verfassungsebene mit einem bestimmten Inhalt nicht im Einklang mit dem vorrangigen Verfassungsrecht steht; sie verdeckt dabei jedoch die methodisch zu beantwortende Frage, ob der Normsetzer nicht just jenen verfassungswidrigen Norminhalt erzeugt hat.<sup>99</sup> Wie mit einer verfassungsfehlerhaften Norm umzugehen ist, ist dann wiederum keine Frage bloßer (Verfassungs-)Auslegung mehr, sondern ausschließlich eine solche der positivrechtlichen Fehlerlehre, des sogenannten Fehlerkalküls.<sup>100</sup> Um nicht missverstanden zu werden: Im Einklang mit sonstigen Anforderungen des positiven Rechts kann selbstredend einem Organ die Befugnis zur verfassungsorientierten oder auch verfassungskonformen Inhaltskorrektur von Normen zugestanden werden; es sollte hier aber zur Vermeidung von Verwechslungen nicht von „Auslegung“ im Sinne von Rechtskenntnis, sondern offen von Rechtszeugung auf der Grundlage positivrechtlich zugewiesener Kompetenzen gesprochen werden.

##### 5. *Jurisprudenz als Steuerungswissenschaft:*

###### *Von der Interpretations- zur Handlungs- und Entscheidungswissenschaft*

Die dritte und jüngste Strategie schließlich, die sich ausdrücklich gegen den mit der „juristischen Methode“ verbundenen (Alleinstellungs-)Anspruch richtet, ist der – besonders im Verwaltungsrecht entwickelte, aber ohne weiteres auch auf das Verfas-

---

sungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist die Norm verfassungsgemäß und muß verfassungskonform ausgelegt werden“ (BVerfGE 64, 229 [242]; s. a. BVerfGE 69, 1 [55]; 88, 203 [331], je m. w. N.).

<sup>97</sup> Zu letzterer vgl. eingehend *Müller/Christensen* (o. Fn. 36), Rn. 428a ff.; *dies.* (o. Fn. 43), 118 ff., bes. 130 ff.

<sup>98</sup> *Klaus Schlaich/Stefan Korioth* deuten – bei Problematisierung dieser Deutung – die verfassungskonforme Auslegung eines Gesetzes sachlich als „teilweise Nichtigerklärung ohne Normtextreduzierung“ (o. Fn. 96, Rn. 446).

<sup>99</sup> Die Verfassungskonformität des Inhalts spielt in diesem Kontext nur mehr die Rolle einer widerleglichen *praesumptio facti*. Zur sog. verfassungskonformen Auslegung aus methodologischer Sicht s. a. *Möllers* (o. Fn. 11), § 3 Rn. 30 und 54 (dort auch nachfolgendes Zitat; Hervorhebung im Original) mit dem zutreffenden Hinweis, dass dem Verfassungsrecht hier „weniger eine normative als eine *kognitive Funktion*“ zukomme.

<sup>100</sup> Zu Begriff und Sache des Fehlerkalküls grundlegend *Adolf Julius Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 191 ff., bes. 195–201 (die Bezeichnung als „Fehlerkalkül“ auf 196); ausführlich *ders.* Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923, 166 ff., 245 ff.; eingehend zu Entwicklung und Bedeutung der Lehre vom Fehlerkalkül *Rainer Lippold* Recht und Ordnung, 2000, 407–420.

sungsrecht übertragbare – steuerungswissenschaftliche Ansatz.<sup>101</sup> Auf seiner Grundlage wird die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ buchstabiert, die mehr und anderes sein will als eine „anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft“, nämlich eine „rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“.<sup>102</sup> Stellvertretend für diese neue, ihrerseits keineswegs homogene Richtung mögen die drei Namen der Herausgeber des im Erscheinen begriffenen großangelegten Handbuches zu den „Grundlagen des Verwaltungsrechts“ stehen:<sup>103</sup> *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Eberhard Schmidt-Aßmann* und *Andreas Voßkuhle*.<sup>104</sup>

Angestoßen durch ein heterogenes Bündel von Motiven, wie etwa den Unzulänglichkeiten und Ausblendungen der herkömmlichen Methodenlehre, der „Suche nach dem zukunftstauglichen Recht“<sup>105</sup>, der als unfruchtbar empfundenen Zurückweisung oder Missachtung nachbarwissenschaftlicher, namentlich sozialwissenschaftlicher Theorieangebote sowie den neuen Herausforderungen angesichts von Deregulierung und Privatisierung, Europäisierung und Internationalisierung des nationalen Rechts, steht das Postulat einer „methodischen Neuausrichtung“<sup>106</sup> im Raum. Die Verengungen des bisherigen normwissenschaftlich-dogmatischen Diskurses seien aufzubrechen zugunsten einer erweiterten Steuerungsperspektive, der sich die anspruchsvolle Aufgabe stelle, nicht nur die normativen, sondern auch die nicht-normativen Steuerungs- und Entscheidungsfaktoren (wie Personal, Organisation, Markt) gerade in ihrer Wechselwirkung mit den ersteren in die rechtswissenschaftliche Betrachtung einzubeziehen.<sup>107</sup> Stichwortartig lässt sich, bei Varianzen im Detail, der steuerungswissenschaftliche Ansatz mit vier Kennzeichen umschreiben:

(1) Im Focus des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes steht nicht mehr der isolierte Akt der Rechtsanwendung, sondern primär der Akteur im vielschichtigen und von vielen Faktoren beeinflussten Prozess der Rechtsanwendung.

<sup>101</sup> Zu dessen Rezeption in die Rechtswissenschaft programmatisch *Schmidt-Aßmann* (o. Fn. 6), Kap. 1 Rn. 33–49 m. w. N. (unter der Überschrift „Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft“).

<sup>102</sup> Zitate: *Andreas Voßkuhle* in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hg.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 1 und 15.

<sup>103</sup> Bd. I, 2006; Bd. II und III werden in enger Zeitfolge, voraussichtlich 2007 und 2008, folgen.

<sup>104</sup> Wichtige weitere Protagonisten – neben *Gunnar Folke Schuppert* – finden sich in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004.

<sup>105</sup> Wendung: *Voßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 10.

<sup>106</sup> *Voßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 15.

<sup>107</sup> Dazu und zum Folgenden *Hans-Heinrich Trute* in: *DV Beiheft 2: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, 1999, 9 (13 ff., 15 ff., 19 ff., 21 ff.); *Voßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 16. 17 ff., 29 ff., 32 ff., 37 ff., 40 ff., 43 ff., 46 f. m. zahlr. w. N. Den bislang elaboriertesten und profiliertesten Versuch einer (er)neu(ert)en Methode der Verwaltungsrechtswissenschaft hat *Wolfgang Hoffmann-Riem* in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 9–72, vorgelegt.

(2) Damit verbindet sich einerseits eine eingehende Realbereichsanalyse sowie andererseits eine nachhaltige Wirkungs- und Folgenorientierung.

(3) Da sich dies aber nicht mit normwissenschaftlichen Methoden und Techniken bewerkstelligen lässt, bedarf es einer inter-, multi- und transdisziplinären Öffnung der Jurisprudenz, d. h. der Bereitschaft, disziplinäre Rezeptionsbarrieren zugunsten eines „nachbarwissenschaftlich informierten und reflektierten“<sup>108</sup> Arbeitens niederzulegen.

(4) Eine besondere Verklammerungswirkung kommt dabei disziplinübergreifenden Schlüsselbegriffen und Leitbildern zu.<sup>109</sup>

Die herkömmliche „juristische Methode“ wird durch die Umstellung der Jurisprudenz auf eine „Steuerungswissenschaft“<sup>110</sup> keineswegs überflüssig; aber sie büßt doch ihren Alleinstellungsanspruch ein und wird durch weitere, nachbarwissenschaftlich bereitgestellte Perspektiven angereichert.<sup>111</sup> Verwandt, aber doch darüber hinausgehend, da den rechtswissenschaftlichen Kontext zugunsten einer prononciert transdisziplinären Perspektive verlassend, sind die Bemühungen um die (Wieder-)Etablierung einer Verwaltungs-,<sup>112</sup> einer Staats-<sup>113</sup> und jüngst auch einer Europawissenschaft.<sup>114</sup>

#### 6. Fortbestehende Grundannahmen über Rechtsgewinnung und Rechtswissenschaft

Die „juristische Methode“ ist tot. Es lebe die „juristische Methode“! Auch das wäre eine – nur auf den ersten Blick überraschende – Zusammenfassung der bisherigen Überlegungen. Denn bei aller Kritik am (Exklusivitäts-)Anspruch der tradierten Methode, deren rechtswirklichkeitsfernen Idealisierungen und deren Exklusion nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse<sup>115</sup> stellt keine der neueren Methoden- und Wissenschaftskonzeptionen die Berechtigung der – freilich in ihrem Anspruch beschnittenen, idealisierungsfreien und nachbarwissenschaftlich reflektierten – „juristischen Methode“ von Grund auf in Frage. Das Herzstück der tradierten Metho-

<sup>108</sup> Wendung: *Thomas Vesting* in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 253 ff.

<sup>109</sup> Zu letzteren vgl. die Hinweise bei *Jestaedt* (o. Fn. 3), 73 f. m. w. N.

<sup>110</sup> Begriff: *Gunnar Folke Schuppert* in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 65 ff.; *Schmidt-Aßmann* (o. Fn. 6), Kap. 1 Rn. 33 ff.

<sup>111</sup> Vgl. *Voßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 71; zuvor bereits *ders.* in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hg.), *Umwelt, Recht und Wirtschaft*, 2003, 171 ff. mit dem Vorschlag einer „differenziert-integrativen Methode“. Dazu nüchtern und abgewogen aus methodologischer Sicht *Möllers* (o. Fn. 11), § 3 Rn. 56, mit dem Fazit: „Verwaltungswissenschaften sind als Form eines Dialogs zwischen den Disziplinen über Verwaltung zu verstehen, der zu keiner Synthese führen muss oder soll.“ Mutatis mutandis gilt Gleiches für die Disziplincluster der Staatswissenschaft(en) und der Europawissenschaft(en).

<sup>112</sup> *Gunnar Folke Schuppert* *Verwaltungswissenschaft*, 2000.

<sup>113</sup> *Gunnar Folke Schuppert* *Staatswissenschaft*, 2003.

<sup>114</sup> *Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern* (Hg.), *Europawissenschaft*, 2005.

<sup>115</sup> Vgl. nochmals *Neumann* (o. Fn. 38), 239 ff.

dik, die Konzeption der „objektiv“-teleologischen Auslegung – wonach die Norm, sprich: der Normanwender, klüger sein kann als der Normsetzer<sup>116</sup> –, bleibt unangetastet, und die dem zugrundeliegenden rechtsgewinnungstheoretischen Annahmen bleiben weithin unreflektiert. Mit anderen Worten: Bei aller Neuausrichtung bleibt die (rechts)wissenschaftstheoretische wie rechts(gewinnungs)theoretische Pfadabhängigkeit zu den bereits vom staatsrechtlichen Positivismus geteilten Grundannahmen im Wesentlichen erhalten. Die Neukonzeptionen erweisen sich darin als Theorie-Anbauten an den Gründerzeitbau des staatsrechtlichen Positivismus, nicht als Theorie-Neubauten.<sup>117</sup> Mit der Integration weiterer methodischer Stile findet gewissermaßen eine innere Pluralisierung der Jurisprudenz statt.

Das dürfte zuvörderst damit zusammenhängen, dass bei der methodischen und disziplinären Neujustierung der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht das autochthon normwissenschaftliche Analyseinstrument der Rechts(gewinnungs)theorie, die der Funktions- und Strukturbeschreibung des Rechts als Erzeugungs- und Wirkungszusammenhang dient, praktisch ungenutzt bleibt.<sup>118</sup> Remedur für die Defizite der „juristischen Methode“ wird stattdessen außerhalb des normwissenschaftlichen Gesichtsfeldes gesucht: bei der Philosophischen Hermeneutik, bei der Diskurstheorie, im inter-, multi- und transdisziplinären Dialog.<sup>119</sup>

Gewiss ist jeder Reformansatz unvermeidlich immer mehr Anknüpfung an das Überkommene denn Neuschöpfung. Sogenannte Pfadabhängigkeiten lassen sich daher niemals vermeiden. Doch es fragt sich angesichts der von praktisch niemandem bestrittenen Defizite der „juristischen Methode“, ob die Kritik ihren Reformeifer nicht zu sehr auf bestimmte Elemente dieser Methode konzentriert und dabei andere, gewiss nicht minder fragwürdige Grundannahmen unbesehen übernimmt. Vier solcher Grundannahmen, die das Selbstverständnis der Jurisprudenz beeinflussen und bezüglich derer nahezu ungebrochene Kontinuität herrscht, seien im Folgenden kurz skizziert:

<sup>116</sup> Statt aller BVerfGE 36, 342 (362) – in stillschweigender Übernahme der Formulierung bei *Gustav Radbruch* *Rechtsphilosophie* (3. Aufl. 1932), Studienausgabe, 1999, 107. Zur Kritik sowohl der „objektiven“ Auslegungslehre als auch des Satzes vom „klügeren Gesetz“ sei stellvertretend verwiesen auf *Eberhard Baden* *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß*, 1977, 87 ff., bes. 105–109, sowie 124 ff., 173 ff., 184 ff., 192 ff., 216 ff. m. weit. Nachw.

<sup>117</sup> Dies dürfte freilich nur mit erheblichen Einschränkungen zutreffen auf den *Friedrich Müller* und *Ralph Christensen* unterbreiteten Entwurf einer juristischen Methodik (o. Fn. 89).

<sup>118</sup> Näher dazu *Jestaedt* (o. Fn. 3), 43 ff., 57 ff., 67 f. Zum „Fehlen einer adäquaten [ergänze: Rechts-]Wissenschaftstheorie“ s. a. *Bumke* (o. Fn. 29), 78 f.

<sup>119</sup> Während man die namentlich in der Zivil- und Strafrechtswissenschaft anzutreffende Strategie, auf die Herausforderung mit einer immer weiter voranschreitenden Verfeinerung des dogmatischen Werkzeugs zu reagieren, wegen des ungebrochenen Glauben an die Leistungsfähigkeit der Dogmatik im überkommenen Verständnis als *Internalisierungsstrategie* bezeichnen könnte, liegt es nahe, die Strategien, die die maßgeblichen Problemlösungskonzepte außerhalb der Rechtswissenschaft und damit gleichsam im Theorieimport suchen, als *Externalisierungsstrategien* zu rubrizieren.

a) *Gegenstandserzeugte Disziplin: Rechtswissenschaft im Singular*

Zunächst fällt auf, dass, wiewohl vereinzelt der Zusammenhang der Frage nach der disziplinären Identität mit der Alternative von gegenstandserzeugter und gegenstandserzeugender Methode angeschnitten wird,<sup>120</sup> eine weitergehende Auseinandersetzung ausbleibt und in aller Regel – ausdrücklich oder einschlussweise – davon ausgegangen wird, dass der Gegenstand, hier: das konkrete Öffentliche Recht, die disziplinäre Identität der Publizistik sichere. Die Gleichung lautet: *Ein* Gegenstand, *eine* Wissenschaft. Folgerichtig wird von der Jurisprudenz – hier: der Verwaltungs- und der Verfassungs-, der Europarechts- und der Völkerrechtswissenschaft – jeweils nur im Singular gesprochen, gleichviel ob im Verhältnis zum Recht oder im Verhältnis zu anderen Wissenschaften. Selbst die Einbeziehung fremdwissenschaftlicher Konzepte und Methoden, Erkenntnisse und Theoreme ändert nichts am Singular, an der disziplinären Einheit der Rechtswissenschaft.<sup>121</sup> Die gegenstandserzeugte Identität der Jurisprudenz wölbt sich notfalls auch über unterschiedliche methodische Zugänge.

b) *Juristische Eigenrationalität im Singular*

Eine zweite Traditionslinie bilden Verständnis und Konzeption juristischer Eigengesetzlichkeit, die sich etwa wie folgt auf einen kurzen Nenner bringen lassen: Juristen konstruieren Wirklichkeit anders als andere, etwa als Sozial- und Naturwissenschaftler. Sie bedienen sich spezifischer Methoden. Die juristische Betrachtung folgt ihrer normorientierten Eigenlogik und Eigenrationalität. Die juristische Eigengesetzlichkeit ist das *proprium* des Rechts und der Rechtswissenschaft, kurz: das *proprium* des Juristen. Das *proprium* des Rechts wie jenes der Rechtswissenschaft fallen demnach in eins.<sup>122</sup> Das belegt auch, dass es nur *eine* „juristische Methode“ gibt, die gleichermaßen für die Rechtspraxis wie für die Rechtswissenschaft Geltung beansprucht.<sup>123</sup> Folgerichtig werden rechtswissenschaftliche Teil-Disziplinen kurzerhand mit dem Namen des Rechtsgebietes benannt, welches ihr Gegenstand ist. Man spricht vom Öffentlichen Recht und versteht darunter beides: die Disziplin wie deren normatives Substrat. Dem entspricht es, dass die Unterscheidung von Rechtsbegriffen (Rechtssätzen) und Rechtswissenschaftsbegriffen (Rechtsaussagesätzen) in

---

<sup>120</sup> Stellvertretend *Gunnar Folke Schuppert* in: ders./Pernice/Halter (o. Fn. 114), 3 (16 ff.); *Vofßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 1 m. w. N.

<sup>121</sup> Auch insofern darf die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ (*Vofßkuhle*, o. Fn. 102) als exemplarisch gelten.

<sup>122</sup> Ausführlich dazu *Jestaedt* (o. Fn. 3), 27 ff. sowie insbesondere 43 ff. (zur [Kon-]Fusion juristischer Eigengesetzlichkeiten) m. w. N.

<sup>123</sup> Den verdienstvollen Versuch einer – wenn schon nicht strikten Trennung, so doch zumindest – konsequenten Unterscheidung von anwendungs- und wissenschaftsbezogenem Methodenverständnis unternimmt *Möllers* (o. Fn. 11), § 3 Rn. 21 f., 23 ff., 35 ff., 40 ff.

aller Regel nicht praktiziert, jedenfalls nicht disziplinentend und disziplinprägend durchgehalten wird.<sup>124</sup>

Mit dem Einheitsbegriff des „Juristen“ wird jedoch überdeckt, dass es sich bei Lichte betrachtet gar nicht um *eine* identische Rolle handelt, sondern – idealtypisch gesprochen – um deren zwei, nämlich zum einen um die Rolle des Teilnehmers am Rechtserzeugungsprozess und zum anderen die Rolle des Beobachters des Rechtserzeugungsprozesses. Der Gesetzgeber, der Verwaltungsbeamte und der Richter haben, zumindest in wesentlichen Teilen, eine andere Perspektive und Aufgabe bezogen auf das Recht als der Rechtswissenschaftler. Daher wäre zu fragen, ob nicht strikt – und mit Folgewirkungen für den methodischen wie disziplinären Zuschnitt der Jurisprudenz – zwischen der Eigengesetzlichkeit des Rechts und jener der Rechtswissenschaft zu trennen ist.<sup>125</sup>

### c) Normbegriff und Rechtsanwendungsverständnis

Ausgesprochen oder unausgesprochen ist auch heute noch die – im staatsrechtlichen Positivismus wenn nicht begründete, so doch verfestigte – Vorstellung nahezu Gemeinplatz, dass eine Norm oder, was dasselbe ist, ein Rechtssatz nur eine abstrakt (-generell)e Regelung sei, indes die Festsetzung einer Rechtsfolge in concreto als Rechtsanwendungsakt ohne Normcharakter bestimmt wird. Gerichtsurteile, Verwaltungsakte oder Privatrechtsverträge sind danach keine Rechtsnormen.<sup>126</sup> Nor-

<sup>124</sup> Zur Unterscheidung und zum unterschiedlichen Regime von – dem Recht selbst zugehörigem – Rechtssatz und – der Rechtswissenschaft zugehörigem – Rechtsaussagesatz: Rainer Lippold *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, 156 ff., bes. 157 m. Fn. 19; ausführlicher und noch weiter ausdifferenzierend nunmehr *ders.* (o. Fußn. 100), S. 336–357, bes. 353–357. Zum synonymen Begriffspaar von (präskriptiver) Rechtsnorm (in Lippolds Nomenklatur: Rechtssatz) und (deskriptivem) Rechtssatz (in Lippolds Nomenklatur: Rechtsaussagesatz): Hans Kelsen *General Theory of Law and State*, 1945, 45 f., 163 f.; *ders.* (o. Fn. 21), 73 ff.; *ders.* (o. Fn. 22), 18, 104, 119 ff., 124, 150; Robert Walter *Der Aufbau der Rechtsordnung*, 2. Aufl. 1974, 21 f.; *ders.* FS für Ludwig Adamovich, 1993, 714 ff.; Rudolf Thienel *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*, 1991, 133 ff.; Dias (o. Fn. 22), 265 ff. Entsprechend die Unterscheidung von Rechtsbegriff und Rechtswissenschaftsbegriff bei Bernhard Raschauer *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2003, Rn. 40 ff., bes. 40 f.

<sup>125</sup> Näher entfaltet bei Jestaedt (o. Fn. 3), 27 ff., 43 ff., 69 ff.

<sup>126</sup> Für die richterliche Entscheidung statt vieler Eduard Picker JZ 1988, 1, 62 (72); für den Verwaltungsakt stellvertretend: Hartmut Maurer *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2006, § 4 Rn. 1 ff., bes. 1 und 4 („Die Rechtssätze entsprechen den Rechtsquellen. Die Rechtsnormen sind allgemeinverbindliche Regelungen, d. h. generell-abstrakte Regelungen, die Rechte und Pflichten für den Bürger oder sonstige selbständige Rechtspersonen begründen, ändern oder aufheben.“) sowie § 9 Rn. 42 („Der Verwaltungsakt ist – wie das Urteil – ein *Rechtserkenntnis*akt, da er bestimmt, was im Einzelfall Rechtens ist.“ [Hervorhebung nicht im Original]). Folgerichtig tauchen weder der Verwaltungsakt noch das verwaltungsgerichtliche Erkenntnis in den überkommenen Rechtsquellenlehren des Verwaltungsrechts auf; selbst steuerungswissenschaftliche Neukonzeptionen und Weitungen der Rechtsquellenlehre sparen konkret-individuelle Normen aus der Rechtsquellenlehre aus, vgl. Matthias Ruffert in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 17 Rn. 8 ff., 23 ff., 30 ff. (inwieweit es dann konsequent ist, das sogenannte Richterrecht einzubeziehen, steht auf einem anderen Blatt).

men sind also – in der Unterscheidung *Paul Labands* – ausschließlich Gesetze im materiellen Sinne. In der Folge wird eine ebenso scharfe wie für die methodische Ausrichtung folgenschwere Trennlinie zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung gezogen.<sup>127</sup> In dieser Zwei-Reiche-Lehre wird, zumindest idealiter, nur im Reiche der Rechtsetzung Recht erzeugt, indes im Reiche der Rechtsanwendung vorhandenes Recht nur mehr angewendet, d. h. im Einzelfall zum Sprechen gebracht wird. Der Richter, so lesen wir es bei *Laband* – so könnte es aber der Sache nach, wenngleich wohl bei modifizierter Wortwahl, auch von der Wertungs- und der Konkretisierungsjurisprudenz, der Diskurs- und der Steuerungsjurisprudenz gesagt werden –, ist nur mehr die „viva vox legis“.<sup>128</sup>

Das Recht wird auf der einen Seite tendenziell mit der Gesamtheit der Gesetze im materiellen Sinne identifiziert.<sup>129</sup> Auf der anderen Seite ist das Gesetz nichts Abgeschlossenes, nichts historisch Verfestigtes und Unverfügbares; vielmehr „lebt“ es und entwickelt es sich, wobei es eher eine Frage der Darstellung ist, ob es aus sich heraus „dynamisch“ und „flexibel“, „zukunfts offen“ und „wandlungsfähig“ ist oder erst durch das Medium einer „viva vox“. Es ist daher alles andere als bloß eine terminologische Ungenauigkeit, wenn die juristische Methodenlehre sich als eine Methodik der „Rechtsanwendung“ ausgibt und der Sache nach kaum mehr als eine bloße Gesetzesauslegungs- und Gesetzesanwendungslehre ist, in der die Rechtsetzung keinen eigenständigen Platz zugewiesen erhält.<sup>130</sup> Sie wird vom positivrecht-

<sup>127</sup> Dazu und zum Folgenden näher *Jestaedt* (o. Fn. 3), 18–26, ergänzend 57 ff.

<sup>128</sup> *Paul Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, 5. Aufl. 1911, 178 (Hervorhebungen im Original): „Die *rechtliche Entscheidung* besteht in der Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht, sie ist wie jeder logische Schluß vom Willen unabhängig; es besteht keine Freiheit der Entscheidung, ob die Folgerung eintreten soll oder nicht; sie ergibt sich – wie man sagt – von selbst, mit innerer Notwendigkeit. Dem zur Abgabe der Entscheidung Berufenen mag es obliegen, den Tatbestand zu ermitteln, und es kann ihm bei der Feststellung desselben ein weiter Spielraum des Ermessens gelassen sein; aber immerhin hängt die Gestaltung desselben nicht von seinem Willen ab, sondern er hat ihn so zugrunde zu legen, wie er sich ihm darstellt, wie er sich in seinem Geiste als vorhanden widerspiegelt. Ebenso kann das objektive Recht (der logische Obersatz) dem Richter eine weitreichende diskretionäre Gewalt einräumen, ihm die Berücksichtigung der Billigkeit vorschreiben, ihm einen arbiträren Spruch übertragen. Trotzdem hat der Richter nicht *seinen* Willen, sondern denjenigen des objektiven Rechts zur Geltung zu bringen; er ist die *viva vox legis*; er schafft sich nicht den Obersatz, sondern er nimmt ihn hin als von einer über ihm stehenden Macht gegeben. ... Dies gilt ganz gleichmäßig, mag ein „Gericht“ oder eine „Verwaltungsbehörde“ zur Entscheidung berufen sein“. – Die Nähe zur Rechtsprechungstheorie und zum Richterbild von *Montesquieu*, wonach der Richter, ein „être inanimé“, nichts ist als „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“, wonach richterliche Entscheidungen „ne soient jamais qu’un texte précis de la loi“ und wonach die „puissance de juger [...] est en quelque façon nulle“ (sämtliche Zitate: *Montesquieu* De l’esprit des lois (1748), 1834, Bd. 1, 11. Buch, 6. Kap., 297, 300 und 305), ist unübersehbar (dazu *Jestaedt* [o. Fußn. 70], 309 ff.).

<sup>129</sup> Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes freilich überlagert die Vorstellung, alles Recht sei bereits in der Verfassung beschlossen (Verfassungssolipsismus), die Vorstellung, alles Recht sei bereits im Gesetz enthalten (Gesetzsolipsismus).

<sup>130</sup> Dazu m. w. N.: *Jestaedt* (o. Fn. 3), 57–62.

lich eingesetzten Anwendungsorgan in grundsätzlich identischer Weise gehandhabt wie vom anwendungsorientiert arbeitenden Rechtswissenschaftler.

d) *Rechtsdogmatik als Rechtsquelle*

Die Fixierung auf ein engeres, am Gesetz im materiellen Sinne ausgerichtetes Norm- und Normsetzungsverständnis zwingt, gleichsam kompensatorisch, zu einem entsprechend weiten Verständnis von Norm(auslegung und -)anwendung. Wenngleich diese – als vorausgesetzter Gegenbegriff zur Normsetzung – nicht offen als Rechtserzeugung charakterisiert wird, werden doch zunehmend stärker deren „schöpferische“ Momente betont. Das kreative Potenzial steht – die *einheitliche* Rechtsanwendungsmethode lässt auch keinen anderen Schluss zu – in gleicher Weise dem Richter wie dem Rechtswissenschaftler zu. Die „Konkretisierung“ des Rechts – gemeint ist hier das Gesetz – im Einzelfall ist, wenn auch mit unterschiedlichem Autoritätsanspruch, sowohl Sache des Richters wie jene des Rechtswissenschaftlers. Zumeist unausgesprochene,<sup>131</sup> stets jedoch mitzudenkende Folge dessen ist, dass Rechtsdogmatik zur „Rechtsfindung“, „Rechtsbildung“ oder auch „Rechtsproduktion“ beiträgt.<sup>132</sup> In durchaus exemplarischer Weise wird die Aufgabe der Rechtsdogmatik dahin bestimmt, „Konstruktionen normativer Erheblichkeit durch die Gemeinschaft der an der Rechtsproduktion Beteiligten“<sup>133</sup> zu generieren. Damit wird für sie der Sache nach der Status einer Rechtserzeugungsquelle beansprucht, die etwas kategorial anderes ist als eine bloße Rechtserkenntnisquelle.<sup>134</sup> Der Kreis scheint sich zu schließen: Die Disziplinwerdung gerade der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht verdankt sich dem Konzept der Historischen Rechtsschule und, in ihrem Gefolge, der begriffsjuristischen Konstruktionsjurisprudenz, in dem als dritte – und distinguierteste – Rechtsquelle das „Recht der Wissenschaft“, besser bekannt auch als „Juristenrecht“, fungierte.<sup>135</sup>

<sup>131</sup> Beispielhaft die Darstellung bei *Ruffert* (o. Fn. 126), die erkennbar davon ausgeht, dass rechtsdogmatischem Rasonnement rechtserzeugender Charakter zukommt oder doch zukommen kann, die jedoch den folgerichtigen Schritt, die Rechtsdogmatik unter die Rechtsquellen aufzunehmen, nicht vollzieht.

<sup>132</sup> Stellvertretend mag hier an den Vorschlag von *Ralf Poscher* erinnert werden, der zwischen „rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Rechtsproduktion“ zu unterscheiden versucht (so in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing [Hrsg.], Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht. XIII. Deutsch-Polnisches Verwaltungskolloquium 2003, 2005, 127 [130 ff., zitierte Wendung: 150]).

<sup>133</sup> Zitat: *Vofßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 6.

<sup>134</sup> Zur Unterscheidung *Jestaedt* (o. Fn. 3), 50–52.

<sup>135</sup> Vgl. namentlich *Friedrich Carl von Savigny* System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, Erstes Buch, Kap. II, §§ 14 und 15 (45 ff. und 50 ff.) sowie §§ 19 und 20 (83 ff. und 90 ff.); *Georg Friedrich Puchta* Cursus der Institutionen, 4. Aufl. 1853, Erster Bd., Erstes Buch, Kap. II, § 12 (30) und § 15 (37); *ders.* Pandekten, 8. Aufl. 1856, § 16 (28–30). Dazu näher *Ogorek* (o. Fn. 51), 144 ff., 197 ff., bes. 198 ff., 232 ff.

#### IV. Die Disziplinfrage im Lichte von Wissenschaftstheorie und Rechtstheorie

##### 1. Die innere und die äußere Herausforderung juridischer Wissenschaftlichkeit – oder: Die Fixierung auf die interdisziplinäre Anschlussfähigkeit

Die Antwort auf die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Sinne die Publizistik im besonderen und die Jurisprudenz im allgemeinen eine wissenschaftliche Disziplin<sup>136</sup> sind, hängt nicht zuletzt davon ab, wem gegenüber der Ausweis zu erfolgen hat. Ist es primär die Rechtspraxis, der gegenüber der Nachweis der Wissenschaftlichkeit zu führen ist, oder entscheidet sich die Frage der Wissenschaftlichkeit respektive der disziplinären Identität am Maße interdisziplinärer Anschlussfähigkeit, also vor dem Tribunal der anderen Disziplinen? Während die erste Frage auf das proprium des Rechts angesichts der Wissenschaft(en) vom Recht zielt und damit zuvörderst mit dem Analyseinstrumentarium der Rechtstheorie zu traktieren ist,<sup>137</sup> fokussiert die zweite Frage – wohlverstanden – das proprium der Wissenschaft angesichts der Besonderheit des Rechts und ist mithilfe der Wissenschaftstheorie einer Antwort zuzuführen. Die damit angesprochene Alternative ist nicht im Sinne eines strikten Entweder-oder zu verstehen. Vielmehr sind der auf den Gegenstand der Jurisprudenz, nämlich das Recht, zielende Aspekt auf der einen sowie der auf die wissenschaftstheoretische Fundierung der Jurisprudenz zielende Aspekt auf der anderen Seite in ihrem Zusammenwirken zu sehen. Führt man beide Aspekte systematisch zusammen, so lassen sich Grundmuster und Grundzüge einer Rechtswissenschaftstheorie formulieren.

##### 2. Die wissenschaftstheoretische Perspektive: Disjunktion und Konjunktion von Formal- und Materialobjekt

###### a) Konstituens disziplinärer Identität: das Formalobjekt

Wer sich der disziplinären Identität der Jurisprudenz vergewissern möchte, stößt auf den Streit, ob das disziplinspezifische Erkenntnisverfahren den disziplinspezifischen Erkenntnisgegenstand bestimmt oder umgekehrt. Es ist der Streit zwischen gegenstandserzeugter oder gegenstandserzeugender Methode.<sup>138</sup> Anders gewendet: Bestimmt die Wahl des Gegenstandes die Identität der Disziplin oder wird diese durch die Wahl der Methode determiniert? Der Alternative liegt die wissenschafts-

<sup>136</sup> Hier wie im Weiteren wird ein wissenschaftstheoretisch-präskriptiver Begriff von Disziplin zugrundegelegt, nicht ein wissenschaftssoziologisch-deskriptiver, wie er an der in praxi vorfindlichen akademischen Forschungs- und Lehrgestalt der Fächer abzulesen ist. Vgl. dazu auch oben II.1.

<sup>137</sup> Zur Rechtstheorie als der Referenzwissenschaft der Gegenstandsadäquanz vgl. einstweilen Matthias Jestaedt ZÖR 55 (2000), 133 (148 ff.).

<sup>138</sup> Näher dazu Oliver Lepsius Ius Commune 22 (1995), 282 (292 ff., bes. 294 f., und 303 ff., bes. 304).

theoretische Unterscheidung von Materialobjekt und Formalobjekt einer Disziplin zugrunde.<sup>139</sup> Unter dem Materialobjekt, welches bereits in der Scholastik als das „obiectum materiale“ oder auch „obiectum quod“ einer Wissenschaft bekannt war, wird das gegenständliche Substrat verstanden, auf dessen Erkenntnis und Erforschung eine Wissenschaft gerichtet ist. Demgegenüber markiert das Formalobjekt, auch „obiectum formale“ respektive „obiectum quo“ genannt, die der betreffenden Wissenschaft eigentümliche Betrachtungsweise des Materialobjekts, kurz: das Erkenntnisverfahren oder die Methode.

Nun läge es nahe, die wissenschaftstheoretische Ortsbestimmung einer Disziplin nicht alternativ, sondern kumulativ vorzunehmen: anhand des Koordinatensystems von Materialobjekt *und* Formalobjekt. Und in der Tat tendieren neuere, prononciert um die wissenschaftliche Anschlussfähigkeit der Jurisprudenz bemühte Untersuchungen dazu, das Entweder-oder zugunsten eines vermittelnden Sowohl-als-auch zu umgehen.<sup>140</sup> Wenn dieser These hier widersprochen wird, so nicht deswegen, weil nur eines der beiden Objekte unter Vernachlässigung des anderen unter ontologischen Auspizien für die disziplinäre Identität ausschlaggebend wäre. Der Widerspruch speist sich vielmehr aus rein erkenntnistheoretischen Gründen: Danach geht das Erkenntnisverfahren dem Erkenntnisgegenstand voraus. *Was* erkannt werden kann, bestimmt sich danach, *womit* erkannt wird, d. h. welches Erkenntnisverfahren zur Anwendung kommt. „Bien loin que l’objet précède le point de vue, on dirait que c’est le point de vue qui crée l’objet.“<sup>141</sup> Auf eine auf das Recht bezogene Kurzformel gebracht: Wie die Auslegungsmethode, so das (auszulegende) Recht.<sup>142</sup> Wie in der Systemtheorie das System sich auf der Grundlage des konkreten Binär-codes konstituiert, umschreibt das Formalobjekt die Reichweite disziplinärer Aussag(barkeit)en und damit den Gesichtskreis oder auch die Identität einer Disziplin.

Angesichts des in diesem Kontext anzutreffenden Satzes, die Methode „erzeuge“ den Gegenstand, erscheint indes eine Präzisierung angebracht: Denn damit soll nicht die – weitergehende und im Blick auf den Realienstreit durchaus anfechtbare – These bekräftigt werden, dass erst mittels eines bestimmten Erkenntnisverfahrens ein Gegenstand zur Entstehung gelange. Die methodeninduzierte „Erzeugung“ des

<sup>139</sup> Die Unterscheidung von Formalobjekt (obiectum quo) und Materialobjekt (obiectum quod) geht auf die Hochscholastik, namentlich die wissenschaftstheoretischen Ausführungen Thomas von Aquins, zurück; vgl. *Thomas von Aquin Summa theologiae* I, q. 1, a. 3; dazu etwa: *Theo Kobusch* in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, 1984, Sp. 1026 (1029 m. 1033); *Theodor G. Bucher* in: *Lexikon für Theologie und Kirche*, 3. Aufl., Bd. 3, 1995, Sp. 1352; *Jan A. Aertsen* in: *Andreas Speer* (Hg.), *Thomas von Aquin: Die Summa theologiae*, 2005, 29 (34).

<sup>140</sup> Ausdrücklich: *Schuppert* (o. Fn. 120), 16 ff., bes. 16 f. unter Bezugnahme auf *Vofßkuhle* (o. Fn. 102), § 1 Rn. 1.

<sup>141</sup> So der Linguistiker *Ferdinand de Saussure* *Cours de linguistique générale*, 1916, 23.

<sup>142</sup> Richtungweisend: *Adolf Julius Merkl* *Grünhut’sche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 42 (1916), 535 ff. (auch in: *ders.* *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, 1993, 63 ff.); *ders.* DRZ 1916, Sp. 584 ff., DRZ 1917, Sp. 162 ff., 394 ff., 443 ff., DRZ 1918, Sp. 290 ff. (auch in *ders.* *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, 85 ff.).

Gegenstands meint vielmehr, dass ein Gegenstand nur nach Maßgabe der angewandten Methode erkannt, analysiert und kommuniziert werden kann. Anders gewendet: der Gegenstand mag vor und unabhängig von jeder Erkenntnis bestehen, erkenntnismäßig erfasst und intersubjektiv kommuniziert werden kann er immer nur im Horizont eines zu wählenden Erkenntnis(- und Kommunikations)verfahrens. In diesem Sinne konstituiert das Formalobjekt die disziplinäre Identität und bildet das proprium jeder Disziplin.

b) *Die Bedeutung des Materialobjekts bei der Wahl des Formalobjekts*

Ungeachtet der identitätsstiftenden Rolle des Formalobjekts ist das Materialobjekt nicht bedeutungslos für die disziplinäre Identität. Freilich bestimmt es diese nur mittelbar, nämlich vermittelt über seine richtungweisende Bedeutung bei der Wahl des Formalobjekts. Hier kommt als dritte Kategorie neben Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren das Erkenntnisziel ins Spiel. Konkreter: So richtig es ist, dass nur das als Recht und damit als Gegenstand der Jurisprudenz erscheint, was sich mit dem juridischen Erkenntnisverfahren als Recht erkennen lässt, so richtig ist es doch andererseits, dass die Wahl des Erkenntnisverfahrens, soll dieses nicht das konkrete Erkenntnisziel verfehlen, an den unter dem Aspekt des betreffenden Erkenntniszieles maßgeblichen Eigenschaften des Materialobjektes, hier: des konkreten Rechts, auszurichten ist. Wer die Temperatur zu messen beabsichtigt, wird sein Erkenntnisziel verfehlen, wenn er einen Zeit- und nicht einen Temperaturmesser einsetzt. Im unvermeidlichen „Zirkel des Verstehens“, wie ihn *Martin Heidegger* genannt hat<sup>143</sup> und der heute als das allen rationalen Begründungen eigentümliche Phänomen endloser Rekursivität umschrieben werden kann, gilt: „Alle Auslegung, die Verständnis beistellen soll, muß schon das Auszulegende verstanden haben.“<sup>144</sup> Auf die Heideggersche Kurzformel gebracht: „Alle Auslegung gründet im Verstehen.“<sup>145</sup> Dieses aller Auslegung vorausliegende Verständnis ist nichts anderes als das – reflektierte – Vorverständnis.<sup>146</sup> Die Wahl der Methode hat sich folglich vom Maßstab der Gegenstandsadäquanz leiten zu lassen.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> *Martin Heidegger* Sein und Zeit (7. Aufl. 1953), in: *ders.* Gesamtausgabe, I. Abteilung, Bd. 2, 1977, 203.

<sup>144</sup> *Heidegger* (o. Fn. 143), 202.

<sup>145</sup> *Heidegger* (o. Fn. 143), 204.

<sup>146</sup> Die grundlegende Schrift dazu: *Josef Esser* Vorverständnis und Methodenwahl bei der Rechtsfindung, 1970; besonders im Blick auf die Verfassungsinterpretation: *Alexander Schmitt Glaeser* Vorverständnis als Methode, 2004.

<sup>147</sup> Vgl. nochmals *Merkel* Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), 535 (535; auch in: *ders.* Gesammelte Schriften, Bd. I/1, 1993, 63 [64]): „Ehe man sich fragen kann, *wie auszulegen* sei, muß man sich im reinen darüber sein, *was auszulegen* sei“ (Hervorhebungen im Original). Ähnlich *Pawlowski* (o. Fn. 71), Rn. 5: „Die richtige Methode der Rechtsanwendung bestimmt sich [...] nach dem, was jeweils Recht und Quelle des Rechts ist.“ – Die (Notwendigkeit der) Gegenstandsadäquanz der Methodenwahl ist näher entfaltet bei *Jestaedt* (o. Fn. 70), 269 ff., 279 ff.

Auf die dogmatische Rechtswissenschaft gewendet: Soweit es das Ziel der Rechtsdogmatik ist, die Rechtsgewinnung anhand einer bestimmten Rechtsordnung aus der Binnensicht des Rechtsteilnehmers zu analysieren und systematisierend zu beschreiben, muss ein oder müssen gegebenenfalls mehrere normwissenschaftliche Erkenntnisverfahren konzipiert werden, die den strukturellen Eigentümlichkeiten des gegenständlichen Rechts Rechnung tragen, diese also zu erfassen und abzubilden imstande sind. Soweit es mehrerer artverschiedener Erkenntnisverfahren bedarf, werden freilich unterschiedliche Erkenntnisgegenstände erhoben und vermessen, werden letztlich unterschiedliche Disziplinen betrieben.

Auf diesem Hintergrund wird deutlich, dass der heute kaum noch gefürchtete Vorwurf des Methodensynkretismus<sup>148</sup> wissenschaftstheoretisch nicht unter die Kavaliersdelikte zu rechnen und dass der von der Wiener Schule um *Hans Kelsen* erhobene Anspruch der „Reinheit“ der Rechtslehre<sup>149</sup> nichts anderes und nichts weniger ist als der – für die normwissenschaftlich operierende Jurisprudenz formulierte – (Eigen-)Rationalitätsanspruch der Wissenschaft. Anders gewendet: Da und soweit die Methode nicht nur die Identität der Disziplin, sondern, weitergehend, auch die Identität der Sache, die Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis ist, stiftet und sichert, heißt methodensynkretistisches Arbeiten nichts anderes, als dass, ohne dass es ausgeflaggt würde, im identischen Horizont und mit identischem Anspruch über unterschiedliche und damit wechselnde Sachen geredet wird. Zugespielt: Aus Sicht einer normwissenschaftlich arbeitenden Jurisprudenz markieren Äußerungen einer kausalwissenschaftlich arbeitenden Jurisprudenz keine aus sich heraus bereichernden Zusatzkenntnisse, sondern liegen – in des Wortes wahrster Bedeutung – neben der Sache, nämlich neben der durch den normwissenschaftlichen Zugang erkennbaren und allein in ihm ihre Identität findenden Sache.<sup>150</sup>

### c) *Disziplinäre Konsequenz:*

#### *Von der Rechtswissenschaft zu den Rechtswissenschaften*

In Konsequenz des soeben Gesagten kann die Verfassungsrechts- oder auch die Verwaltungsrechtswissenschaft – nicht anders als die Privatrechts- und die Strafrechtswissenschaft auch – nur dann den Anspruch erheben, jeweils eine *einzig* Disziplin darzustellen, wenn sie sich ausschließlich einer einzigen Methode bzw. einem einzigen homogenen Methodensetting verpflichtet sieht. Beansprucht sie indes – wie dies heute, bewusst oder unbewusst, in aller Regel geschieht – mehr, beansprucht sie nämlich, mehrere inkompatible methodische Zugänge bereitzuhalten und mehr-

<sup>148</sup> Beispielhaft *Bumke* (o. Fn. 29), 124f., bes. 125: „[...] welchen Sinn der Einwand einer unzulässigen Vermischung von Methoden haben soll, ist nicht ersichtlich.“

<sup>149</sup> Vgl. o. Fn. 2.

<sup>150</sup> Zur Vermeidung von Missdeutungen: Entgegengesetzt werden hier norm- und kausalwissenschaftliche Methode(n), nicht etwa, wie indes so oft praktiziert, Recht und „Wirklichkeit“; auch eine normwissenschaftliche arbeitende Jurisprudenz muss sich – soweit eben das Recht auf Tatsachen verweist – mit Tatsachen beschäftigen (und hat dies ja auch immer getan).

perspektivisch zu arbeiten, hört sie auf, eine einzige, stets identische Disziplin zu sein, an die sich die Wissenschaftskriterien der Konsequenz und Konsistenz anlegen lassen. Sie wächst sich aus zu einem komplexen Disziplin-Cluster,<sup>151</sup> innerhalb dessen es an einem einheitlichen Erkenntnisverfahren, folglich an einem einheitlichen Erkenntnisgegenstand sowie an einem einheitlichen Erkenntnisziel fehlt. So bilden die normwissenschaftlich arbeitende Rechtsdogmatik, die philosophisch-geisteswissenschaftlich arbeitende Rechtsphilosophie, die geschichtswissenschaftlich arbeitende Rechtsgeschichte und die sozialwissenschaftlich arbeitende Rechtssoziologie usw. je eigene Disziplinen, mögen sie begrifflich auch unter dem Dach beispielsweise der Verwaltungsrechtswissenschaft – als Verwaltungsrechtsdogmatik, als Verwaltungsrechtsphilosophie, als Verwaltungsrechtsgeschichte, als Verwaltungsrechtssoziologie – zusammengespannt sein. Erkenntnisse der einen (Sub-)Disziplin lassen sich aus den genannten Gründen in einer anderen (Sub-)Disziplin nicht ohne weiteres und als solche nutzbar machen. Hierbei sind vielmehr die noch zu erörternden Regeln disziplinüberschreitenden, intra- und interdisziplinären Austausches zu beachten.<sup>152</sup> Vom proprium *der* Rechtswissenschaft lässt sich angesichts dessen kaum mehr sinnvoll reden.

#### d) *Echte und unechte Subdisziplinen*

Bestimmt sich die disziplinäre Identität unter wissenschaftstheoretischen Auspizien aber nach dem Formalobjekt, so wäre es plausibler, entgegen dem eingefahrenen usus den disziplinären Trennstrich *nicht* zwischen der Privat- und der Straf-, der Verfassungs- und der Verwaltungsrechtswissenschaft zu ziehen, sondern zwischen den dogmatischen Disziplinen des Privat- und des Straf-, des Verfassungs- und des Verwaltungsrechts auf der einen<sup>153</sup> und den nicht-dogmatischen, etwa historiographischen, philosophischen, soziologischen Disziplinen des Privat- und des Straf-, des Verfassungs- und des Verwaltungsrechts auf der anderen Seite. Letztere sind, wissenschaftstheoretisch betrachtet, nicht der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft zuzuordnen, sondern Subdisziplinen der Geschichtswissenschaft, der Philosophie, der Soziologie, die sich mit dem Materialobjekt „Recht“ nicht in der ihm eigentümlichen Dimension der Geltung befassen, sondern mit dem Recht als historischem Datum, als philosophischem Entwurf oder als soziales Faktum.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> Dazu, freilich ohne die hier gezogene Konsequenz: *Hoffmann-Riem* (o. Fn. 71), 14 f.

<sup>152</sup> Nachfolgend 4.b).

<sup>153</sup> Näher zur Frage, ob das tradierte, auf der „juristischen Methode“ beruhende Verständnis von Rechtsdogmatik unter dem Aspekt der Gegenstandsadäquanz zu überzeugen vermag, nachfolgend 3.c).

<sup>154</sup> Zu den daraus zu ziehenden Konsequenzen des inter- respektive intradisziplinären Dialogs unten 4.a) und b). – Die Zusammenfassung methodendivergenter (Sub-)Disziplinen wie etwa der Rechtsphilosophie, der Rechtstheorie, der Rechtssoziologie, der Rechtsgeschichte und der Rechtsdogmatik zur Rechtswissenschaft ist denn auch gebrauchtorientierten und tradierten Konventionen geschuldet und nicht sachinhärenten Notwendigkeiten; die Zusammenfassung unter dem

### 3. Die rechtsgewinnungstheoretische Perspektive: *Rechtsgewinnung aus Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung*

Am Beispiel der anwendungsbezogenen, dogmatischen Rechtswissenschaft sei in wenigen, notwendigerweise grob vereinfachenden Federstrichen dargetan, wie sich die am Erkenntnisziel bemessende und für die Wahl des Erkenntnisverfahrens ausschlaggebende Gegenstandsadäquanz formulieren lässt.<sup>155</sup> Erkenntnisziel der Dogmatik als normwissenschaftlicher Teilnehmertheorie ist es vornehmlich, durch systematisierende Beschreibung positivrechtlicher Inhalte die Rechtsgewinnung innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung zu stabilisieren und zu rationalisieren. Gegenstandsadäquat ist daher jenes Erkenntnisverfahren, welches den Funktions- und Struktureigentümlichkeiten der positivrechtlichen Rechtsgewinnung Rechnung trägt. Kürzer: Gegenstandsadäquat ist jene Methode, die sich dem proprium des positiven Rechts verpflichtet weiß. Noch anders: Das proprium der dogmatischen Rechtswissenschaft bestimmt sich nach dem proprium des jeweiligen positiven Rechts. Diese Abhängigkeit führt zu einer kontextbezogenen und damit historisierenden Bestimmung von Rechtswissenschaft. Die Ausdifferenzierung derselben hat mit der Ausdifferenzierung des Rechts Schritt zu halten.<sup>156</sup>

Das heißt unter anderem, dass die Bestimmung der Rechtsgewinnungsmethoden für eine Rechtsordnung, die, wie das römische Recht in der Zeit nach dem Untergang des Römischen Reiches, keine aktiven Rechtsetzer mehr vorsah, anders ausfallen wird als für eine moderne, vollpositivierte Rechtsordnung, die die eigene Erzeugung und Veränderung durch eine ausdifferenziert-arbeitsteilige Zuweisung von Rechtserzeugungskompetenzen bis ins Detail reflektiert. Ebenso können sich Unterschiede ergeben zwischen Rechtsordnungen, in denen sich der Rechtskonkretisierungsprozess stärker zentralisiert vom Gesetzgeber aus vollzieht, und solchen, in denen eine stärker dezentralisierte, richterzentrierte Rechtsetzung stattfindet.

Für eine moderne verfassungsstaatliche Ordnung kontinentaleuropäischer Tradition, wie sie beispielsweise in Deutschland gilt, können insbesondere folgende, das proprium des Rechts ausmachende und das Design der darauf bezogenen Rechtsdogmatik (wie Rechtsmethodik) beeinflussende Kennzeichen benannt werden:

#### *a) Institutionalisierte Vollpositivität: Das moderne Recht als autopoietisches System*

Im Prozess der Ausdifferenzierung der gesellschaftlichen Subsysteme hat sich auch das Recht zu einem autopoietischen System verselbständigt: bei aller kognitiven Offenheit gegenüber seiner nicht-rechtlichen Umwelt ist es doch operativ geschlossen,

---

einen Dach der Jurisprudenz hat sich im Laufe der Zeit und angesichts der Lehr- und Forschungsgestalt anderer Wissenschaften als nützlich erwiesen.

<sup>155</sup> Zum Folgenden vgl. eingehender Jestaedt (o. Fn. 70), 279–327 m. w. N.

<sup>156</sup> Einzelheiten bei Jestaedt (o. Fn. 3), 27 ff., 30 ff., 32 ff., 37 f., 70 ff., 74 ff.

d. h. es ist selbstreferentiell.<sup>157</sup> Positives Recht entsteht nur mehr nach Maßgabe positiven Rechts. Geltung – der Ausdruck für die spezifisch normative Existenzweise des Rechts<sup>158</sup> – wird einer Rechtsnorm nur von anderen Rechtsnormen vermittelt. Anders gewendet: Geltung ist eine relationale Aussage. Sie markiert die Zugehörigkeit einer Rechtsnorm zu einer Rechtsordnung.<sup>159</sup> Ausdruck der „institutionalisierten Vollpositivität“<sup>160</sup> moderner Rechtsordnungen ist, dass nur mehr jene Organe rechtserzeugend wirken können, die das positive Recht vorsieht und denen es Rechtserzeugungsbefugnisse zuweist.

Die Rechtswissenschaft, gleichviel in welcher ihrer Subdisziplinen, besitzt also nicht kraft Eigenrecht die Befugnis zur Rechtserzeugung, sondern nur, wenn und soweit das positive Recht sie in den Kreis der Rechtserzeuger einbezieht. Eine entsprechende Ermächtigung dürfte sich im geltenden deutschen Recht, soweit ersichtlich, nicht nachweisen lassen. Die Rechtsdogmatik hat daher darauf zu achten, dass sie sich nicht als Rechtserzeuger geriert.<sup>161</sup>

#### b) Von der statischen zur dynamischen Rechtsbetrachtung

Recht wird in der deutschen Rechtsordnung in einem komplexen, funktionell und föderal arbeitsteiligen Prozess allmählicher Konkretisierung und Individualisierung fortlaufend gewonnen. Die Abfolge wie die Zuordnung der Rechtserzeugungsakte können in Gestalt eines hierarchisierten und letztlich verfassungsdirigierten Rechtserzeugungs(- und Rechtsvernichtungs)zusammenhangs beschrieben werden. Rechtserzeugung vollzieht sich im Stufenbau der Rechtsordnung (von der historisch ersten Verfassung einmal abgesehen) vom Verfassungsgesetz bis zum Einzelfallrechtsakt – in Gestalt etwa eines Gerichtsurteils oder eines Verwaltungsaktes – stets in strukturell gleicher Weise, nämlich in einer dichotomen<sup>162</sup> Rechtsgewinnungsstruktur: Kann Recht nur kraft einer positivrechtlichen Erzeugungsermächtigung geschaffen werden, bedarf es zunächst der Erkenntnis von Grund und Grenzen einer entsprechenden normativen Ermächtigung.<sup>163</sup> Das Zusammentreffen von

<sup>157</sup> Zur systemtheoretischen Charakteristik: Niklas Luhmann Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, 356 f. und 359.

<sup>158</sup> Dazu bereits oben Fn. 22.

<sup>159</sup> Näher zur rechtsordnungsrelativen Eigenschaft der Geltung: Matthias Jestaedt in: Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Völkerrechtspolitik. Recht, Staat und Internationale Gemeinschaft im Blick auf Kelsen, 2007 (i. E.).

<sup>160</sup> Zu Begriff und Sache: Dieter Wyduckel FS Werner Krawietz, 1993, 437 (444 ff., Wendung: 444).

<sup>161</sup> Detaillierter Jestaedt (o. Fn. 3), 62–67.

<sup>162</sup> Wenn hier und im Folgenden von der Dichotomie von Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungselementen gesprochen wird, so ist dies, genau genommen, eine Verkürzung des Rechtsgewinnungsprozesses: die Inbezugsetzung zu den Rechtsanwendungstatsachen wird hierbei nämlich vernachlässigt. Auf die Richtigkeit wie Unverzichtbarkeit der polaren Unterscheidung von Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung hat dies indessen keinen Einfluss.

<sup>163</sup> Selbstredend bedeutet die These von der durchlaufenden Strukturdichotomie aller Rechtsgewinnungsprozesse *nicht*, dass sich diese auf der Ebene der Verfassungsrechtsetzung, der Gesetz-

Rechtserkenntnis – als Medium der Aktualisierung der normativen *Fremdprogrammierung* – und Rechtserzeugung – als Medium der Aktualisierung normativer *Selbstprogrammierung* – wird daher für gelingende Rechtsgewinnung vorausgesetzt. Dies gilt unabhängig davon, wie sich in concreto das Mischungsverhältnis von Fremd- und Selbstprogrammierung darstellt, wie groß, mit anderen Worten, die den heteronomen Determinanten geltenden Rechtserkenntnisanteile sind und wie groß die auch und gerade den autonomen Determinanten geltenden Rechtserzeugungsanteile.<sup>164</sup>

Der der tradierten Dogmatik und Methodik zugrunde gelegte Wesensgegensatz von Rechtsetzung und Rechtsanwendung verflüchtigt sich demgegenüber zu einer bloß perspektivischen Polarität.<sup>165</sup> Denn der Unterschied von Rechtsetzung und Rechtsanwendung ist nicht etwa im Wesen beider oder im Wesen der mit dem Gesetz im materiellen Sinne identifizierten Rechtsnorm zu suchen, sondern in der unterschiedlichen Perspektive, aus der ein Rechtserzeugungsakt betrachtet wird: Aus Sicht der bedingenden (ermächtigenden) Normen ist Rechtserzeugung stets Rechtsanwendung, indes aus Sicht der durch den Rechtserzeugungsakt seinerseits bedingten Normen jener als Rechtsetzung erscheint. Die erste Blickrichtung spiegelt jene des *Normgebers*, die zweite jene des *Normnehmers*.<sup>166</sup> Pointiert: Rechtsetzung ist – nimmt man den Akt originärer Verfassunggebung aus – stets Rechtserzeugung in Gestalt von Rechtsanwendung.

Rechtsetzung ist folglich kein auf eine bestimmte Rechtserzeugungsstufe – etwa die (Verfassungs-)Gesetzgebung – beschränktes Phänomen. Und wie die weiteren Phasen des Rechtskonkretisierungs- und Rechtsindividualisierungsprozesses niemals vollauf von den vorhergehenden bestimmt, also fremdprogrammiert, werden können, ist *jeder* Rechtskonkretisierungs- und -individualisierungsakt gleichwelcher Normenstufe und gleichwelcher Rechtsquelle in mehr oder minder großem Ausmaß Ausdruck rechtlich ermächtigter Eigenprogrammierung durch den Rechtserzeuger.<sup>167</sup>

### c) *Disziplinäre Konsequenz: Unterschiedliche Regimes für Rechtsdarstellung und Rechtsherstellung*

Die juristische Dogmatik wie die juristische Methodik können nur dann als ihrem Gegenstand, dem positiven Recht, angemessene, in diesem Sinne „sachverständi-

---

gebung, der Verwaltungsaktrechtsetzung, der Gerichtsentscheidung usf. jeweils auch positivrechtlich nach denselben Kriterien und Kautelen vollziehen.

<sup>164</sup> Dazu, am Beispiel der Lehre vom administrativen Entscheidungsfreiraum (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit): *Jestaedt* (o. Fn. 58), § 10 Rn. 7 ff. u. ö.

<sup>165</sup> Detailliert dargelegt bei *Jestaedt* (o. Fn. 70), 307–320, bes. 317–319.

<sup>166</sup> Das Begriffspaar von „Normnehmer“ und „Normgeber“ geht zurück auf *Ernst Rudolf Biering* *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. IV, 1911, § 53, 3. (209 f.).

<sup>167</sup> Eingehend zur statischen und zur dynamischen Betrachtungsweise des Rechts: *Lippold* (o. Fn. 100), passim, bes. 113–147, 515 ff. m. w. N.

ge<sup>168</sup> Rechtsanwendungsdisziplinen<sup>169</sup> anerkannt werden, wenn sie ihrerseits dem proprium des positiven Rechts Rechnung tragen, nämlich seinen spezifischen Rechtsgewinnungsstrukturen. Die Offenheit und die Wandelbarkeit, die Lernfähigkeit und die Flexibilität, die Dynamik und die Differenziertheit, die modernem Recht abverlangt und zugesprochen werden, sind in der vollpositivierten Rechtsordnung unseres Verfassungsstaates insitutionell, kompetenziell und prozedural gebunden, d. h. sie vollziehen sich nur mehr im Rahmen und nach Maßgabe positivrechtlicher Vorgaben.

Dem inkompatibel ist ein dogmatisch wie methodisch wirksames Rechtsgewinnungsverständnis, welches Rechtserzeugungsakte – wie im Rahmen der richterlicher Rechtsfortbildung, der sogenannten „verfassungskonformen Auslegung“, der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der Analogie oder wie in Bezug auf den sogenannten „Rechtswandel“ – als bloße, wenn auch „schöpferische“ Rechtserkenntnisakte auszugeben versucht, für die der „Positivierungstest“<sup>170</sup> in Gestalt einer positivrechtlichen Ermächtigung getrost entfallen dürfe. Ohne entsprechende Ermächtigung entbehrt jede Form „dynamischer“, „evolutiver“ oder „kreativer Auslegung“ positivrechtlicher Grundlage.<sup>171, 172</sup>

In gleicher Weise ist dem inkompatibel ein Zuschnitt von Methode und Dogmatik, in denen Rechtserzeugung – soweit überhaupt anerkannt – den Status eines nur

<sup>168</sup> Zu dieser spezifisch hermeneutischen Bedeutung von „Verständnis von der Sache“ oder auch „Sachverständnis“: *Hans-Georg Gadamer* (1959) in: ders. *Gesammelte Werke*, Bd. 2, *Hermeneutik II*, 1986, 57 (62).

<sup>169</sup> Mit „Anwendung“ ist hier der Anwendungsbezug im Sinne der Praxisorientierung der Wissenschaft gemeint (s. oben II.2.) und nicht etwa die Rechtsanwendung als Gegenbegriff zur Rechtserkenntnis oder zur Rechtsetzung.

<sup>170</sup> Zu Begriff und Sache: *Jestaedt* (o. Fn. 70), 217 sowie 237 Fn. 128.

<sup>171</sup> Nachw. o. Fn. 82.- Einschränkend ist freilich hinzuzusetzen, dass das positive Recht mit seinem sogenannten Fehlerkalkül Akten, die den – man könnte formulieren: – „regulären“ Rechtserzeugungsbedingungen nicht genügen, gleichwohl rechtserzeugende Wirkung zubilligen kann.

<sup>172</sup> Setzt man – wie hier – die (der Dogmatik zugehörige) *Rechtsquellenlehre* mit der (der Methodik zugehörigen) *Rechtsgewinnungslehre* in Beziehung, so wird erkennbar, dass die Präzisierung eines Standpunktes als „dynamisch“, was regelmäßig gleichgesetzt wird mit modern und anschlussfähig, und des anderen als „statisch“, was gleichbedeutend ist mit rückwärtsgewandt und veraltet, der Komplexität des Zusammenspiels kaum gerecht wird. Denn typischerweise ist eine *dynamisch* angelegte Rechtserkenntnislehre (die Rechtserkenntnis und Rechtsgewinnung der Sache nach gleichsetzt) Folge und Ausdruck einer *statischen* Rechts(quellen)betrachtung, wonach an sich das gesamte Recht bereits im Gesetz (oder, moderner, in der Verfassung) enthalten ist; und umgekehrt korreliert eine *dynamische* Rechtsbetrachtung, die die Differenzierung, die Stufung und den Eigenwert der Rechtserzeugungsquellen betont, mit einer *statischen* Rechtserkenntnislehre, wonach Recht unwandelbar nur das ist, was der jeweilige konkret-historische Rechtsetzer in die jeweilige Norm hineingelegt hat; auf der Ebene der Rechtsgewinnungslehre kontrastiert hier folglich eine *statische* Rechtserkenntnislehre mit einer *dynamischen* Rechtserzeugungslehre. Kurzum: den einen Ansatz schlechthin als dynamisch und den anderen dementsprechend als schlechthin statisch zu charakterisieren, dürfte den aufgezeigten Korrelationen kaum angemessen sein. Die Wahl (oder auch Alternative) besteht nicht in dem einfachen Entweder-Oder von Statik und Dynamik. Vielmehr ist entscheidend, *in Bezug worauf* eine Ansicht auf die Dynamik und *in Bezug worauf* sie auf die Statik setzt.

ausnahmsweise anzutreffenden Irregulare, eines Fremdkörpers besitzt und in denen Rechtsanwendung der Sache nach in Rechtserkenntnis, also Rechtsauslegung, aufgeht. Vielmehr sind auf der einen Seite Rechtserkenntnisverfahren zu wählen, die die vom positiven Recht angeordnete Bindung des Rechtsanwenders an die ihn ermächtigende *lex lata* aktualisiert und dadurch die Fremdprogrammierungsanteile von der Eigenprogrammierungsermächtigung des zuständigen Rechtsanwenders zu scheiden und transparent zu machen hilft. Auf der anderen Seite sind, bezogen auf die durch den konkreten Rechtserzeugungsakt zu schaffende *lex ferenda*, Methoden und Verfahren bereitzustellen, die einerseits der Beschreibung dienen, in welcher Weise von der Eigenprogrammierungsermächtigung Gebrauch gemacht wird, andererseits aber auch eine Empfehlung zu formulieren erlauben, in welcher Weise von der Eigenprogrammierungsermächtigung Gebrauch gemacht werden sollte.

Das heißt freilich nichts weniger, als dass die Rechtsanwendungswissenschaften zum einen Verfahren und Kommunikationsstrukturen für die Erkenntnis von bereits erzeugtem (geltendem) Recht und zum anderen Verfahren und Kommunikationsstrukturen für die Erzeugung von neuem, noch nicht erzeugtem (noch nicht geltendem) Recht zu entwickeln haben. Das wissenschaftliche Regime der Rechtsdarstellung unterscheidet sich jedoch ebenso kategorial vom wissenschaftlichen Regime der Rechtsherstellung wie das positivrechtliche Regime der normativen Fremdprogrammierung von jenem der normativen Eigenprogrammierung.<sup>173</sup> Die herkömmliche, *integral* verstandene Methodik und Dogmatik lässt allenfalls in nuce erkennen, dass sich unter ihrem Dach jeweils zwei nach Erkenntnisinteresse, Erkenntnisverfahren und folgerichtig auch Erkenntnisgegenstand unterschiedliche Disziplinen verbergen: die Rechtserkenntnis- oder auch Rechtsdarstellungsmethodik und -dogmatik einerseits sowie die Rechtserzeugungs- oder auch Rechtsherstellungsmethodik und -dogmatik andererseits. Im Interesse gerade der Wissenschaftlichkeit der anwendungsorientierten Jurisprudenz, die sich nicht zuletzt am Reflexionsniveau bezogen auf die Gegenstandsadäquanz der eigenen Methoden bemisst, sind daher die beiden unterschiedlichen Rollen des Rechts(anwendungs)wissenschaftlers offen auszuweisen und einer Rollenvertauschung entgegenzuwirken.<sup>174</sup> Die Rolle des wissenschaftlichen „Einheitsjuristen“,<sup>175</sup> der alles in einem und in

<sup>173</sup> Das Begriffspaar von (Rechts-)Darstellung und (Rechts-)Herstellung wird hier nicht vollkommen deckungsgleich mit dem sonst üblichen Verständnis verwendet; zu letzterem vgl. etwa Hoffmann-Riem (o. Fn. 71), 20 ff.; Hans-Heinrich Trute in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 293 ff., bes. 296–302 m. w. N.

<sup>174</sup> Näher entfaltet bei Jestaedt (o. Fn. 70), 320–327.

<sup>175</sup> Die – verbreitete – Redeweise vom „Juristen“ als Adressaten des Rechts wie der Rechtswissenschaft ist in doppelter Hinsicht ungenau: Zum einen sind beileibe nicht alle Rechtserzeuger ihrer Vor- oder Ausbildung nach Juristen: Parlamentarier, die ein Gesetz beschließen, Finanzverwaltungsbeamte, die einen Steuerbescheid erlassen, Laienrichter, die an einem Urteil mitwirken, Private, die einen Kaufvertrag abschließen, erzeugen zwar allesamt Recht, müssen aber deswegen

gleicher Weise erledigt, sollte aus dem Repertoire der Rechtswissenschaftstheorie gestrichen werden.

#### 4. Vom Wesen und Wert intra- wie interdisziplinärer Kommunikation

##### a) Notwendigkeit intra- und interdisziplinärer Kommunikation

Mit der Erkenntnis, dass sich, aus wissenschaftstheoretischer Sicht, eine Disziplin über ihr Formalobjekt definiert und konstituiert,<sup>176</sup> auf der einen sowie mit der Forderung nach disziplinärer Rollenteilung in den Rechtsanwendungsdisziplinen der Dogmatik und der Methodik<sup>177</sup> auf der anderen Seite ist in ganzer Schärfe die Frage aufgeworfen, ob und gegebenenfalls nach welchen Regeln sich eine Kommunikation zwischen unterschiedlichen Disziplinen vollzieht. Denn der disziplinären Ausdifferenzierung ist durchaus das Potenzial zur disziplinären Abschottung, zum disziplinintrovertierten Wissenschaftsautismus immanent. Je selektiver und spezifischer die Disziplinen zugeschnitten sind, desto stärker sind aber regelmäßig das subjektive Bedürfnis und die objektive Notwendigkeit nach der Blickweitung durch disziplinfremde Blickrichtungen und Sichtweisen.

Dieses Bedürfnis erfasst aus Sicht der Rechtsanwendungswissenschaften in strukturell, wenngleich nicht in quantitativ gleicher Weise Perspektiven, wie sie Disziplinen aus dem weiten Kanon der Rechtswissenschaften bieten – etwa die Rechtsgeschichte und die Rechtsphilosophie, die Rechtssoziologie und die Rechtspsychologie, die Rechtslinguistik und die Rechtsinformatik –, wie auch Perspektiven nicht-rechtswissenschaftlicher Disziplinen. Überhaupt ist es aus Sicht der Wissenschaftstheorie mehr eine Frage der Terminologie denn der Sache selbst, ob man beim Aufeinandertreffen unterschiedlicher Disziplinen von einem inter- oder lediglich von einem intradisziplinären Dialog spricht.<sup>178</sup> Die Besonderheit des letzteren gegenüber ersterem ist denn zuvörderst nicht in sachlich-inhaltlichen, sondern in personellen Besonderheiten zu erblicken: Der Rechtswissenschaftler, der neben der Rechtsdogmatik auch Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und so fort betreibt, vereint in seiner Person mehrere disziplinär geschiedene Rollen. In der Person des Wissenschaftlers wird sozusagen zusammengeführt, was aus Gründen wissenschaftlicher Ausdifferenzierung und Integrität zu trennen ist. Der intradisziplinäre Dialog verlangt just infolge der Personalunion des Rechtswissenschaftlers nach

---

keineswegs ihrer Profession und Ausbildung nach Juristen sein. Und zum anderen: nicht alle Juristen, die sich professionell mit Recht beschäftigen, sind Rechtserzeuger, wie sich namentlich an den Rechtswissenschaftlern belegen lässt; ihnen fehlt (de lege lata) die Lizenz zum Rechtsetzen.

<sup>176</sup> Dazu vorstehend 2.a).

<sup>177</sup> Dazu vorstehend 3.c).

<sup>178</sup> Der Grund dafür ist darin zu erblicken, dass hier mit zwei unterschiedlichen Disziplinbegriffen hantiert wird: Während der wissenschaftstheoretische Begriff von Disziplin an der Identität des Formalobjektes hängt (normativer oder präskriptiver Wissenschaftsbegriff), ist mit Disziplin als Bezugspunkt der Intradisziplinarität der wissenschaftspraktische oder, besser, der wissenschaftssoziologische Begriff (deskriptiver Wissenschaftsbegriff) in Bezug genommen.

skrupulöser Beachtung der disziplinären Eigenrationalitäten – man könnte auch sagen: nach Beachtung der disziplinären Inkompatibilitäten.

*b) Regeln intra- und interdisziplinärer Kommunikation*

Die Regeln, die sich für die inter- und intradisziplinäre Kommunikation formulieren lassen, sind zwar – wie alle Regeln – normativ, nicht aber rechtlicher Provenienz, sondern entspringen einem normativen Verständnis von Wissenschaft, dem sich auch der hier zugrunde gelegte Begriff von Disziplin verpflichtet fühlt. Die Regeln sind darüber hinaus auch nicht rechtswissenschaftsspezifisch, sondern beanspruchen als wissenschaftstheoretische Regeln im Grundsatz Geltung für jeden inter- und intradisziplinären Dialog. Im gegebenen Rahmen kann es nur darum gehen, die wichtigsten Strukturprinzipien inter- wie intradisziplinärer Kommunikation kurz zu beleuchten: Es handelt sich um die disziplinäre Identität, die perspektivische Selektivität, die operative Unilateralität sowie das Gesetz der disziplinären Naturalisation (oder auch: das Gesetz der Transsubstantiation).

(1) Ausgangspunkt jeglicher Inter- wie Intradisziplinarität ist die *disziplinäre Identität*. Der modus operandi einer Disziplin bestimmt sich, wie gesehen, nach deren Formalobjekt oder auch Erkenntnisverfahren. Informationen lassen sich verarbeiten nur im Rahmen und nach Maßgabe der disziplinspezifischen Erkenntnisverfahren. Da das Formalobjekt in Verbindung mit dem Erkenntnisziel das proprium der jeweiligen Disziplin markiert und nicht zwei unterschiedliche Disziplinen dasselbe Formalobjekt (bei identischem Erkenntnisziel) besitzen, können keine Regeln für die Kommunikation als solche formuliert werden, sondern nur für die jeweiligen Kommunikanten. Bei divergenten Materialobjekten – beispielsweise dem Recht als normativem Phänomen, als historischem Datum oder als sozialem Faktum – sprechen die Kommunikanten nämlich, streng genommen, nicht nur nicht dieselbe Sprache, sondern noch nicht einmal über denselben Gegenstand.

(2) Mit der *perspektivischen Selektivität* sei der Umstand umschrieben, dass – angesichts der Tatsache, dass jede Wahrnehmung selektiv ist, ja die Selektion unausweichlich voraussetzt – die Selektionskriterien sich stets einseitig, d. h. stets von der Seite eines des Kommunikanten her bestimmen lassen.<sup>179</sup> Übergreifende Selektionskriterien – man könnte auch von Such- und Stoppregeln sprechen<sup>180</sup> – lassen sich nicht benennen. Aus Sicht des Rechtsdogmatikers heißt das: die normwissenschaftliche Teilnehmersicht bestimmt autonom, welche von Nachbarwissenschaften traktierten Fragen unter welchem Aspekt für die rechtsdogmatische Behandlung von Belang sind. Das bedeutet zugleich, dass keine andere Disziplin der Rechtsan-

<sup>179</sup> Legen beide *dieselben* Selektionskriterien zugrunde, so kommt es zwar zur echten – also beidseitigen – Kommunikation, doch fehlt es dann – eben mangels unterschiedlichen Formalobjekts/unterschiedlicher Methode – am disziplinübergreifenden Charakter.

<sup>180</sup> Dazu näher *Hoffmann-Riem* (o. Fn. 71), 63 ff.

wendungswissenschaft das Fragen abnehmen und ihre eigenen Fragen (samt Antworten) aufdrängen kann.<sup>181</sup>

(3) Die *operative Unilateralität* ist nichts anderes, als was die Systemtheorie mit operativer Geschlossenheit beschreibt: Fremdwissenschaftliche Erkenntnisse können von der Rechtsdogmatik nur mit deren eigenen Mitteln rezipiert werden. Anders gewendet: Eine Erkenntnis, ein Theorem und ein Konzept aus einer anderen Disziplin – sei es eine solche aus dem Kreise der Rechtswissenschaften oder nicht – können von der Rechtsdogmatik nur beachtet und bearbeitet werden, wenn sie sich unter Beachtung der rechtsdogmatischen Eigenrationalität reformulieren, wenn sie sich in die Sprache der spezifisch normwissenschaftlichen Konstruktion von Wirklichkeit<sup>182</sup> übersetzen lassen. Damit werden allfällige strukturelle Kopplungen zwischen einzelnen (Sub-)Disziplinen keineswegs geleugnet.

(4) Damit verbunden ist schließlich ein Phänomen, welches man als *disziplinäre Naturalisation* umschreiben könnte. Mit der Rezeption einer fremdwissenschaftlichen Erkenntnis durchläuft diese nämlich eine Metamorphose: mit der Verpflanzung oder auch Übersetzung aus dem disziplinären – hier: nachbarwissenschaftlichen – Ursprungskontext in den disziplinären – hier: rechts(anwendungs)wissenschaftlichen – Rezeptionskontext wandeln sich Gehalt und Bedeutung der Aussage. Was stattfindet, kann man – statt als „Theorietransfer“ – als „Theorietransformation“ bezeichnen.<sup>183</sup> Es handelt sich folglich bei der Erkenntnis *vor* und jener *nach* der disziplinären Verpflanzung nicht um ein und dieselbe Erkenntnis. Wie bei der Übersetzung aus einer in die andere Sprache findet auf den übersetzten Text die Grammatik und die Stilkunde der Sprache, in die übersetzt wird, Anwendung. Hier verhält es sich überdies nicht anders als bei der Rezeption rechtsordnungsfremder Sätze: In dem Moment, in dem ein zunächst rechtsordnungsfremder Satz der

---

<sup>181</sup> Dieser Umstand entschärft oder relativiert zugleich das – für den disziplinübergreifenden Dialog typische – Problem der Gleichzeitigkeit des Ungleichen; zu letzterem: *Schulze-Fielitz DV 27 (1994), 277 ff.*; *Möllers (o. Fn. 11), § 3 Rn. 52, je m. w. N.*

<sup>182</sup> Bei der geläufigen Entgegensetzung von „Recht“ und „Wirklichkeit“ – besonders beliebt: Verfassungsrecht und „Verfassungswirklichkeit“ – wird nur selten beachtet, dass sich niemals das Recht oder auch die Rechtswissenschaft und „die Wirklichkeit“ gegenüberstehen, sondern dass es jeweils nur um unterschiedliche Konstruktionen von „Wirklichkeit“ geht (vgl. stellvertretend *Bumke [o. Fn. 29], 80–84 und 130*; s. a. *Christoph Gusy JZ 1991, 213 ff.*; pointiert *Möllers [o. Fn. 11], § 3 Rn. 48*: „Mit Soziologie und Verwaltungsrechtswissenschaft treffen nicht Wirklichkeit und Recht aufeinander, sondern zwei *verschiedene Techniken*, die Gesellschaft darzustellen“ [Hervorhebung im Original]). Das insoweit Erforderliche hat unübertreffbar bereits *Hans Kelsen* im Jahre 1920 gesagt: *Hans Kelsen Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. 1928, VII (Vorwort der 1. Aufl. 1920)*.

<sup>183</sup> Vgl. dazu bereits *Wolfgang Hoffmann-Riem* in: *DV Beiheft 2: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, 1999, 83 (84 ff., bes. 85, m. w. N.)* mit dem Hinweis, dass fremdwissenschaftliche Theoreme, ungeachtet des Transformationsvorganges, ihrerseits Prägwirkungen für die rezipierende Disziplin entfalten. So wenig diese wissenschaftssoziologisch-deskriptive Beobachtung bestritten werden kann, so sehr ist doch umgekehrt darauf zu achten, sie nicht dadurch zu normativieren, dass sie in den Rang einer einen normativen Wissenschaftsbegriff zugrunde legenden Theorie inter- und intradisziplinärer Kommunikation erhoben wird.

Rechtsordnung einverleibt wird, wächst ihm ein neuer Geltungsgrund und eine neue Bedeutung zu.<sup>184</sup> Die Einseitigkeit oder auch disziplinäre Relativität von Erkenntnissen lässt sich folglich nicht durch Rezeptionsakte umgehen. Was als inter- oder intradisziplinärer „Dialog“ firmiert, ist folglich eine Kommunikation unter den Strukturbedingungen des Monologs.

c) *Ein Wort zur rechtswissenschaftlichen „Anschlussfähigkeit“*

Sowenig in der Systemtheorie mit der operativen Geschlossenheit die Notwendigkeit kognitiver Offenheit in Frage gestellt wird, sowenig wird mit dem Vorstehenden die Sinnhaftigkeit und die Fruchtbarkeit eines intra- wie interdisziplinären Austausches geleugnet. Die – um im Bilde zu bleiben – Fruchtziehung vollzieht sich jedoch in anderer Weise, als es die Vorstellung eines Dialogs des wechselseitigen und gleichartigen Gebens und Nehmens insinuiert. Die Fruchtziehung kann nicht aus Sicht der Geber-Disziplin bestimmt werden, sondern allein aus jener der Nehmer-Disziplin. Die Geber-Disziplin ist, soweit sie nicht ohnedies Schwierigkeiten hat, zu erkennen, was für die potentielle Nehmer-Disziplin fruchtbringend ist, im strengen Sinne unfähig, auf die Erkenntnis-Bedürfnisse der Nehmer-Disziplin zu reagieren; denn ihr Reaktionspotenzial erstreckt sich nur auf den Rahmen, den ihr spezifisches Formalobjekt absteckt, und auf die Mittel, die das Formalobjekt bereitstellt.

Man könnte – ohne jede negative Konnotation – sagen, dass es sich bei der fruchtbringenden Rezeption fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse um Zufallsfunde handelt – was ja keineswegs bedeutet, dass deswegen der Fund aus Sicht der Nehmer-Disziplin als geringwertig zu veranschlagen ist.<sup>185</sup> Aus der Sicht der Geber-Disziplin ist es ein Zufall – im Sinne eines nicht planbaren, unkalkulierbaren Geschehensverlaufes –, weil sie, entsprechend ihren Erkenntnisverfahren, Erkenntnisse gleichsam nur für den Eigengebrauch produziert. Dass eine andere Disziplin sich dadurch zu Eigenkonstruktionen anregen lässt, ist für sie in aller Regel nicht absehbar. Und auch aus Sicht der Nehmer-Disziplin stellt es insofern einen Zufallsfund dar, als sich in fremddisziplinärem Kontext eine Sequenz auftut, die zwar ausschließlich für diesen und in diesem Kontext formuliert worden ist, die man aber nichtsdestoweniger, *mutatis mutandis* versteht sich, in den Erkenntnishorizont der Nehmer-Disziplin integrieren kann. Fremdwissenschaftliche Erkenntnisse als solche markieren insofern zwar nicht mehr als unverbindliche Rationalisierungsanregungen und Ideenlieferanten. Ihre Wahrnehmung und Verarbeitung sind aber nichts weniger als ein ebenso unverzichtbarer wie zuverlässiger Gradmesser des disziplinären Reflexionsniveaus.

<sup>184</sup> Näher ausgeführt bei Jestaedt (o. Fn. 159).

<sup>185</sup> Diese Zufallsfunde können auch durchaus „organisiert“ sein in dem Sinne, dass ein disziplinübergreifendes Gespräch just in Kenntnis möglicher Zufallsfunde und mit der Absicht, solche zu machen, begonnen und geführt wird.

Die von Juristen sich selbst oder auch anderen Juristen gerne und häufig gestellte Frage, ob und in welchem Maße die Jurisprudenz für andere Wissenschaften anschlussfähig ist, erweist sich daher als eine für den Rechtswissenschaftler *als Rechtswissenschaftler* nicht beantwortbare Frage. Die Frage, für die dem Rechtswissenschaftler eigene Kompetenz zukommt, ist vielmehr die umgekehrte: Inwieweit sind andere Disziplinen für den Rechtswissenschaftler anschlussfähig? Oder intradisziplinär gewendet: Inwieweit sind andere juristische Disziplinen wie die Rechtssoziologie oder die Rechtsökonomik für den Rechtsdogmatiker anschlussfähig? Aus der Sicht des Rechtsdogmatikers tritt aber selbst diese Frage hinter der viel wichtigeren zurück: Wie anschlussfähig ist meine Rechtsdogmatik in Bezug auf das positive Recht, welches den Gegenstand der Disziplin bildet?

## V. Die Verantwortung der Dogmatik vom Öffentlichen Recht für den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz

Abschließend sei danach gefragt, ob es eine spezifische Verantwortung der Rechtsanwendungswissenschaften vom Öffentlichen Recht für den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz gibt. Die vorstehenden Erwägungen dürften ein vorsichtiges „Ja“ rechtfertigen: Zum einen ist dem Öffentlichrechtler die Figur der gewalten- und arbeitsteiligen Rollendifferenzierung vertraut; er wird sie in den Diskurs um die Trennung und Zuordnung juristischer Disziplinen, d. h. in die Entfaltung einer Rechtswissenschaftstheorie einspeisen. Zum anderen – und dies betrifft zuvörderst die rechtsdogmatischen Wissenschaften<sup>186</sup> – ist die Lehre vom Öffentlichen Recht gefragt, ihre professionelle Sachkunde einzubringen, wenn es darum geht, das proprium des in dem Prozess seiner Erzeugung und Veränderung sich darstellenden Rechts zu formulieren. Ermächtigung und Kompetenz, normative Mehrschicht- und Vorrangrelationen sind eben des Öffentlichrechtlers vertrautes Terrain.

---

<sup>186</sup> Einschließlich der darauf bezogenen Methodiken.

# Expropriation der Jurisprudenz?

*Gertrude Lübbe-Wolff*

I. Die „juristische Methode“ als Proprium .....	282
II. Der „Siegesszug des Zwecks“ als Enteignungsfeldzug? .....	284
III. Herstellungs- oder Darstellungswandel? .....	285
IV. Objektiv zunehmender Teleologiebedarf .....	286
V. Entdramatisierung .....	289
VI. Stärkung der alten Provinzen .....	291

## I. Die „juristische Methode“ als Proprium

Die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft ist eine Frage nach der Identität des Fachs. Als solche indiziert sie Verunsicherung, deutet auf eine Irritation des Selbstbildes hin. Je nach Quelle der Irritation kann die Frage nach der disziplinären Identität der Rechtswissenschaft unterschiedliche Erkenntnisinteressen verfolgen. Es könnte zum Beispiel um Fragen der Abgrenzung des Fachs gehen – was gehört dazu und was nicht? –, oder um den Status des Fachs als wissenschaftliches. Tatsächlich sind das aber nicht die Fragen, die in den Referaten die größte Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben. Vernünftigerweise. Wenn man bedenkt, wieviel Unsinn aus dem Bemühen erwachsen ist, Wissensdisziplinen als harte Wissenschaften zu erweisen<sup>1</sup>, muss man sich darüber, dass die hochschulpolitische Entwicklung die Frage nach dem Wissenschaftsstatus und damit der berechtigten Universitätszugehörigkeit von Wissensdisziplinen weitgehend obsolet gemacht hat, bei allen sonstigen Unerfreulichkeiten dieser Entwicklung doch freuen.

Über den wissenschaftspolitischen Status und die Abgrenzung des Faches scheinen wir, nach den Referaten aus dem öffentlichen Recht zu schließen, nicht beson-

---

<sup>1</sup> Ein Beispiel mit besonders fatalen Folgen ist die neoklassische Ökonomie, die sich durch den Beschluss, auf interpersonale Nutzenvergleiche als ein angeblich nicht hart wissenschaftlich durchführbares Unterfangen zu verzichten (s. *Wulf Gaertner*, Pareto-Effizienz und normative Ökonomie, in: *Karl Homann* (Hrsg.), *Wirtschaftsethische Perspektiven I*, 1994, S. 32 f.; *Horst Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995, S. 47 f., jew. m.w.N.), in voller Absicht blind gemacht hat für Güter und Probleme, die an Verteilungsfragen hängen.

ders besorgt zu sein<sup>2</sup>. Gegenstand der Referate sind vor allem Fragen der Aufgabenbestimmung und des richtigen Vorgehens bei dem, was die Rechtswissenschaft zu tun hat, und Fragen der richtigen Beschreibung dessen, was die Rechtswissenschaft tut. Was uns beschäftigt, sind also hauptsächlich die alten Fragen nach der Methode oder den Methoden der Jurisprudenz<sup>3</sup>. Diese Fragen können immer neu gestellt werden, und sie müssen immer dann neu gestellt und beantwortet werden, wenn sich die Verhältnisse ändern, unter denen juristisch gearbeitet wird. Organisierte Beschäftigung mit ihnen, und sei es nur zur Vergewisserung, dass sich nichts Entscheidendes geändert hat, ist deshalb zu keinem Zeitpunkt schon für sich genommen bemerkenswert. Auffällig und möglicherweise nicht zufällig ist aber, dass wir uns diesen Fragen nun gerade unter der Überschrift „Das Proprium der Rechtswissenschaft“ nähern. Des Eigenen versichert man sich gern, wenn man es in Frage gestellt sieht. Hat die Rechtswissenschaft womöglich Anlass, über die Spezifik der juristischen Arbeit nachzudenken, weil diese Spezifik im Schwinden begriffen ist?

Von einem Proprium der Jurisprudenz kann ohnehin allenfalls in Bezug auf deren traditionelles Kerngeschäft die Rede sein. Versteht man unter Rechtswissenschaft alles, was an Wissenschaft üblicherweise und unkontrovers den rechtswissenschaftlichen Fakultäten zugeordnet und dort betrieben wird, dann wird man ein „Proprium“ im Sinne eines spezifisch Gemeinsamen<sup>4</sup> nicht finden, sondern allenfalls Familienähnlichkeiten im Wittgensteinschen Sinne. Es gibt – *Matthias Jestaedt* hat darauf hingewiesen – weder eine Arbeitsmethode noch ein Set von Arbeitsmethoden noch sonst irgendetwas, das allen sogenannten rechtswissenschaftlichen Aktivitäten und nur ihnen gemeinsam wäre<sup>5</sup>. Lässt man deshalb weite und wichtige

<sup>2</sup> Selbst das Verhältnis der Teilgebiete des Faches zueinander, etwa die Abgrenzung und die Verschränkungen der Domänen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, spielt, obwohl alles andere als inaktuell, in diesen Referaten keine große Rolle. Dabei geht es freilich auch nicht um das Proprium der Rechtswissenschaft, sondern um die Propria ihrer Teilgebiete.

<sup>3</sup> Um die spezifische Methode eines Faches geht es natürlich meist auch dann, wenn über Fachabgrenzung und den Status des Faches als Universitätsfach gesprochen wird. Ein unmittelbar auf diese Fragen bezogenes Erkenntnisinteresse scheint aber in den Beiträgen nicht auf.

<sup>4</sup> Der Begriff des Proprium wird hier, ebenso wie der des Spezifischen, im heute allgemein üblichen Verständnis und damit nicht im – engeren – Sinne der aristotelischen Definitonslehre (*Aristoteles*, *Topik*, Erstes Buch) verwendet. Dort heißt „spezifisch“ nur dasjenige unterscheidende Merkmal, das einem Gegenstand bestimmter Art als wesentliches, d. h. zu seiner Definition gehöriges zukommt (lat. *differentia specifica*), und als *propria* werden demgegenüber die zwar eigentümlichen (unterscheidenden), aber nicht zur Definition gehörigen Merkmale bezeichnet; näher *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 62 ff.

<sup>5</sup> Etwas anderes gilt natürlich, wenn man unter „Rechtswissenschaft“ jede wissenschaftliche Befassung mit dem Gegenstand „Recht“ versteht, die Disziplin also durch die Einheit ihres Gegenstandes (das „Materialobjekt“ im von *Jestaedt* unter IV.2 erläuterten Sinne) konstituiert sieht. In dem Gegenstand „Recht“ hätte man dann zugleich das Proprium der Wissenschaft, das sich mit diesem Gegenstand befaßt. Solche Bestimmungen einer Wissenschaft nach dem „Materialobjekt“ haben keine logischen oder erkenntnistheoretischen, unter Umständen aber pragmatische Gründe gegen sich. Wie man die Erde zum Gegenstand der Geographie erklären kann, ohne sich dazu der Methoden der Geographie bedienen zu müssen, kann man auch ohne Rekurs auf eine juristische Methode das Recht zum Gegenstand der Rechtswissenschaft erklären. Der Gegenstand – im

Teile der Rechtswissenschaft beiseite und spricht allein von der traditionellen Kernaufgabe dieser Wissenschaft, nämlich der Auslegung des geltenden Rechts, dann liegt es nahe, vor allem diese Aufgabe und die von ihr her bestimmte Arbeitsweise („Methode“), also das „Formalobjekt“ im bei *Jestaedt* erläuterten Sinne, als das Proprium der Rechtswissenschaft aufzufassen. Ein Proprium hat die Rechtswissenschaft danach nur in einem sehr bescheidenen, reduzierten Sinne, nämlich erstens nur in dem genannten Kernbereich und zweitens – das ist der Grund für die früher vielthematisierten Zweifel am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz – nur als Wissenschaft in ihrem Verhältnis zu anderen Wissenschaften, nicht in ihrem Verhältnis zur Praxis.

## II. Der „Siegeszug des Zwecks“ als Enteignungsfeldzug?

Betrachten wir nun das so umrissene Proprium, die „juristische Methode“ und deren variierende Beschreibungen, dann fällt vor allem eine zentrale Veränderung ins Auge: die zunehmende Dominanz des sogenannten teleologischen und der korrespondierende Terrainverlust aller anderen hermeneutischen Gesichtspunkte in der juristischen Auslegung<sup>6</sup>. Im *Savignyschen* Kanon hatte die teleologische Auslegung noch keinen Platz<sup>7</sup>, in der heutigen Wahrnehmung erscheint sie dagegen als das „Herzstück“ (*Matthias Jestaedt*) der juristischen Methode. Dieser „Siegeszug des Zwecks“ (*Christoph Engel*) zehrt nun aber an der Spezifik juristischer Auslegungsarbeit und der dafür benötigten Kompetenzen. Die Auslegung einer Norm nach ihrem – behauptetermaßen objektiven – Zweck ist ergebnisorientiert, sie zielt darauf,

---

Sinne des Sachgebiets – einer Wissenschaft läßt sich durchaus unabhängig von deren Methoden bestimmen. Die Frage ist nur, ob das zu sinnvollen Abgrenzungen führt, und die Antwort auf diese Frage kann je nach Kontext und Zweck der Abgrenzung unterschiedlich ausfallen. Für wissenschaftstheoretische und wissenschaftspolitische Zwecke sind naturgemäß methodische Gemeinsamkeiten meist von größerem theoretischen Interesse und größerer praktischer Relevanz als bloße „gebietliche“ – dies umso mehr, je weniger die Einheit eines „Gebiets“ ihrerseits bereits durch die Einheit einer Methode oder eines spezifischen Methodenkanons bestimmt ist.

<sup>6</sup> Hier und im Folgenden verstehe ich unter teleologischer Auslegung die, die oft auch als objektiv-teleologische bezeichnet wird. Die sogenannte subjektiv-teleologische (auf den Nachweis der Ziele des historischen Gesetzgebers gerichtete) Auslegung rechne ich der historischen zu.

<sup>7</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, 1840, § 33, S. 212 ff. (213 f.); zur Bedenklichkeit des Gebrauchs „des Gesetzesgrundes“ (der *ratio legis*) zur Auslegung der Gesetze a.a.O. § 34, S. 220. Siehe aber andererseits zur Nutzbarkeit des Grundes eines Gesetzes als Hilfsmittel zur Auslegung, wenn das Gesetz mangelhaft, nämlich im Ausdruck unbestimmt oder unrichtig ist, d. h. auf keinen „vollendeten Gedanken“ des Gesetzes oder auf einen vom „wirklichen Gedanken“ des Gesetzes verschiedenen Gedanken führt, a.a.O. § 35, S. 222 ff. Zu Savignys Auslegungslehre s. *Meder*, Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, 2004; *Rückert*, Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie, in: *Schröder* (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, 2001, S. 287 ff.; *Bühler*, Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung bei Friedrich Karl von Savigny, a.a.O. S. 329 ff.

der Norm einen im Sinne objektiver Wünschbarkeit der Normgeltungs- und Normanwendungsfolgen vernünftigen Inhalt zu geben. Von allen Beurteilungen, die im Zuge der Auslegung einer Norm fällig werden können, gilt nun aber die Abschätzung und Beurteilung der Wünschbarkeit von Normgeltungs- und Normanwendungsfolgen als diejenige, für die der Jurist am wenigsten *spezifisch juristische* Handwerkszeuge, Schulungen und Kompetenzen in Anspruch nehmen kann. Zunehmende Dominanz der teleologischen Auslegung erscheint insofern gleichbedeutend mit einer Zunahme der Anzahl der Rechtsfragen, die nicht mithilfe spezifisch juristischer Kompetenzen beantwortet werden können.

Zu ihrem Herzstück hätte die Jurisprudenz demnach gerade das gemacht, was am wenigsten ihr Proprium ist und worin der Anspruch der Rechtsauslegung, Auslegung und nicht Unterschlebung zu sein, am prekärsten erscheint: Als Auslegung der Norm und Ermittlung des in ihr verkörperten Willens des Normgebers figuriert die objektiv-teleologische Interpretation in ihrer reinen Form nur durch die Prämisse, man habe sich den Normgeber als vernünftigen vorzustellen. Der Interpret muss diese Prämisse ernstnehmen; sie ist Bedingung der Möglichkeit argumentativer Auseinandersetzung über die Bedeutung des Normtexts. Es gehört daher nicht zufällig, sondern vernünftigerweise zur Auslegung, auch zur teleologischen, dass sie in der Teilnehmerperspektive als Hebamme, nicht als Erzeugerin des zutage geförderten Textsinns begriffen und beschrieben wird. Aus der Perspektive des Beobachters – vor allem desjenigen, der die Norm anders ausgelegt haben würde – ist die objektiv-teleologische Auslegung dagegen der Hauptsitz des schöpferischen, „politischen“ Elements in der Rechtsauslegung. Und gerade dies soll nun den Kern des Kerngeschäfts der Jurisprudenz bilden. Läuft der „Siegeszug des Zwecks“ also auf die Expropriation der Rechtswissenschaft hinaus?

### III. Herstellungs- oder Darstellungswandel?

Zunächst muss man sich wohl fragen, ob es sich bei dem Avancement der teleologischen Auslegung um eine Veränderung in der Herstellung juristischer Erkenntnisse oder um eine Veränderung in der Darstellung des Herstellungsprozesses handelt. Zweifellos ist *auch* das Letztere der Fall. Das Thematisieren von Zwecken des Rechts hat, auch wo es als möglich erkannt war, nicht immer als zweckmäßig gegolten. Im Prozess der Positivierung, Pragmatisierung und Demokratisierung – kurz: der Modernisierung – des Rechts ist das Sichtbarwerden seiner Zwecke, der Streit über sie und die Auseinandersetzung mit ihnen aber unvermeidbar geworden. Das öffentliche Auftreten des „Zwecks im Recht“<sup>8</sup> und der Eingang der teleologischen Auslegung in den Methodenkanon der Jurisprudenz waren daher unvermeidbar,

---

<sup>8</sup> Rudolf von Jhering, *der Zweck im Recht*, in: ders.: *Der Geist des Rechts*. Eine Auswahl aus seinen Schriften, 1965, S. 251 ff.

selbst in Deutschland, wo der „bloße Zweck“ und die ihm dienenden Nützlichkeiten im kulturellen Kurs nicht hoch standen. Gegen die Auffassung, dass Teleologie in der Auslegung nichts zu suchen habe, setzten sich Zweckbetrachtung und Folgenbewertung gerade mit dem Anspruch durch, zu rationalisieren, was ohnehin schon immer in die Auslegung eingeflossen war.

Die Analyse, die diesem Anspruch zugrundelag, war selbstverständlich nicht ganz falsch. Rechtsfragen, für die der Rekurs auf Wortlaut und Systematik der einschlägigen Normen, logische Zusammenhänge und entstehungsgeschichtliche Indizien für das Intendierte keine eindeutige Antwort liefert, für deren Beantwortung man also auf das zurückgreifen muss, was heute als teleologische Auslegung bezeichnet wird, gibt es nicht erst, seitdem die teleologische Auslegung zum anerkannten Bestandteil des juristischen Begründungsarsenals aufgestiegen ist. Teleologisch gesteuerte Interpretationsleistungen wie zum Beispiel die Korrektur textlich eindeutiger Festlegungen mit eindeutig unsinnigen Konsequenzen findet man denn auch in älteren Interpretationslehren durchaus reflektiert und, in angegebenen Grenzen, gebilligt, nur eben unter anderen Überschriften – etwa als *restriktive*, *extensive* und *analoge* Auslegung<sup>9</sup> (lauter schon im römischen Recht bekannte Figuren), im Rahmen von Überlegungen zum Verhältnis von *verba* und *mens*<sup>10</sup>, zur *ratio legis* (so auch bei *Savigny*)<sup>11</sup>, und so fort. Ganz ohne Teleologie, ohne Blick auf die Vernünftigkeit des Auslegungsergebnisses, war juristische Auslegung noch nie möglich, gleich in welchem Ausmaß die offene Präsentation entsprechender Argumente üblich war und wie solche Präsentationen methodologisch eingeordnet wurden. Der „Siegeszug des Zwecks“ hat also mindestens partiell den Charakter einer Parade von Streitkräften, die, obwohl an den Fronten seit jeher eingesetzt, dem Publikum zeitweise nicht – oder jedenfalls nicht in voller Stärke und nicht in der jetzigen Uniform – vorgeführt worden waren.

#### IV. Objektiv zunehmender Teleologiebedarf

Auf diese Präsentationsseite sind die Veränderungen, mit denen wir es zu tun haben, aber wohl nicht beschränkt. Es gibt Gründe, zu vermuten, dass wir uns seit langem in einer Phase der Rechtsentwicklung befinden, in der der Bedarf an teleologischer Auslegung objektiv zunimmt. *Christoph Engel* hat einen ursächlichen Befund auf die kürzestmögliche Weise benannt: Die Gesetze werden immer schlechter. So seufzten die Verwaltungsrechtler, hat er genaugenommen nur gesagt, aber auch wenn er nicht mitgeseufzt hat – die Diagnose hat er sich zu eigen gemacht.

<sup>9</sup> Bei der die Teleologie bekanntlich in der Entscheidung darüber steckt, ob das analog Herangezogene eine ähnliche Fallkonstellation betrifft.

<sup>10</sup> *Kriechbaum*, *Verba und mens* in den Interpretationslehren des Humanismus, in: Schröder (Fn. 5), S. 47 ff.

<sup>11</sup> S. o. Fn. 7.

Gegenstand der Beurteilung ist dabei, so verstehe ich ihn, nicht die „Güte“ der Gesetzgebung in einem umfassenden, alle ihre Qualitäten einschließenden und alle ihre Folgen bewertenden Sinne<sup>12</sup>, sondern ihre gesetzestechnische Qualität, zu der auch die Klarheit und Konsistenz der zugrundeliegenden Zielvorstellungen gehört. Es ist eine alte Weisheit, dass man nur gut gemachte Gesetze gut, das heißt auf eine *spezifisch juristische* Weise gut, auslegen kann. *Savigny* drückt das in seiner Interpretationslehre darin aus, dass sein Kanon der grammatischen, logischen, systematischen und historischen Auslegung sich auf Gesetze bezieht, in denen der Gesetzgeber einen konsistenten Gedanken klar zum Ausdruck gebracht hat, während, wo das nicht der Fall ist, der Interpret über die Zwecke des Gesetzes rasonnieren muss<sup>13</sup>. Je weniger präzise formuliert, je weniger klar durchdacht und systematisiert, je weniger von klaren und erkennbargemachten gesetzgeberischen Zielen geprägt ein Gesetz, kurz: zu je mehr Fragen im Anwendungsbereich des Gesetzes der Gesetzgeber sich nur Unausgegorenes oder gar nichts gedacht zu haben scheint, desto weniger kann es dem Gesetz gelingen, seine Interpreten auf bestimmte Auslegungsergebnisse festzulegen. Je schlechter das Gesetz, desto größer der Spielraum für die Teleologie seiner Interpreten.

Dass Gesetze und andere auslegungsbedürftige Normtexte in dem hier ins Auge gefaßten Sinne „immer schlechter“ werden, ist eine empirisch nicht leicht zu verifizierende Beobachtung. Immerhin gibt es eine Reihe von Entwicklungen, die dafür sprechen, dass es sich hier nicht bloß um die übliche Pessimistenklage handelt, früher sei alles besser gewesen: Schon die quantitative Zunahme des Gesetzes- und Ordnungsrechts<sup>14</sup> läßt für dessen Qualität ebensowenig Gutes erwarten wie die steigende – teilweise rechtserzeugte – Komplexität der regulierungsbetroffenen realen Verhältnisse. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass mit steigender Komplexität des Rechts die Schwierigkeit, es von Unfolgerichtigkeiten aller Art freizuhalten, überproportional zunimmt. Folgerichtigkeit ist eine Sache der Beziehungen zwischen den Elementen eines Systems, und die Anzahl der Beziehungen zwischen den Elementen eines Systems wächst mit der Zunahme der Anzahl der Elemente exponentiell. Bei wachsender Komplexität wirken sich auch Ressortgrenzen zunehmend als Abwehrschanke für qualitätsförderliche Einwirkungen in der Gesetzesvorbe-

---

<sup>12</sup> Erst recht natürlich nicht die Qualität der Legislatoren.

<sup>13</sup> S. o. Fn. 7. Vgl. *Rückert*, a.a.O. (Fn. 5), S. 296 f. u. passim; *Kriechbaum*, a.a.O. (Fn. 10), S. 61.

<sup>14</sup> Das Reichsgesetzblatt startete 1871 mit einem Seitenumfang von 483 Seiten. Schon im Kaiserreich und in der Weimarer Republik nahm die Normenproduktion auf Reichsebene beträchtlich zu, 1892 zum ersten Mal auf über tausend (1056) Gesetzblattseiten. In der Bundesrepublik erschien das Bundesgesetzblatt, für 1949 und 1950 in einem Zweijahresband zusammengefasst, seit 1951 wieder jährlich und, wie zuvor schon seit 1922 auch das Reichsgesetzblatt, in zwei Teile – einen für die nationale Gesetzgebung und einen für die internationalen Vereinbarungen – getrennt. Teil I erreichte gleich in diesem Jahr wieder den Seitenumfang von mehr als tausend Seiten; 1961 wurde zum ersten Mal die Zweitausender-, 1974 die Dreitausender- und 1994 die Viertausendergrenze erreicht oder überschritten. Alles ohne die gelegentlich noch hinzukommenden Anlagenbände gezählt.

reitung aus. Komplexität sowohl des Rechts als auch der regelungsbedürftigen und regelungsbetroffenen realen Verhältnisse fördert zudem, indem sie das Durchschauen der relevanten Zusammenhänge erschwert, die Neigung zu bloß symbolischer, Realitätsbezüge nur simulierender Gesetzgebung<sup>15</sup>. Diese stellt durch den Widerspruch zwischen präntendierter und intendierter Steuerungsleistung ihrer Natur nach stets auch gesetzgebungstechnisch eine Fehlleistung dar. Hinzu kommen die Inter- und Supranationalisierung der Normproduktion<sup>16</sup>, die Komplizierung der politischen Abstimmungsprozesse, schwarze Löcher der Gesetzgebungstechnik wie der Vermittlungsausschuss, und eine qualifikationsabträgliche zunehmende parteipolitische Verpfändung der Stellen in der Ministerialbürokratie. Und schließlich wird man die Rückwirkungen eines verbreiteten teleologischen Übereifers der Gesetzesinterpreten auf die Gesetzesproduzenten nicht außer Acht lassen dürfen. Wenn die Rechtsprechung bereit ist, durch teleologische Auslegung, gern auch gegen den klaren Wortlaut, jede gesetzgebungstechnische Schlamperei in guten Sinn zu überführen – warum sollte dann der Gesetzgeber sauber arbeiten wollen?

Es gibt also Gründe, anzunehmen, dass der verbreitete Eindruck, die politische und gesetzestechische „Durcharbeitung“, die Klarheit und Konsistenz der Normzwecke und ihrer Überführung in die Formulierung und innere Ordnung der Normtexte, nehme tendenziell ab, eine objektive Basis hat, und dass darin eine der Ursachen für den Terraingewinn objektiv-teleologischer Gesichtspunkte in der juristischen Auslegung liegt. Je weniger erkennbar wird, was der Normgeber in Gestalt derer, die am Normgebungsprozess mitgewirkt haben, sich eigentlich gedacht hat, je weniger das Gesetz in seinen Formulierungen und seiner inneren Ordnung klare Sinne oder Zwecke aufscheinen läßt, desto ausschließlicher hängt alles an der objektiv-teleologischen Frage, welche Lösung denn die vernünftige wäre, und desto freier und mächtiger folglich der Interpret. Kein Wunder also, dass *Matthias Jestaedt* feststellen kann, in den Analysen dessen, was bei der Auslegung geschieht, werde immer mehr das schöpferische Moment betont. Es wird nicht nur erkannt insoweit, als es immer schon eine Rolle gespielt hat, sondern es spielt auch eine immer größere Rolle. So wird, in *Christoph Engels* Worten, die Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik fließend, und dem Rechtswissenschaftler beschert das Legitima-

<sup>15</sup> Vgl. *Hansjürgens/Lübbe-Wolff* (Hg.), *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, m. w. N. zum Thema.

<sup>16</sup> Die oben (Fn. 14) schon erwähnte Aufspaltung des Reichsgesetzblatts in getrennte Teile für das reguläre nationale Recht und die internationalen Vereinbarungen spiegelt die gewachsene Bedeutung der internationalen Vereinbarungen. Teil II, der die internationalen Vereinbarungen umfasst, belief sich im ersten Jahr der Aufspaltung, 1922, bereits auf 814 Seiten (Teil I 990 Seiten). 1927 war das Reichsgesetzblatt Teil II erstmals auf mehr als tausend Seiten angewachsen. In der Bundesrepublik erreichte das Bundesgesetzblatt II erstmals 1954 wieder einen Umfang von über tausend Seiten (über zweitausend: 1993; über dreitausend: 1998). Der Umfang des Bundesgesetzblatts II gibt über die Entwicklung des Einflusses der übernationalen Ebene auf das nationale Recht allerdings nur recht ungenau Auskunft, weil die für Deutschland verbindliche EU-Normsetzung darin nicht auftaucht.

tionsprobleme. Nicht nur ihm übrigens, sondern auch dem Richter; das ist die ernstere Seite der Sache.

## V. Entdramatisierung

Damit sind wir wieder bei der Frage, ob das alles auf eine Expropriation der Jurisprudenz hinausläuft. Wenn die Grenze zwischen Rechts- und Sozialwissenschaft fließend wird, ist dann nicht das Proprium der Rechtswissenschaft – und damit das Proprium der Jurisprudenz überhaupt – in Auflösung begriffen, die Jurisprudenz so gut wie expropriert?

Ganz so dramatisch ist die Lage denn doch nicht. Auch Gesetze, die allerhand vermeidbare Unklarheiten aufweisen, bestehen regelmäßig nicht aus lauter Unklarheiten, sondern enthalten weitaus mehr eindeutige gesetzgeberische Steuerungsentscheidungen als unklarheitsbedingte Steuerungsdefizite. Von den *prima facie* bestehenden Unklarheiten lassen sich in der Regel viele mit Interpretationsschritten auflösen, die zu eindeutigen und unkontroversen Lösungen führen. Das kann auch der Fall sein, wenn objektiv-teleologische Gesichtspunkte in die Auslegung eingeflossen sind, denn oft sind diese Gesichtspunkte von so banaler und selbstverständlicher Art, dass die Frage, ins Metier welcher Wissenschaft sie eigentlich fallen, sich nicht stellt und jedes Lamento darüber, dass hier eine Regelungsmacht von Rechtswissenschaftlern präformiert und von Richtern in Anspruch genommen werden muss, die der demokratisch gewählte Gesetzgeber selbst auszuüben gehabt hätte, lächerlich wäre. Wo man häufiger objektiv-teleologisch argumentieren muss, um zu tragfähigen Ergebnissen zu kommen, wird das übrige spezifisch juristische Handwerkszeug auch deshalb nicht überflüssig, weil erst sein Einsatz Aufschluss über den Spielraum gibt, der für objektiv-teleologische Argumente überhaupt besteht.

Und schließlich ist es auch nicht so, dass das Teleologische als solches, weil es dabei um Folgenabschätzung und -bewertung geht, grundsätzlich eher in eines der sozialwissenschaftlichen Fächer als ins juristische gehörte. Zunächst einmal setzt jede Abschätzung der realen Folgen, die die eine oder andere Auslegung einer Norm haben könnte, die Ermittlung der Konsequenzen voraus, die innerhalb des Systems der Sätze und Begriffe des geltenden Rechts selbst auftreten. Rechtsnormen und die darin verwendeten Begriffe hängen ja miteinander zusammen wie Leitungsbahnen und Knotenpunkte eines mehrdimensionalen Netzes<sup>17</sup>, das die Aussendung von Impulsen an die netzexterne Welt steuert. Wer an diesem Netz operiert, sollte überblicken, was seine Operation im Netz selbst anrichten, denn davon hängt ab, welche Impulse an die Außenwelt nachoperativ aus dem Netz hervorgehen werden. Solchen rechtsinternen Überblick für einen mehr oder minder großen Teilbereich des Rechts zu haben und sich ihn auch über die präsenten Kenntnisse hinaus verschaffen zu

---

<sup>17</sup> Näher *Lübbe-Wolff* (Fn. 4), S. 41 ff. u. passim.

können, ist eine proprietär juristische Kompetenz. Dass sie längst nicht immer im wünschenswerten Ausmaß genutzt wird, steht auf einem anderen Blatt<sup>18</sup>.

Auch für die Abschätzung und Bewertung der außerhalb des Netzwerks juristischer Regeln und Begriffe auftretenden *Realfolgen*, um die es bei der ergebnisorientiert teleologischen Auslegung letztlich geht, bringen Juristen Spezifisches mit. So zum Beispiel ein spezifisches erlerntes, vor allem erfahrungsbedingtes Verständnis der Funktionsbedingungen des realen Systems der Administration des Rechts (Verwaltungen/Gerichte und andere Organe der Rechtspflege), das sie zur Analyse und Bewertung derjenigen Realfolgen der Auslegung rechtlicher Normen befähigt, die innerhalb dieses Systems auftreten. Man denke nur an das Verfahrensrecht der Verwaltungen und Gerichte. Auch hier ist das Wissen und die Erfahrung jedes einzelnen begrenzt, manchmal sind nötige Erfahrungen auch gar nicht vorhanden, und zweifellos gibt es hier nicht nur disziplinspezifische Klugheiten, sondern auch disziplinspezifische Beschränktheiten, aber das ganze Feld ist doch eines, in dem vernünftige Auslegung des geltenden Rechts auch bei abnehmender gesetzgebungstechnischer Qualität des Normenmaterials und zunehmender Relevanz der Teleologie vor allem auf die spezifischen Kenntnisse und Fertigkeiten von Juristen angewiesen bleiben wird.

Zum Eigentümlichen der wissenschaftlichen und praktischen Jurisprudenz gehört über die proprietären Aufgaben und Methoden und die zu ihrer Ausübung erforderlichen und in ihrer Ausübung erwerbbaaren spezifischen Stoffkenntnisse und Funktionserfahrungen hinaus auch, dass sie spezifische Urteilsfähigkeiten sowohl erfordert als auch produziert, die nur dadurch angeeignet werden können, dass man das juristische Kerngeschäft mit den dafür vorgesehenen Methoden tatsächlich am Rechtsstoff betreibt. Diese Urteilsfähigkeiten gehören, wie die spezifischen Stoffkenntnisse, zu den Eigenheiten, die den Juristen auch außerhalb des wissenschaftlichen und praktischen Kerngeschäfts der Auslegung des geltenden Rechts, beispielsweise als Helfer und Ratgeber bei dessen gesetzgeberischer Fortentwicklung, unentbehrlich machen. Die speziellen Urteilsfähigkeiten, um die es handelt, kann man zusammenfassend wohl am besten als einen entwickelten Sinn für die *Wo-kommen-wir-da-hin?*-Frage – eine Frage, die institutioneller Unverstand gern als Bürokratenmarotte verspottet – und für die Funktionsweisen und Funktionsbedingungen von Recht bezeichnen. Ist eine Form verzichtbare Formalie oder essentieller Garant für Inhaltliches? Würde sich die scheinbar weichere rechtliche

---

<sup>18</sup> Die Verschaffung und Auswertung des Überblicks, um den es hier geht, kann gerade bei der inzwischen erreichten Komplexität des Rechtssystems leicht zu einer für den Justizpraktiker nicht mehr bewältigbaren Aufgabe werden. Hier hat einerseits die Rechtswissenschaft, soweit sie sich dem juristischen Kerngeschäft der Auslegung des geltenden Rechts widmet, eine ihrer wichtigsten Aufgaben. Die Kommunikation zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ist ein Thema für sich; nach meinem Eindruck leidet sie vor allem daran, dass die Rechtswissenschaft dazu neigt, die Subtilitätsverarbeitungskapazitäten einer Praxis, die unter hohem Erledigungsdruck steht, bei weitem zu überschätzen.

Lösung in Wirklichkeit als die entpuppen, die die größeren Härten produziert? Wird eine gegebene Norm in der Praxis durchsetzbar sein oder symbolisch bleiben? Läßt ein gegebenes Problem sich dadurch lösen, dass man seine Erzeugung verbietet, oder gehört es zu denen, die auf diese Weise nicht zu lösen sind? Für die Beantwortung solcher Fragen bildet der Jurist, wenn er einigermaßen mit Verstand bei der Sache ist, durch seine Tätigkeit eine besondere Kompetenz aus. Dass das so ist, kann man in einem gewissen Sinne zu den Eigentümlichkeiten der Jurisprudenz rechnen, auch wenn bei weitem nicht jeder Jurist ein leuchtendes Beispiel dieser Kompetenz abgibt.

## VI. Stärkung der alten Provinzen

Von einer Expropriation der Jurisprudenz durch den „Siegesszug des Zwecks“ kann also keine Rede sein. Fragen muss man sich aber, ob und in welcher Weise die Rechtswissenschaft sich weiterhin als Streithelferin dieses Siegeszuges verhalten sollte. Diejenigen Teile der Rechtswissenschaft, die sich mit der Frage beschäftigen, was der dogmatisch arbeitende Teil der Rechtswissenschaft und, hoffentlich ihm folgend, die Rechtspraxis tut oder tun sollte – Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Auslegungslehre, fachgebietsspezifische Reflexionen über die Aufgaben des eigenen Faches – haben den „Siegesszug des Zwecks“, der mit den beschriebenen Entwicklungen einhergeht, seit Jahrzehnten überwiegend wohlwollend und unterstützend begleitet<sup>19</sup>. Sie haben für offenen Umgang mit dem teleologischen Element der Auslegung, für die Öffnung der Rechtswissenschaft zur Interdisziplinarität und für ihren Ausbau zu einer Steuerungswissenschaft<sup>20</sup> plädiert – einer Wissenschaft, die die notwendige Differenzierung der Instrumente staatlicher Steuerung analysierend, anregend und mit dem Ziel der Einpassung in rechtsstaatliche und demokratische Strukturen begleitet. Das alles bleibt richtig und wichtig. Steuerungswissen, bezogen auf das Recht als Steuerungsmedium, ist Wissen über die Wirkungsvoraussetzungen und -folgen der Verhaltensanreize, die durch Recht gesetzt werden oder gesetzt werden können. Auf solches Wissen ist nicht nur die Auslegung des geltenden Rechts in ihrem teleologischen Element angewiesen, sondern auch die Rechtspolitik. Wenn auch Juristen bei weitem nicht für alles, was hier an Wissen benötigt wird, die fachlich Prädestinierten sind, so sind sie aus den eben genannten Gründen doch unentbehrlich und müssen um den Ausbau ihrer spezifischen Stoffkenntnisse und Urteilsfähigkeiten auch in Bezug auf neue rechtliche Steuerungsinstrumente jenseits der klassischen direkten Befehlssteuerung bemüht sein.

---

<sup>19</sup> Prononcierte Gegenpositionen wie die von *Niklas Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, bildeten die Ausnahme und haben sich nicht durchgesetzt.

<sup>20</sup> Siehe – vorwiegend rechtspolitisch orientiert – *Schuppert*, *Verwaltungsrecht als Steuerungswissenschaft*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1993, S. 72 ff.

Über den neuen Aufgaben, die all das für die Rechtswissenschaft mit sich gebracht hat und weiter mit sich bringen wird, haben wir aber vielleicht das traditionelle Feld zu sehr vernachlässigt. Die Rechtskultur hängt nicht nur davon ab, dass das Neue begriffen und integriert, sondern auch davon, dass das unverändert notwendige Alte weiter gepflegt wird. Die Jurisprudenz bringt sich nicht um ihr Spezifisches, indem sie sich für die Reflexion im *telos* der Rechtsnormen öffnet und hier ihre Kompetenzen zu erweitern sucht, aber sie bringt sich um ihre spezifische Rationalität, wenn sie darüber andere wesentliche Elemente dieser Rationalität nicht mehr ausreichend kultiviert: die Präzision des Textverstehens auch in seinen nicht-teleologischen Elementen – mögen diese auch mit den teleologischen untrennbar verbunden sein – und die Präzision im Aufdenpunktbringen des Verstandenen. Die Bedingungen für die Bewahrung oder gar Steigerung der Rechtskultur in diesem Punkt sind in vielen Hinsichten nicht günstig. Massenmedien und Jugendkultur repräsentieren, fördern und honorieren alles andere als eine Kultur des präzisen Ausdrucks. Das Schulsystem entläßt Abiturienten, denen die richtige Schreibweise einfacher Wörter wie „gilt“, „beteiligen“ oder „rechtswidrig“ nicht geläufig ist<sup>21</sup>. In der juristischen Ausbildung haben sich die Gewichte von der intensiven zur extensiven Stoffbewältigung verschoben – passend zur Entwicklung der Betreuungsrelation von Studenten und Lehrpersonal, die qualifiziertes intensives Üben ohnehin nicht zuläßt. Aber nicht alles, was hier ungünstig ist, ist irreversibel ungünstig. Das Territorium, das der Siegeszug des Zwecks erobert hat, darf nicht preisgegeben, aber die stolzen alten Provinzen müssen wieder gestärkt werden. Vielleicht werden dann ja sogar die Gesetze wieder etwas besser.

---

<sup>21</sup> Aus der Hausarbeit eines Bielefelder Jurastudenten (nordrhein-westfälisches Abitur, kein „Migrationshintergrund“) im 5. Fachsemester: „beteildigen“, „Beteildigung“, „beteildigte Vereine“, „Beteildigungsrecht“, „gillt“, „in Gestalt von“, „rechtswiedrig“, „presentieren“, „Presenz“, „Representation“, „lediglich förderatives Mitglied“, und so fort. Man sieht: Die Rechtschreibreform ist den Weg der fehlervermeidenden Umdeklaration von Falschem zu Richtigem noch nicht konsequent genug gegangen. Solche Befunde werden nicht dadurch entproblematisiert, dass in der Spitzengruppe der Schüler und Studenten Leistungen von einem Niveau erbracht werden, das Vertreter der älteren Generation in Erstaunen setzen muss. Das Problem ist, dass das Bildungsniveau, und besonders die Fähigkeit und Bereitschaft zu verbaler Präzision, sich nicht in der Breite in bedarfsgerechtem Ausmaß entwickelt.

# Das Proprium der Rechtswissenschaft – Öffentliches Recht

Kommentar zu den Referaten  
von Christoph Engel und Matthias Jestaedt

*Christoph Grabenwarter*

Mein Kommentar gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil beschäftige ich mich mit dem Proprium der Rechtswissenschaften im Allgemeinen, im zweiten Teil mit der Wissenschaft vom öffentlichen Recht, hier in Ergänzung zu den beiden Referaten insbesondere auch mit der Wissenschaft vom Europarecht und Völkerrecht.

## 1. Zum Proprium der Rechtswissenschaften

*Christoph Engel* und *Matthias Jestaedt* gehen unterschiedliche Wege zum Ziel der Bestimmung des rechtswissenschaftlichen Propriums, sie wählen unterschiedliche Schwerpunkte innerhalb des öffentlichen Rechts (bzw. der Wissenschaft vom öffentlichen Recht) und sie erzielen bei allen Gemeinsamkeiten auch verschiedene Ergebnisse.

Zunächst zum Verhältnis Öffentliches Recht – Staats- und Verwaltungsrechtslehre: Beide Autoren treibt die wechselseitige Abhängigkeit zwischen Bestimmung des Gegenstandes und der Methode um. *Engel* postuliert, dass die Methode auf den Gegenstand Rücksicht nehmen muss, geht implizit von einer vom Gegenstand „Gesetz“ bestimmten Methode aus und weist dem Interpretieren Herrschaftsausübung als distinguierendes Merkmal zu. Gute Gründe sprechen für die Annahme, dass eine Methode zwar ihrem Gegenstand adäquat sein muss, der Gegenstand ihr gewissermaßen voraus liegt, die Erkenntnismethode selbst aber maßgeblich den Gegenstand bestimmt – *Jestaedt* begründet dies im einzelnen. Fazit: Was Ergebnis der Erkenntnis ist, hängt von der Methode des Erkennens ab. Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtspolitik und Rechtsdogmatik beschäftigen sich (potentiell) mit dem gleichen „Rechtsstoff“, durch ihre verschiedenen Methoden konstituieren sie aber verschiedene Gegenstände.

Die Abhängigkeit der Methode vom Gegenstand leitet *Engel* zur Konsequenz, dass Wandlungen im Verwaltungsrecht auch die Rechtswissenschaft berühren. Ich

stimme Engel in der Beschreibung der meisten Phänomene der Veränderungen im Staats-, insbesondere aber im Verwaltungsrecht zu. Vor allem für weite Teile des Umweltrechts oder des Regulierungsrechts für Elektrizität, Telekommunikation, Rundfunk etc. Mag es auch hier polizeirechtliche Tatbestände mit Geboten und Verboten geben, spätestens dann, wenn es um den Handel mit Emissionszertifikaten oder die Bestimmung von Long Run Average Incremental Costs (LRAIC) des Betreibers eines Netzes für Mobiltelefonie geht, zeigt sich, dass man mit den klassischen Vorgaben für die Determinierung des Verwaltungshandelns durch Gesetz oder mit den hergebrachten Handlungsformen an die Grenzen stößt, wenn es gilt, Nationale Zuteilungspläne für Emissionszertifikate rechtlich einzuordnen und adäquate Konsequenzen für den Rechtsschutz zu ziehen.

Nun könnte man sich Engels scharfen Beobachtungen und den daran geknüpften Konsequenzen kaum entziehen, gäbe es da nicht noch andere Bezirke des Verwaltungsrechts, die dem beschriebenen Wandel nicht oder weniger stark ausgesetzt sind. Die Fragen, die wir uns stellen müssen, lauten: Haben die beschriebenen Veränderungen in Teilen des Verwaltungsrechts insbesondere während des 20. Jahrhunderts tatsächlich die Konsequenz des „Siegeszuges des Zwecks“, gehen disziplinäre Identität und Selbstgewissheit der Juristerei verloren, muss gar ein neues Kooperationsverhältnis mit den Nachbardisziplinen greifen und sind wir am Ende auf eine offene Wirklichkeitsdefinition angewiesen, um unser Geschäft weiterhin *lege artis* betreiben zu können?

Einige Bemerkungen – im Sinne eines Kommentars – sollen meine Zweifel, aber auch meine Zustimmung untermauern:

Ein Gesetzgeber, der mehr mit Zielen final programmiert als konditional determiniert, eröffnet dem Rechtsanwender Spielräume – diese Annahme ist unbestritten und ließe sich mit vielen Beispielen belegen. Indessen: ist dieses Phänomen ein allgemeines, ist es besonders neu und gilt der festgestellte Trend für das gesamte öffentliche Recht? Ich glaube nein. Dass beim Hantieren mit Zielen die Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik fließend wird, gilt, wenn man es so formuliert, in besonderem Maße seit jeher für das Verfassungsrecht, zuvörderst für die Grundrechte, etwa wenn es um die Abgrenzung des Spielraums des Gesetzgebers bei Eingriffen geht, bei der Modulation der Kontrolldichte durch das Verfassungsgericht. Auf der anderen Seite bleiben weite Teile des Verwaltungsrechts seit hundert Jahren weitgehend unverändert, sie sind in ihrer Gesetzestechnik nicht final geworden. Ich denke, dass es jenseits des Planungs-, Wirtschafts-(regulierungs-) und Umweltrechts einen erheblichen Teil des Verwaltungsrechts gibt, für den der Befund nicht, oder aber jedenfalls nicht in dem Maße gilt. Die Regelungen über Geschwindigkeitsbeschränkungen auf Straßen sind in ihrem Kern seit Jahrzehnten ebenso unverändert wie zentrale Bestimmungen des Polizeirechts. Ist aber von „Steuerungszwecken“ die Rede, die jenseits des positiven Rechts ihre Grundlage haben, wird in der Tat die Perspektive erweitert, treten neue Erkenntnisse hinzu. Zu Recht hält jedoch Christoph Engel fest, dass insoweit, als neue Perspektiven und Fak-

toren einfließen, die juristische Autorität gegen eine bloß „wissenschaftliche“ getauscht wird; und er führt zutreffend schonungslos die Formeln und Begriffe vor, die das Ineinanderfließen von rechtswissenschaftlicher (rechtsdogmatischer) und sozialwissenschaftlicher Methode verschleiern sollen.

Mit der radikalen Option der Rückkehr zu *Otto Mayer* beschreibt *Engel* die Besinnung auf eine Rechtsdogmatik, die dem positiven Recht gewidmet ist und die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse als Hilfsmittel im Prozess der Rechtsanwendung begreift. Sie muss nicht mit *Otto Mayer* identifiziert werden, mit dem Vorteil, dass manches aus dem Denkgelände *Mayers* nicht zwingend mit übernommen werden muss. Nur deshalb, weil ein positivistischer rechtsdogmatischer Ansatz Parallelen mit einem Großen der Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts aufweist, ist er nicht gleich unmodern. Das behauptet *Engel* nicht; das Missverständnis könnte freilich nahe liegen. Auch das mehrpolige Rechtsverhältnis zwingt den positivistischen Ansatz, der die Sozialwissenschaften als Hilfswissenschaften begreift, nicht zur Kapitulation. Er kann es ohne weiteres dogmatisch bewältigen, er muss es nicht ausklammern. Auch in der solcherart ausgerichteten Rechtsdogmatik können mehrpolige Rechtsverhältnisse als vom Gesetzgeber vorgenommene Verteilungen von Rechten und Pflichten rechtswissenschaftlich, eben: rechtsdogmatisch, verarbeitet werden.

Dass sich Sozialwissenschaft und Rechtswissenschaft nicht mehr durch ihren Gegenstand unterscheiden, ist nur dann zutreffend, wenn man in Abrede stellt, dass die Methode gegenstandsbestimmend ist. Das muss man jedoch nicht, wie der Beitrag von *Jestaedt* zeigt, und es sprechen gute Gründe für die gegenteilige Ansicht, der Kommentar hat auf Wiederholungen zu verzichten. Umgekehrt verdient hervorgehoben zu werden, dass sich *Engel* - wie ich meine - konsequent von steuerwissenschaftlichen Ansätzen abgrenzt, wenn er mit Recht festhält, dass der Erfolg der Steuerung durch Recht keine Rechtsfrage ist.

Brauchen wir in der Wissenschaft vom (öffentlichen) Recht eine offene Wirklichkeitsdefinition? Zurückhaltung gegenüber einem vorschnellen Ja scheint geboten. Es gibt eine Reihe von Bereichen des Verwaltungsrechts, die Sachverhalte erfassen, die unsicher sind, dennoch müssen Gesetzgebung und auf gesetzlicher Basis die Vollziehung an die Erfüllung bestimmter Tatbestände Rechtsfolgen knüpfen. Hier stößt der rechtsanwendende Jurist auf Schwierigkeiten. Das von *Engel* genannte Beispiel des Umweltrechts ist unmittelbar einschlägig. Was aber ist für diese Zwecke die Wirklichkeit? Der Ökonom, der eine Theorie aufstellt, formuliert für die Zwecke seiner Theorie die Wirklichkeitsbedingungen, trifft Annahmen. Der Jurist, zumal der Rechtswissenschaftler, wird seinem Erkenntnisziel und Forschungsanliegen damit nicht näher kommen. Dennoch benötigt der rechtsdogmatisch arbeitende Wissenschaftler keine offene Wirklichkeitsdefinition für Aussagen über Norminhalte, da es um Aussagen darüber, wie eine Norm auszulegen ist und nicht um die Ermittlung unsicherer Sachverhalte geht. Das Erkenntnisobjekt der Rechtsdogmatik liegt in zumeist schriftlicher Form vor, publi-

ziert in einem Gesetzblatt (allenfalls ist bei Gewohnheitsrecht die Situation eine andere).

Dies führt zu einer letzten allgemeinen, grundsätzlichen Bemerkung: Welche Rolle hat der Interpret, der Jurist, der Rechtsanwender? Gerade im öffentlichen Recht besteht ein Bedürfnis nach Unterscheidung. Für die Beantwortung der Frage sind zunächst die Grundlagen der Rollenzuweisung offenzulegen. Das Modell einer dynamischen Rechtsbetrachtung, geleitet von der Vorstellung eines Stufenbaus der Rechtsordnung im Sinne *Adolf J. Merkl's* ist geeignet, die von *Engel* festgestellte Herrschaftsausübung durch den Interpreten des geltenden Rechts schärfer zu fassen. Ausgehend von der historisch ersten Verfassung wird in einem System gestufter Bedingtheit von der jeweils höheren Rechtsschicht abgeleitetes Recht erzeugt. Rechtsanwendung durch die hierzu ermächtigten Organe geschieht in der Zusammenfügung der durch Erkenntnis aus der höheren Normstufe gewonnenen heteronomen Determinanten und der autonomen Determinanten, die der Rechtsanwender in Eigenmacht hinzufügt – *Jestaedt* spricht von Selbst- und Fremdprogrammierung. In dieser Hinsicht sind die Tätigkeiten des Gesetzgebers, des Richters, des Verwaltungsbeamten und des Rechtswissenschaftlers strukturell gleich. Der entscheidende Unterschied zwischen dem Staatsorgan und dem Wissenschaftler liegt darin, dass letzterer keine verbindlichen Anordnungen trifft, mithin kein Recht erzeugt, streng genommen auch keine Herrschaft ausübt. Nur soweit das positive Recht einer Auslegung Verbindlichkeit verleiht, ist sie auch verbindlich. Wenn aber die Verbindlichkeit der Auslegung kein Konstituens rechtswissenschaftlicher Tätigkeit ist, so muss es wenigstens die regelmäßig bestehende Nähe zum Entscheidungsvorgang sein. Der Rechtswissenschaftler im Öffentlichen Recht agiert sozusagen am „Rechtserzeugungssimulator“, er programmiert die Landkarte der Rechtsordnung mit heteronomen Determinanten und bringt mögliche Entscheidungsvarianten für das entscheidende Gericht ein. Diese aber sind nicht von der Landkarte des positiven Rechts vorgegeben, sondern durch volitive, autonom vom programmierenden Rechtswissenschaftler bestimmte Elemente determiniert. Zu Recht wird eine bestimmte Entscheidungsvariante erst dann, wenn sie im Echtversuch durch das zur Rechtserzeugung (= Entscheidung) befugte Organ gewählt wird.

## 2. Zum Proprium der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht

Den allgemeinen Bemerkungen zur Rechtswissenschaft seien einige Überlegungen zum Proprium der Wissenschaft vom öffentlichen Recht angefügt. Zunächst eine Vorbemerkung zum Begriff der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Vielfach wird der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im Kern in Anlehnung an überkommene Fakultätsgeographien sowie Studien- und Prüfungsordnungen das Staats- und Verwaltungsrecht als Gegenstand zugewiesen, mit gewissen Einschränkungen auch das Europarecht und das Völkerrecht. Daneben lassen sich noch andere Fächer ausma-

chen, wie das Steuerrecht, das Sozialrecht oder das Staatskirchenrecht, die aber nicht überall, nicht zwingend oder nicht zur Gänze dem Öffentlichen Recht zugeordnet werden (Eine Sonderstellung nimmt das Verfahrensrecht ein, das häufig ein Annex zum materiellen Recht ist, der Sache nach aber Ähnlichkeiten mit dem öffentlichen Recht aufweist.).

Den Wissenschaftlern, welche sich den genannten Fächern widmen, ist eines gemeinsam, das sie von Zivil- und Strafrechtlern abhebt: Das Denken und Arbeiten in mehreren Normebenen und -schichten, im Besonderen in Normhierarchien, die mit dem Konzept des Stufenbaus der Rechtsordnung beschrieben und theoretisch erfasst werden können. Der Staatsrechtswissenschaftler fragt zumeist nach der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung, der Verwaltungsrechtswissenschaftler nach der Vereinbarkeit eines Verwaltungsakts mit seiner gesetzlichen Grundlage. Der Völkerrechtswissenschaftler, der sich auch mit nationalem Recht beschäftigt, fragt nach der Konformität staatlichen Rechts mit dem internationalen Recht, der Monismus/Dualismus-Streit ist zwar keine Frage der Hierarchie, immerhin aber die Frage nach dem Verhältnis zweier Rechtsschichten, und damit auch eine Frage des Vor-Rangs. Und im Europarecht ist die Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit Primärrecht, die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Gemeinschaftsrecht das Thema. Angesichts der konstatierten Nähe der Rechtswissenschaft zum Entscheidungsvorgang verwundert es nicht, dass genau diese Fragen nach dem positiven Recht zentrale Aufgaben der Gerichte bilden: § 42 II VwGO, Art. 100 I GG oder Art. 234 EGV seien als Beispiele genannt. Der EuGH hat in Verfahren nach Art. 234 die Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit Primärrecht oder von nationalem Recht mit Gemeinschaftsrecht zu prüfen.

Eine weitere Bemerkung betrifft das *Europarecht*. Dieses darf zwar nicht zur Gänze für das öffentliche Recht vereinnahmt werden. Es kann mehr und mehr als „Querschnittsfach“ bezeichnet werden, das man ebenso wenig wie Bundes- oder Landesrecht allein dem Zivil-, Straf-, Verwaltungs- oder Verfassungsrecht zuordnen kann und darf. Mit Blick auf das eben Gesagte drängt sich jedoch eine Beobachtung in den Vordergrund, die aus der auf Kompetenzen und Rang geschärften Sicht des Öffentlich-Rechtlers von Bedeutung ist: Unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang des Gemeinschaftsrechts, die scheinbar auf bloße Interpretation gerichtete Kompetenz des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren entziehen sich den gängigen Mechanismen der herkömmlichen Auflösung und Beseitigung von Rechtswidrigkeiten, Normwidersprüchen und Kompetenzüberschreitungen im nationalen (öffentlichen) Recht. Was (geltendes) Recht ist, wird materiell bestimmt, Kompetenzfragen, wie sie etwa das Bundesverfassungsgericht in den Vordergrund stellt, treten in den Hintergrund. Dieser Umstand bestimmt auch die Wissenschaft vom Europarecht, die häufig und in weiten Bereichen einem Rechtssprechungspositivismus frönt.

Nun tritt – von Rechtswissenschaftlern maßgeblich betrieben – eine „Europawissenschaft“<sup>1</sup> aus dem Schatten der Europarechtswissenschaft, mit dem interessanten Anspruch, die Rechtswissenschaft „zum Recht im Kontext“ zu öffnen, nachdem „der dogmatische rechtswissenschaftliche Diskurs trotz seiner Unverzichtbarkeit als Speichermedium, Differenzierungsmechanismus und Ordnungsdiskurs für nicht-rechtliche Disziplinen nicht anschlussfähig“ sei.<sup>2</sup> Man kann vieles in Auseinandersetzung mit dieser Konzeption der Europawissenschaft anführen. Ein erster Punkt liegt in der Definition der Europawissenschaft, wie sie der Erstherausgeber des zitierten Sammelbandes wählt: „Gegenstand der Europawissenschaft ist EU-Europa als Erscheinungsform postnationaler politischer Herrschaft.“ Hier zeigt sich, dass im Gefolge von „Staatswissenschaft“ und „Verwaltungswissenschaft“<sup>3</sup> eine Verengung in der Definition der „Europawissenschaft“ stattfinden muss, um die Hoheit oder wenigstens das *Prae* der Juristen über ihr Europa zu erhalten, denn anders als „Staat“ und „Verwaltung“ ist der Begriff „Europa“ kein genuin juristisch geprägter, auf den Staat und seine Gewalten bezogener, sondern zunächst ein geographischer. Die Geisteswissenschaft, die Erdwissenschaft und die Volkskunde werden für sich in Anspruch nehmen dürfen, ebenfalls in einer bestimmten Spezialisierung Europawissenschaft zu betreiben. Der Einwand scheint allzu banal, weist aber darauf hin, dass die Begrifflichkeiten weniger vorgeprägt sind, auch ist das „Europarecht“ zunächst nicht auf die Union beschränkt, es gibt vielmehr verschieden intensive Formen der Integration, der Supranationalität, der internationalen Verfasstheit von europäischen Staaten. Europa-Rat, EWR, WEU, Wirtschafts- und Währungsunion etc. fassen verschiedene Gruppen europäischer Staaten zusammen, es besteht keine Kongruenz mit den Staaten der Europäischen Union.

Die genannte „Europawissenschaft“ öffnet nun die Fenster und damit die scheinbar verengten Rechtswissenschaften für alle politischen Erscheinungen und Entwicklungen.<sup>4</sup> Jedenfalls zum Teil sind die im Konzept vorgestellten Inhalte der Europawissenschaften auch Rechtswissenschaft, soweit sie sich nämlich z. B. mit dem Recht und seinen Zusammenhängen mit der Europäischen Integration, mit Europapolitik beschäftigen. Es handelt sich eben nicht um Rechtsdogmatik, sondern im Wesentlichen um rechtspolitikwissenschaftliche Erkenntnis Anliegen, dabei mag man es auch für hilfreich erachten, einen kulturtheoretischen Ansatz wählen.<sup>5</sup> Die Öffnung der *Rechtswissenschaft* mag man auf diese oder andere Art betreiben, sie

<sup>1</sup> G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft* (2005).

<sup>2</sup> So U. Haltern, in: G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft* (2005).

<sup>3</sup> So die Titel von Sammelbänden, die vom gleichen Anliegen in Bezug auf das Staatsrecht und den Staat (G. F. Schuppert, *Staatswissenschaft* [2003]) bzw. das Verwaltungsrecht und die Verwaltung (G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft* [2000]) getragen sind, vgl. dazu näher Engel und Jestaedt, in diesem Band.

<sup>4</sup> Zum Beispiel: „Osterweiterung und all das“ (G. F. Schuppert, „Theorizing Europe“ oder von der Überfälligkeit einer disziplinenübergreifenden Europawissenschaft, in: *ders./I. Pernice/U. Haltern* (Hrsg.), *Europawissenschaft* [2005] S. 3 [26]).

<sup>5</sup> U. Haltern, *Rechtswissenschaft als Europawissenschaft*, a.a.O. S. 76 ff.

kann und wird im erwähnten Bezirk derselben neue Einsichten hervorbringen. Dass aber der, der sich mit dem Handwerk der Rechtsdogmatik begnügt, „transdisziplinäre Ambitionen“ verfehlt, wird der bedauern, der sie in dieser Weise hat.<sup>6</sup> An der Qualität der Rechtsdogmatik ändert diese Einsicht nichts, selbst wenn sie an ihre Begrenztheit erinnert wird. Grenzen sind aber notwendig, um die Selbstvergewisserung, die Unterscheidung von anderen (Rechts-)Wissenschaften zu ermöglichen und methodische Disziplin zu begünstigen. Die Selbstbeschränkung auf die Rechtsdogmatik erweist sich in der arbeitsteiligen Welt der Wissenschaft, die Spezialisierung erfordert, denn auch nicht a priori als Makel. Der Behauptung, dass der dogmatische Ansatz *wegen der Spezifika des Gegenstandes* „Europarecht“ bereits „im genuin juristischen Bereich“ scheitert, kann daher nicht gefolgt werden. Wenn man das Europarecht auf das Recht der Europäischen Union reduziert, so mag der Befund zutreffen, dass dieses unübersichtlich, inkohärent und ganz anders entstanden ist als das deutsche BGB – vor allem hat keine Expertenkommission das heutige Recht in seiner heutigen Form entworfen.<sup>7</sup> Indes: dies ist kein Spezifikum des Europarechts. Das *common law* ist ebenso weit von dieser Idealvorstellung entfernt, wie manche Verfassung,<sup>8</sup> aber auch manches Rechtsgebiet des Verwaltungsrechts, das nicht gemeinschaftsrechtlich geprägt ist. Die erwähnten Besonderheiten des Gegenstandes, eine andere Gewaltenteilung zwischen Gerichten und Rechtsetzung mögen besondere Anstrengungen des rechtsdogmatisch arbeitenden Wissenschaftlers erfordern. Deshalb zu kapitulieren und sich (nur deshalb) transdisziplinär zu öffnen, wäre aber auch hier dem Gegenstand Recht nicht adäquat. Rechtsdogmatik heißt auch im Europarecht, Aussagen über Norminhalte mit Hilfe der Auslegung zu tätigen und zu begründen. Vielleicht ist sie hier noch notwendiger als bei geschlossenen Kodifikationen. Dies schließt nicht aus, dass die Europäische Union, der Europarat etc. und deren Recht jenseits der Rechtsdogmatik zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher – etwa rechtshistorischer, rechtspolitischer oder rechtssoziologischer – Forschung gemacht werden.

Vom Europarecht zum *Völkerrecht*. Hier gilt es, eine Besonderheit zum Fach, zur Disziplin hervorzuheben: „Das“ Völkerrecht gibt es nicht (mehr). Zwar kann man ein allgemeines Völkerrecht ausmachen, beschäftigt sich ein Zweig speziell mit „Internationalen Organisationen.“ Ähnlich wie im Europarecht gibt es aber mittlerweile eine große Ausdifferenzierung an Teilgebieten und an Wissenschaftlern, die sich denselben zuwenden: Wir sprechen vom Internationalen Steuerrecht, vom In-

<sup>6</sup> Haltern, a.a.O. S. 47.

<sup>7</sup> Formulierungen nach Haltern, a.a.O. S. 47.

<sup>8</sup> So ist etwa bemerkenswert, dass das österreichische Verfassungsrecht wohl eines der unübersichtlichsten der Welt ist; dennoch sind österreichische und deutsche Staatsrechtslehre methodisch sehr miteinander verwandt, obwohl letztere es dank Art. 79 I GG mit einem kompakten Grundgesetz zu tun hat. Mehr noch: die österreichische Staatsrechtslehre ist – die Pauschalierung ist naturgemäß unscharf – trotz des unüberschaubaren Stoffes noch öffnungsaaverser und in der Dogmatik tendenziell stärker am positiven Recht orientiert als die deutsche Staatsrechtslehre i. e. S.

ternationalen Wirtschaftsrecht, vom Internationalen Strafrecht, vom Internationalen Privatrecht, vom Internationalen Umweltrecht, vom Internationalen Menschenrechtsschutz – um nur einige Beispiele zu nennen. Häufig sind es nun nicht mehr Völkerrechtler, sondern international ausgerichtete Steuer-, Zivil-, Straf-, Staats- und Verwaltungs-“rechtler“, die in diesen Teildisziplinen des Völkerrechts führend tätig sind. Wenngleich nicht vernachlässigt werden darf, dass sich gerade das IPR oder das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen maßgeblich von anderen Teilen des internationalen Rechts unterscheidet, gibt es für alle diese Teildisziplinen eine gemeinsame Klammer, nämlich dass sie das Verhältnis von Staaten (und deren Rechtsordnungen) zueinander, in jüngerer Zeit aber auch von Individuen zum Staat betreffen, dementsprechend ist etwa die Rechtsform des völkerrechtlichen Vertrages in allen Bereichen anzutreffen. Man kann aus dieser Binnendifferenzierung aber auch für den Zugang zur Abgrenzung der Teildisziplinen der Rechtswissenschaften, der Fächer, etwas gewinnen. Die auf nationaler Ebene doch in deutlich wahrnehmbaren Grenzen und Abgrenzungen zu anderen Fächern arbeitenden Vertreter der einzelnen Disziplinen treten auf internationaler Ebene viel eher, häufig gezwungenermaßen in einen Diskurs mit den Vertretern anderer Fächer ein, in eine Form von intradisziplinärer Forschung. Der international arbeitende Rechtswissenschaftler muss seinen Blick über den Tellerrand seines Faches heben, ist stärker auf das Rechts-Vergleichen angewiesen. Betreibt er nicht überhaupt Rechtsvergleichung (als ebenfalls bereits verselbständigte Teildisziplin), so muss er für die Auslegung oder gar Gewinnung von Rechtsvorschriften auf überstaatlicher Ebene häufig auf die nationalen Rechtsordnungen Bezug nehmen – Beispiele sind das Aufsuchen eines europäischen Standards zur Bestimmung der Eingriffsschranken bei den Gesetzesvorbehalten der Art. 8 bis 11 EMRK oder die Ableitung von ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechten aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach Art. 6 II EUV, die wiederum durch wertenden Rechtsvergleich aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der EMRK gewonnen werden.

Das Völkerrecht liefert uns schließlich in der Besonderheit seiner Rechtserkenntnisquellen aber auch noch einen selbständigen Aspekt für die Antwort auf die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft. Im Statut des Internationalen Gerichtshofes werden dem Gerichtshof am Ende des Abschnitts über seine Aufgaben die Rechtsquellen vorgegeben, nach denen er zu entscheiden hat. Art. 38 IGH-Statut erwähnt neben dem Vertragsrecht, dem Gewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausdrücklich „richterliche Entscheidungen“ und „die Lehrmeinung<sup>9</sup> der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“ als wörtlich „*Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen*“<sup>10</sup>. Damit wächst die Rechtswissenschaft – wenigstens hilfsweise und wenngleich auf die Fähigsten („most highly qualified

---

<sup>9</sup> So die amtliche Übersetzung Deutschlands. In der amtlichen Übersetzung Österreichs heißt es „Lehren“.

<sup>10</sup> Art. 38 I Buchst. d IGH-Statut.

publicists“, „publicistes les plus qualifiés“) beschränkt – jedenfalls in diesem begrenzten Bereich der Rechtsanwendung durch ein internationales Gericht – vertragsrechtlich positiviert – zwar nicht in den Rang einer Rechtsquelle, wohl aber in den Rang einer Rechtserkenntnisquelle, um das Bestehen einer von den Staaten für verbindlich gehaltenen Praxis nachzuweisen.<sup>11</sup> Daraus aber bereits allgemein auf einen „subsidiären Rechtsquellencharakter“ der Lehre zu schließen, wie dies *Albert Bleckmann* tut, scheint mir überzogen. Der Konsens der Gelehrten vermag ein Indiz für das Bestehen einer entsprechenden normativen Vorgabe zu bilden, diese aber niemals zu substituieren, auch dann nicht, wenn großer Konsens besteht.<sup>12</sup> Vielmehr ist festzuhalten, dass von vornherein nur eine „einheitliche“ Lehrmeinung als bedeutsam in Betracht kommt, weshalb das Gewicht der Völkerrechtslehre zum Anwachsen verschiedener Lehrmeinungen im wachsenden Pluralismus der modernen Welt sukzessive abgenommen hat<sup>13</sup> und heute wie die Wissenschaft in anderen Fächern v. a. insoweit Bedeutung bei (und im Vorfeld) der Feststellung und Fortentwicklung des Rechts hat, als sie das durch Staatenkonsens begründete Entstehen neuen Rechts fördert.<sup>14</sup>

Die Annahme bestätigt sich bei einem Blick auf die Entscheidungen des IGH. Hier zeigt sich das scheinbare Paradoxon, dass ein Gerichtshof, der hierfür eine ausdrückliche Ermächtigung hätte, nur in den seltensten Fällen auch in der Begründung seiner Entscheidungen explizit auf Lehrmeinungen rekurriert.<sup>15</sup> Die Ursache dürfte einerseits in der regional unterschiedlichen Verteilung völkerrechtswissenschaftlicher Publikationstätigkeit, im häufig feststellbaren Dissens und damit zusammenhängend in der Schwierigkeit liegen, die maßgeblichen Wissenschaftler der „verschiedenen Nationen“ festzustellen, auf die es ankommen soll.<sup>16</sup> Dies dürfte auch erklären, warum die durchaus häufigen Bezugnahmen auf die Ergebnisse der International Law Commission (ILC) bedeutsamer sind, die aus Völkerrechtswissenschaftlern zusammengesetzt ist und unter anderem Meinungen oder Abkommensentwürfe (oft auch aus dem Gewohnheitsrecht heraus) formuliert. Auch die Kollektiverklärungen von internationalen Juristenvereinigungen, wie der International Law Association (ILA) oder des Institut de Droit International, sind von er-

<sup>11</sup> *W. Graf Vitzthum*, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. (2004) Rn. 147; *D. Carreau*, *Droit international*, 2. Aufl. 1988) Rn. 788.

<sup>12</sup> *A. Bleckmann*, *Die Funktionen der Lehre im Völkerrecht* (1981) S. 299 ff.

<sup>13</sup> *M. N. Shaw*, *International Law*, 4. Aufl. (1997) S. 88 f.; *W. Karl*, *Sonstige Quellen des Völkerrechts*, in: *H. Neuhold/W. Hummer/C. Schreuer* (Hrsg.) *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts* (Band 1), 4. Aufl. (2004) Rn. 533.

<sup>14</sup> *K. Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2004) § 21 Rn. 6.

<sup>15</sup> Vgl. den nach wie vor gültigen Befund von *J.-P.-A. François*, *L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international*, *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel* (1961) S. 279 f.

<sup>16</sup> Zu den Ursachen *A. Pellet*, in: *A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm* (Hrsg.), *The Statute of the of the International Court of Justice* (2006) Article 38 Rn. 312 ff. Eine der wenigen Ausnahmen ist das Urteil im Lotus-Fall, PCIJ Series A Nr. 10 S. 26, in deutscher Übersetzung abgedruckt in *O. Dörr*, *Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung* (2004) S. 55 (62).

höher Bedeutung gegenüber den Lehrmeinungen einzelner Wissenschaftler. Schließlich fließt der Sachverstand zahlreicher Völkerrechtler heute in Organe und Gremien Internationaler Organisationen ein. Darin zeigt sich deutlich, dass der Völkerrechtswissenschaftler häufig einen besonderen Nahebezug zur Praxis des Rechts hat, die Grenzen zwischen Wissenschaft und Praxis dürften im Bereich des Völkerrechts besonders fließend sein – mitunter auch mit Konsequenzen für methodische und theoretische Disziplin.

### 3. Schlussbemerkung

Eine Beobachtung bestätigte sich am Ende der Tagung in aller Deutlichkeit: Die Divergenzen zwischen den Referenten und Kommentatoren aus der Abteilung Öffentliches Recht – die Veranstalter haben ja bewusst ausgewählt – sind gewiss erheblich. Bemerkenswert ist aber, wie viel Gemeinsames die Öffentlich-Rechtler untereinander haben und wie stark die Unterschiede zu den Vertretern des Zivil- und Strafrechts sind. Das mag auch Bedeutung für die Bestimmung des Propriums der Rechtswissenschaft insgesamt haben. Der Gegenstand „Öffentliches Recht“ bestimmt zwar nicht deren Methode, aber doch offensichtlich das Denken der Wissenschaftler, die sich ihm schwerpunktmäßig widmen, ganz entscheidend.

# Entscheidungen unter begrenzter Rationalität als Proprium des öffentlichen Rechts

Kommentar zu Christoph Engel und Matthias Jestaedt

*Stefan Magen*

Mit dem Siegeszug des Zwecks ist Steuerung zur Aufgabe des Rechts oder jedenfalls des Verwaltungsrechts geworden. Weil aber die juristische Hermeneutik zur Lösung von Steuerungsproblemen nichts beiträgt, sollten sich, so *Christoph Engel*, die Rechtswissenschaften für sozialwissenschaftliche Methoden und Erkenntnisse öffnen.<sup>1</sup> Erst diese erlaubten es, Wirkzusammenhänge zu verstehen und Steuerungsmittel zu vergleichen. *Matthias Jestaedt* dagegen besteht bei aller „kognitiven Offenheit“ des Rechts für Wirklichkeitserkenntnisse verschiedenster Art auf der „operativen Geschlossenheit“ des Rechts und damit auf der methodischen Autonomie der Rechtswissenschaften.<sup>2</sup> Das schließe die Rezeption sozialwissenschaftlicher Einsichten nicht aus. Diese müsse sich aber an dem spezifischen Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaften orientieren und deren Eigengesetzlichkeiten beachten. Eine Kooperation zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften sei also zwar möglich, aber die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssten von der jeweiligen rechtswissenschaftlichen Disziplin vorgegeben werden. Nun erkennt aber auch *Engel* an, dass die sozialwissenschaftlichen Methoden im Hinblick auf die Erfordernisse juristischer Rezeption modifiziert werden müssen. Es gehöre sogar zum Proprium des (öffentlichen) Rechts, dass an die Stelle der reduzierten Wirklichkeitsdefinitionen der Sozialwissenschaften die „offenen“ Wirklichkeitsdefinitionen des Rechts treten.<sup>3</sup>

Worin liegt dann der Unterschied zwischen den beiden Ansätzen? Zunächst einmal behandeln sie verschiedene Aspekte der Frage, *Engel* den äußeren Zwang zu einer Öffnung, *Jestaedt* deren Grenzen und Bedingungen. Und beide würden in einem Kontinuum zwischen dogmatischer Selbstisolierung der Rechtswissenschaften, wie man sie *Otto Mayer* zuschreiben mag, und methodischer Selbstaufgabe, wie sie die ökonomische Analyse des Rechts betreibt, die Extreme meiden. Sicherlich wäre *Jes-*

---

<sup>1</sup> *Engel*, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in diesem Band, S. 228 ff.

<sup>2</sup> *Jestaedt*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in diesem Band, S. 272.

<sup>3</sup> *Engel*, Fußn. 1, S. 236.

*taedt* in der Tendenz wohl näher am ersteren Pol zu finden, und *Engel* näher am letzteren. Auch wären *Jestaedts* AGB für die interdisziplinäre Kooperation vermutlich restriktiver als die von *Engel*. Interessanter ist aber, was eigentlich in den AGB stehen soll, welchen Inhalt also die Bedingungen interdisziplinärer Kooperation haben sollten. Darüber weiß man aber zu wenig, wie es überhaupt einen Mangel an rechtswissenschaftlichen Rezeptionstheorien gibt.<sup>4</sup>

## 1. Gesetzeszwecke: Funktionen oder Steuerungsziele

Hinter der Suche nach dem Proprium der Rechtswissenschaften steht die Frage nach der spezifischen juristischen Kompetenz bzw. den besonderen Leistungen der juristischen Methode. Worin sollen die aber noch liegen, wenn das Recht nur noch ein technisches Instrumentarium ist, um möglichst punktgenaue Folgen außerhalb des Rechts zu erzielen?<sup>5</sup> Was ist noch juristisch an einer Rechtswissenschaft, die Steuerungswissenschaft sein möchte oder muss? Bevor man diese Frage behandelt, sollte jedoch geklärt sein, wieso der Siegeszug des Zwecks es überhaupt erfordert, aus der Wissenschaft vom öffentlichen Recht eine Steuerungswissenschaft zu machen. So offensichtlich ist es nämlich nicht, was überhaupt neu ist an der Zweckorientierung des Verwaltungsrechts. Selbst die Konzeption des Verwaltungsrechts bei *Otto Mayer*, die sich ganz auf die dogmatische Durchdringung rechtlicher Handlungsformen konzentriert und von *Engel* zu Recht als Idealtypus eines von den konkreten Verwaltungszwecken befreiten Verwaltungsrechts vorgestellt wird, versteht das Verwaltungsrecht von seinem Zweck her, nämlich dem der Domestizierung von Herrschaft, und es gestaltet seine Instrumente so, dass sie diesen Zweck erfüllen. Und natürlich dient auch dieses Verwaltungsrecht dazu, dass die Verwaltung die von den vormaligen Polizeywissenschaften beschriebenen Staatszwecke wirksam verfolgen kann. Wenn man heute beispielsweise versucht, die Fähigkeit und Grenzen des sog. Ordnungsrechts zur Steuerung von Verhalten sozialwissenschaftlich zu reflektieren,<sup>6</sup> bedeutet das ja nicht, dass das Ordnungsrecht zu Zeiten *Otto Mayers* keine Zwecke verfolgte.

So zentral und zutreffend der Hinweis auf den Siegeszug des Zwecks ist, ist bei näherem Besehen doch schwer zu fassen, was er genau beinhaltet, was sich also im Zweckbezug des Verwaltungsrechts geändert hat. Auch die Domestizierung von Herrschaft ist ein Zweck des Verwaltungsrechts, wenn auch vielleicht kein Steuerungszweck. Und auch für das Verwaltungsrecht *Otto Mayers* war die Verrechtlichung von Herrschaft nicht der einzige Zweck des Verwaltungsrechts, denn seine rechtlichen Handlungsformen dienen einer Verwaltungstätigkeit, die externe Fol-

<sup>4</sup> *Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in Engel et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2006, S. 32 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Lübbe-Wolff*, Expropriation der Jurisprudenz?, in diesem Band, S. 285.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Baehr*, Verhaltenssteuerung durch Ordnungsrecht, 2005.

gen bewirken, also Verhalten „steuern“ sollen. In diesem Sinn hat auch der allgemeine Teil des Verwaltungsrechts einen Steuerungsbezug, nur dass die rechtlichen Handlungsformen nicht auf die konkreten Verwaltungszwecke zugeschnitten zu werden brauchten. Aber selbst die konkreten Verwaltungszwecke waren über das besondere Verwaltungsrecht zu einem nicht unerheblichen Umfang rechtlich festgelegt.

Der Wandel des Zweckbezugs muss also auf einer anderen Ebene gelegen haben. *Stephan Tontrup* hat in seinem Kommentar auf einen insoweit interessanten Unterschied hingewiesen, den man zwischen dem strafrechtlichen und dem öffentlich-rechtlichen Umgang mit den Sozialwissenschaften ausmachen kann. Die Strafrechtswissenschaft tendierte eher dazu, Funktionen von Strafen zu formulieren, die zwar Wirkungen in der Realität implizierten – z. B. die Stabilisierung normativer Erwartungen – aber empirisch nicht ernst genommen würden. Insbesondere sei der Strafrechtsdogmatik nicht an einer Operationalisierung und empirischen Überprüfung der Funktionen gelegen.<sup>7</sup> Man muss darin aber nicht unbedingt ein Defizit bestimmter Strafrechtsdogmatiken sehen. Der Zusammenhang ist vielmehr umgekehrt: In welchem Umfang das Recht auf sozialwissenschaftliches Steuerungswissen angewiesen ist, hängt von der Art und Beschaffenheit der von ihm verfolgten Zwecke ab. Diese reichen von abstrakten und vagen Funktionszuweisungen (z. B. die persönlichkeitsbezogenen Elemente des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schule)<sup>8</sup> bis hin zu punktgenauen Zielvorgaben (z. B. die Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen um 21 Prozent bis 2012),<sup>9</sup> sind also in sehr unterschiedlichem Maße wohldefiniert und damit einem szientistischen Zugang offen. Natürlich lassen sich auch vage Funktionen sozialwissenschaftlich analysieren. Diese Analysen werden sich aber kaum dazu eignen, Empfehlungen zur Verwirklichung konkreter Ergebniszustände zu gewinnen.<sup>10</sup>

Mit Recht fordert *Jestaedt*, die Methoden der Rechtswissenschaft müssten die Eigenarten des jeweiligen positiven Rechts widerspiegeln.<sup>11</sup> Diesseits der weit gefassten verfassungsrechtlichen Grenzen entscheidet über die Art des Zweckbezugs von Gesetzen letztendlich der Gesetzgeber bzw. innerhalb der vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen die Gerichte. Einen gesteigerten Bedarf an Steuerungswissen zieht deshalb der Siegeszug des Zwecks nur dann mit sich, wenn er zugleich die Art des Zweckbezugs des Rechts ändert, sei es, dass in seinem Verlauf die alten rechtsstaatlichen Funktionen des Verwaltungsrechts zunehmend zu Steuerungsleistungen umgedeutet wurden, oder sei es, dass das Verwaltungsrecht mit zusätzlichen, stär-

<sup>7</sup> *Tontrup*, Zum unterschiedlichen Verhältnis der juristischen Fächer zu den Sozialwissenschaften, in diesem Band, S. 194 ff.

<sup>8</sup> Vgl. § 2 SchulG-NRW.

<sup>9</sup> Vgl. § 1 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz.

<sup>10</sup> Bspw. für die Wettbewerbspolitik Mantzavinos Jahrbücher f. Nationalökonomie u. Statistik 225 (2005), 205 ff.

<sup>11</sup> *Jestaedt*, Fußn. 2, S. 270; ders., Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 269 ff.

ker konkretisierten und operationalisierbaren Zielvorstellungen betraut wurden. Erst in dem Maße, in dem solches der Fall ist, ist die Rechtswissenschaft auf Kenntnis der Wirkzusammenhänge angewiesen, ohne die sich das Recht, soweit dies überhaupt möglich ist, nicht auf die gewünschten Effekte zuschneiden lässt.

Für die Rechtswissenschaften geht damit aber in der Tat ein Verlust an Autonomie über die Definition ihres Gegenstands und ihrer Methode einher. Nicht umsonst war *Niklas Luhmann*, auf den *Jestaedt* seine These von der operationalen Geschlossenheit des Rechts stützt, ein ausgesprochener Skeptiker der Steuerungs- und Folgenorientierung des Rechts.<sup>12</sup> Und in der Tat lässt sich in manchen Fällen über den Rationalitätsgewinn streiten, der sich mit einer Verwissenschaftlichung und Technisierung der gesetzgeberischen Zielsetzungen erreichen ließe, etwa wenn Entscheidungsdimensionen außer Betracht bleiben, nicht weil sie irrelevant sind, sondern weil sie auf dem gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Methoden nicht zu operationalisieren sind. Darin liegt ein Problem. Aber man kann die Frage nicht durch einen abstrakten Verweis auf die Selbstreferentialität des Rechts entscheiden. Eher kommt es auf den Stand des vorhandenen Wissens und dessen sorgfältige und oft mühselige Rezeption an. Weil der Gesetzgeber diese Rezeption nur in Grenzen und die Rechtsanwendung oft gar nicht leisten kann, ist sie vor allem eine Aufgabe der Rechtswissenschaften.<sup>13</sup> Das gilt umso mehr, wenn sozialwissenschaftliche Sichtweisen auch ohne das Zutun der Juristen über Anhörungen oder auf anderen Wegen in den Rechtssetzungsprozess eingespeist werden, weil es dann einer im Umgang mit den Sozialwissenschaften geschulten Jurisprudenz bedarf, um die Eigenrationalität des Rechts noch zur Geltung zu bringen.

## 2. Normgestaltung jenseits von Hermeneutik und Sozialwissenschaft

Bei allen Unterschieden haben *Jestaedt* und *Engel* keine Differenz darüber, dass die juristische Hermeneutik in Steuerungsfragen wenig hilft. Zu wissen, was der Gesetzgeber an Wirkzusammenhängen intendiert oder unterstellt hat, hilft in der Tat nicht weiter, wenn es darum geht, wie die beabsichtigten Wirkungen auch tatsächlich erzielt werden können. Dass die juristische Hermeneutik insoweit ein Problem hat,<sup>14</sup> heißt aber noch nicht, dass sozialwissenschaftliche Methoden eine Lösungen bieten. *Engel* selbst zeigt, dass die Sozialwissenschaften den notwendigen Bedarf an

<sup>12</sup> *Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, ders., *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 377 ff.

<sup>13</sup> *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl. 2001, S. 608.

<sup>14</sup> Ob das auch für eine sozialwissenschaftliche Hermeneutik gilt, steht auf einem anderen Blatt. Eine solche Hermeneutik würde aber zu den sozialwissenschaftlichen Methoden zählen, und die hermeneutischen Methoden des Verstehens von sozialen Zusammenhängen unterscheiden sich deutlich von dem Verstehen von Gesetzestexten (zur Kritik der Hermeneutik als Sozialwissenschaft vgl. *Mantzavinos*, *Naturalistische Hermeneutik*, 2006). Jenseits der juristischen Hermeneutik liegen auch wissenschaftstheoretische Aussagen wie die, dass das Erklären von Wirkzu-

Entscheidungswissen nur in Ausnahmefällen decken können, wenn sie sich innerhalb ihrer Methoden und auf dem Stand der empirischen Forschungen bewegen.<sup>15</sup> Man bedenke, dass die Steuerungseffekte von Rechtsnormen aus den aggregierten Wirkungen von Steuerungsanreizen auf das Verhalten vieler und zudem heterogener Akteure resultieren. Solche Aggregateffekte sind regelmäßig ebenso schwer ex ante zu prognostizieren wie ex post empirisch zu verifizieren. So weiß man zwar mit relativer Gewissheit, dass mit der Gurtpflicht die Verletzungsgefahr für die Autoinsassen bei einem Unfall verringert wird. Umstritten und empirisch nicht abschließend geklärt ist aber die Frage, ob das Tragen von Gurten zu einem riskanteren Fahrstil führt, weil die Fahrer sich durch den Gurt subjektiv sicherer fühlen, und dadurch die Zahl der Unfälle und mithin die Verletzungsgefahr insgesamt steigt oder jedenfalls nicht verringert wird.<sup>16</sup>

Damit soll nicht bestritten werden, dass es besser sein kann, auf unvollkommenes sozialwissenschaftliches Wissen zurückzugreifen, als auf anderen Grundlagen wie Alltagswissen, Intuitionen, Routinen oder politischen Präferenzen zu entscheiden. Diesen Umgang mit unvollkommenem Wissen zum Zweck der Entscheidungsvorbereitung können realwissenschaftliche Forschungsmethoden aber nicht mehr anleiten, weil es Methoden sind, um Wissen durch zukünftige Forschungen zu vermehren oder zu verbessern. Der Rechtswissenschaftler, der mit unvollständigen sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen konfrontiert ist, wird versuchen, auf der Grundlage unvollständigen Wissens praktische gute Entscheidungen zu finden, er wird aber keine weiteren empirischen Tests unternehmen oder nach alternativen theoretischen Hypothesen suchen. Vielmehr könnte er zum Beispiel ein Gesetz oder eine Auslegung vorschlagen, die auf dem gegenwärtigen Stand des Wissens als sinnvolle oder brauchbare Umsetzung des Steuerungsziels erscheint. Oder er könnte die Begrenztheit des vorhandenen Wissens zum Anlass nehmen, eine Beschränkung der Rechte der Bürger verfassungsrechtlich zu problematisieren, weil die Erreichung des Gemeinwohlziels angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinreichend gewiss ist. Das von *Engel* eingeführte Konzept der offenen Wirklichkeitsdefinitionen nimmt diesen in meinen Augen zentralen Unterschied zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften in der Reaktion auf die Schranken des Wissens in seinen methodischen Konsequenzen nicht ernst genug. Aufgabe einer Rechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft kann nicht sein, mit weniger Sorgfalt die gleichen Fragen zu beantworten wie die Sozialwissenschaften, sondern auf der Grundlage unvollständiger Antworten dennoch Steuerungsziele zu verfolgen. Mit einer Öffnung gegenüber den Sozialwissenschaften ist es deshalb nicht getan. Es braucht auch eine

---

sammenhängen immer schon ein hermeneutisch zu rekonstruierendes Verstehen voraussetze (vgl. *Hassemer ARSP 72 [1986], 196*).

<sup>15</sup> *Engel*, Fußn. 1; ders., Verhaltenswissenschaftliche Analyse, in *Engel et al.* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2006, im Erscheinen.

<sup>16</sup> Für die USA vgl. *Cohen/Einav*, *Review of Economics and Statistics* 85 (2003), 828 ff. (insgesamt Verringerung der tödlichen Unfälle, aber geringer als gedacht).

Methode rationaler Entscheidung unter Abwesenheit oder allenfalls partieller Anwesenheit gesicherter Erkenntnisse, kurz einer Methode des Entscheidens unter den Bedingungen begrenzter Rationalität.

Dass die Interpreten des Rechts oft über einen Spielraum verfügen, auch wenn sie im Grundsatz an das Gesetz gebunden sind, ist unumstritten. In der Terminologie von *Jestaedt* beinhaltet Rechtsgewinnung nicht nur die Erkenntnis, sondern auch die Erzeugung von Recht. In dem Umfang, in dem dies der Fall ist, ist die Tätigkeit der relevanten rechtlichen Akteure nicht nur fremd-, sondern auch selbstprogrammiert.<sup>17</sup> Wie und mit welchem Ziel diese Spielräume durch Selbstprogrammierung auszufüllen sind, dafür hat nun der Umbau des Rechts zu einem Steuerungsmittel erhebliche methodische Konsequenzen. Der Tendenz nach zielen dann nämlich die Gesetze selbst weniger auf richtiges Recht und stärker auf wirksames Recht. In den Kategorien der praktischen Philosophie gesprochen sind Gesetze, die als Steuerungsinstrumente gedacht sind, weniger deontologisch motiviert, d. h. aus normativen Regeln abgeleitet, als vielmehr teleologisch oder konsequentialistisch begründet, d. h. um ihrer externen Wirkungen willen erlassen. Dann kann sich aber die ausfüllende Gestaltung durch den Interpreten nicht mehr damit begnügen, die normativen Wertungen des Gesetzgebers gleichsam weiterzudenken, sondern muss sich an der dem Gesetz zgedachten Aufgabe orientieren, externe Steuerungswirkungen zu erzielen. Kommt es dem Gesetzgeber selbst weniger auf seine Wertungen als auf die Erreichung externer Ziele an, verliert die juristische Hermeneutik ihren Ansatzpunkt.

Aber auch die empirischen Sozialwissenschaften bieten keine Methoden der Rechtserzeugung, die an diese Stelle treten und die gestalterischen Anteile der rechtswissenschaftlichen Tätigkeit anleiten könnten. Sozialwissenschaftliche Einsichten über Wirkzusammenhänge können zwar Informationen vermitteln, die bei der Gestaltung von Recht helfen, sie können aber die Gestaltung selbst nicht ersetzen. Empirische Aussagen über die schädlichen Wirkungen von Lärm oder etwa die durchschnittliche Zahlungsbereitschaft der Bürger zur Vermeidung bestimmter Lärmeinwirkungen beantworten noch nicht, welche Grenzwerte gelten sollen und welcher Lärmverursacher für ihre Einhaltung seine Emissionen zu begrenzen hat. Weder die juristische Hermeneutik noch die empirischen Sozialwissenschaften können mithin die gestalterischen Anteile rechtswissenschaftlichen Arbeitens strukturieren. Es wäre deshalb verfehlt, die Suche nach der rechtswissenschaftlichen Methode auf diese beiden Alternativen zu beschränken.

---

<sup>17</sup> *Jestaedt*, Fußn. 2, S. 274 f.

### 3. Juristerei als Sonderfall des Entscheidens unter begrenzter Rationalität

Wie kann die Rechtswissenschaft auf die Steuerungsorientierung des Rechts reagieren? Sie könnte sich auf die Funktion eines Torwächters zurückziehen, der Steuerungsversuche auf ihre Vereinbarkeit mit den Strukturprinzipien des Rechts überprüft und je nach dem in die Hallen des Rechts einlässt oder nicht. Sie könnte sich auch auf notarielle Funktionen beschränken und andernorts gestaltete Steuerungsinstrumente in eine geordnete textliche Fassung bringen. Will sie sich damit nicht begnügen, stellt sich die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaften im Sinne einer spezifisch juristischen Kompetenz jenseits des hermeneutischen Textverstehens, die sich bei den rechtserzeugenden Aspekten rechtswissenschaftlicher Tätigkeit entfaltet. Da steuernde Gesetze auf die Bewirkung externer Folgen zielen, könnte man Ähnlichkeiten dieser Kompetenz etwa mit der Medizin oder den Ingenieurwissenschaften erwarten. Steuerung im Sinne eines social engineering scheint aber nach der gescheiterten Steuerungseuphorie des letzten Jahrhunderts weder machbar noch wünschenswert. Menschliche Kreativität steht dem ebenso im Wege, wie die Begrenztheit sozialwissenschaftlicher Einsichten in die Komplexität sozialer Zusammenhänge.<sup>18</sup> Für die Rechtswissenschaften ist es aber ebenso wenig eine Option, die Verbindung zwischen Recht und Realfolgen zu kappen und zu einem rein deontologischen Rechtsverständnis zurückzukehren, also sozusagen ein Naturrecht aus Verlegenheit zu betreiben. Statt dessen sollte man in der Bewirkung von Realfolgen unter den Bedingungen begrenzten Wissens ein Charakteristikum rechtlichen Entscheidens sehen, das auch die Methoden der Rechtswissenschaften prägt. Das ist im Grunde eine alte Vorstellung, die nur unter anderen Stichworten verhandelt wurde als sie heute anschlussfähig sind, etwa dem der prudentia oder der praktischen Vernunft.

Wie bei begrenztem Wissen und beschränkten kognitiven Fähigkeiten dennoch Entscheidungen getroffen werden können, die Ziele optimal oder zumindest in befriedigender Weise realisieren, ist in den letzten Jahren in entscheidungstheoretisch ansetzenden Sozialwissenschaften wie der Ökonomie unter dem Stichwort der begrenzten Rationalität theoretisch analysiert wie auch empirisch untersucht worden.<sup>19</sup> Für die Rechtswissenschaften, die zumindest mittelbar immer mit praktischem Entscheiden befasst sind, könnte es lohnend sein, diese Ansätze aufzugreifen. Das impliziert aber, die Juristerei zumindest in Aspekten als eine Form konsequentialistischen Entscheidens zu betrachten. Es ist wichtig zu sehen, dass es sich um einen speziellen Fall begrenzt rationalen Entscheidens handelt, das sich im Recht vor allem durch den hohen Grad an Institutionalisierung auszeichnet. Um einige Merkmale anzureißen: Im Recht vollzieht sich die kollektive Verfolgung von

---

<sup>18</sup> Vgl. Mantzavinos, *Individuals, Institutions, and Markets*, 2001.

<sup>19</sup> Z. B. Gigerenzer/Selten, *Bounded Rationality*, 2001.

Zielen in sozial distribuierte Weise, also auf eine Vielzahl von individuellen und kollektiven Akteuren (Gerichten, Parlamenten, etc.) verteilt. Deren materielle Entscheidungsprogramme sind häufig in spezifisch rechtlicher Weise miteinander verknüpft, etwa über die Gesetzesbindung von Gerichten und Verwaltung. Auch ist der kognitive Zugriff auf Realinformationen durch Recht, nämlich Verfahrensrecht institutionell geformt und begrenzt. Diese Phänomene gehören als Rechtsfragen zum Alltagsgeschäft der Rechtswissenschaften. Ihre Bedeutung für die konsequentialistische Rationalität kollektiven Entscheidens wird dagegen in den Rechtswissenschaften kaum reflektiert, während sich sozialwissenschaftliche Forschungen über die Rationalität von Entscheidungen in Organisationen wenig mit dem Rechtssystem befassen.

Auch das Proprium der Wissenschaft vom öffentlichen Recht (wie auch das Proprium anderer dogmatischer Disziplinen) könnte dann an dieser Stelle zu suchen sein, nämlich als durch Erfahrung wie auch durch Sozialwissenschaften informierte Kompetenz bei der Suche nach praktisch guten Entscheidungen (über Gesetze oder Einzelfälle) in dem hochgradig institutionalisierten Kontext des Rechtssystems. Wenn das Ziel einer Steuerungswissenschaft darin liegt, Einsichten darüber zu vermitteln, wie sich mit bestimmten Mitteln bestimmte soziale Wirkungen erzielen lassen, dann ist die Rechtswissenschaft als eine Steuerungswissenschaft zu begreifen, die mit einer bestimmten Klasse von Instrumenten befasst ist. Sie ist zugleich eine Disziplin, die nur begrenzt explizites, generisches Wissen zur Verfügung hat und deshalb auf die Rückkopplung durch Erfahrung angewiesen ist. Neben der direkten Praxisanschauung der Gerichte kommt dabei der Dogmatik eine zentrale Rolle zu, deren Aufgaben keinesfalls auf die Formulierung klassifikatorischer Systeme reduzieren werden darf.<sup>20</sup> Dogmatik ist vielmehr die Art und Weise, in der das implizite Wissen der Juristerei organisiert ist, bzw. in der die Rechtswissenschaften explizites und implizites Wissen aufeinander beziehen. Gerade weil das Recht Entscheidungen unter den Bedingungen begrenzter Rationalität trifft, hängt seine Fähigkeit zum Lernen von Dogmatik ab. Zu den Aufgaben der Rechtswissenschaften gehört es dann, die Funktionalität ihres dogmatischen Instrumentariums zu reflektieren und zu überprüfen, zu verbessern, aber auch zu kritisieren, wo die Gesetzesbindung eine Umgestaltung nicht erlaubt. Die Dogmatik liefert dadurch zugleich den Baukasten an Steuerungsinstrumenten, auf den der Gesetzgeber zugreift, wenn er Steuerungsziele verfolgen will. Die dogmatischen Rechtswissenschaften helfen dabei, die Elemente des Baukastens zu konstruieren, ihr Zusammenwirken zu organisieren, ihren Erfolg oder Misserfolg zu reflektieren und sie an neue Gegebenheiten anzupassen.

---

<sup>20</sup> Vgl. *Jakobs*, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in diesem Band, S. 105 f.

## Schlusswort



# Quellenforscher und Pragmatiker

– Ein Schlusswort –

*Wolfgang Schön*

1. Einer der bedeutendsten Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, *Theodor Mommsen*, war zugleich der herausragende Repräsentant ihrer in dieser Zeit wichtigsten Nachbardisziplin: der Geschichtswissenschaft. In seiner Rektoratsrede aus dem Jahre 1874<sup>1</sup> handelt *Mommsen* von den methodischen Anfechtungen, welcher die Historienschreibung unterliegt, von ihrem Zweifel an der eigenen Wissenschaftlichkeit. Die Geschichtsforschung – so der Redner – unterscheide sich von anderen Disziplinen, namentlich den Naturwissenschaften oder der Philologie dadurch, dass sie „ihre Elemente zu eigentlich theoretischer Entwicklung zu bringen nicht vermag“<sup>2</sup>. Eine solche Theorie müsse entweder „trivial ausfallen oder transcendental“<sup>3</sup>. Die eigentlichen „Elemente der Geschichtskunde“ bestünden aus zwei selbstverständlichen Handlungsweisen, einerseits der „Ermittlung und Sichtung der (...) Zeugnisse“ – die „historische Quellenforschung“ – und andererseits der „Zusammenknüpfung derselben (...) zu einer Ursache und Wirkung darlegenden Erzählung“ – die „pragmatische Geschichtsschreibung“. Aber diese Tätigkeit – so *Mommsen* – treibe nicht der Historiker allein, sondern „jeder denkende Mensch überhaupt“:

„Sie können keinen Vorgang, der unter ihren Augen sich vollzieht, auffassen, ohne beides anzuwenden; jeder Geschäftsmann, der eine verwickelte Sache behandelt, jeder Rechtsverständige, der einen Rechtsfall erwägt, ist Quellenforscher und Pragmatiker. Die Elemente der historischen Wissenschaft sind, man möchte sagen, noch einfacher und noch selbstverständlicher als die der Sprachwissenschaft und der Mathematik: und eben darum weder lehrbar noch lehrhaft“<sup>4</sup>

Der „Rechtsverständige“ als „Quellenforscher und Pragmatiker“ – dieses Diktum schlägt die Brücke zum Selbstverständnis der Juristen – nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der Rechtsanwendung. Es wirft zugleich die Frage auf,

---

<sup>1</sup> Rede bei Antritt des Rektorats, 15. Oktober 1874, in: *Theodor Mommsen, Reden und Aufsätze*, 1905, S. 3 ff.

<sup>2</sup> A. a. O. (Fn. 1), S. 10.

<sup>3</sup> A. a. O. (Fn. 1), S. 11.

<sup>4</sup> A. a. O. (Fn. 1), S. 10.

worin eine *differentia specifica* wissenschaftlichen Arbeitens im Recht gegenüber der Tätigkeit des „denkenden Menschen überhaupt“ einerseits sowie gegenüber anderen Zweigen des Wissenschaftsbetriebs andererseits liegen kann. Versucht man, die Arbeitsweise des Rechtswissenschaftlers als „Quellenforschung“ einerseits und als „Pragmatik“, d. h. als zweckgerichtetes Verknüpfen und Handeln andererseits, zu verstehen, so erscheint im Lichte der Vorträge und Diskussionen<sup>5</sup> des vorstehenden Symposions folgendes Bild.

2. Ausgangspunkt des Rechtswissenschaftlers als „Quellenforscher“ sind Texte, und zwar in erster Linie „autoritative Texte“. Dazu gehören formelle und materielle Gesetze, weiterhin Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsakte, ausländische Rechtsquellen und nicht zuletzt die rechtswissenschaftliche Literatur (unter Einschluss des rechtspraktischen Schrifttums). Die Verfügbarmachung dieses Materials, der geschulte Blick für die Art und Autorität von Texten, der souveräne Umgang mit ihrem historischen und systematischen Zusammenhang, bildet eine erste *differentia* der Rechtswissenschaften im Vergleich zu anderen Disziplinen, die ihr Interesse auf soziale Tatbestände und diese begleitende Normen richten. In dieser spezifischen Materialsichtung liegt ein empirischer Vorsprung, den man auch für das Verhältnis einzelner Naturwissenschaften untereinander kennt; so betont etwa die Chemie gegenüber der Physik ihre Sachkenntnis von Molekülverbindungen und Reaktionen oder die Medizin gegenüber der Biologie ihre Gesamtwürdigung physiologischer und pathologischer Gesetzmäßigkeiten. Dabei verdankt sich dieser Vorsprung nicht einer besonderen Methodik, sondern schlicht der Begrenztheit menschlicher Erkenntnis. Es erscheint kaum denkbar, in der Person eines einzelnen Wissenschaftlers neben der für sachkundiges rechtliches Arbeiten erforderlichen Verfügbarkeit der juristischen Quellen zugleich die entsprechende Sicherheit im Umgang mit den in den Nachbardisziplinen relevanten Fakten zu gewährleisten. Diese besondere Sachkunde im eigenen Material führt von vornherein zu einer besonderen Prägung der juristischen Sichtweise. *Ars longa vita brevis*.

Betrachtet man das Verhältnis der wissenschaftlichen Forschung zu dem juristischen Quellenmaterial, so lässt sich allerdings ein wesentlicher Unterschied der Quellenforschung in der Rechtswissenschaft gegenüber anderen Disziplinen ausmachen: Es fehlt an einer exakten Trennung zwischen der in den Quellen beobachteten Realität und den aus deren (wissenschaftlicher) Durchsicht resultierenden Fachtexten. Der selbstreferentielle Charakter des Rechts hat zur Folge, dass jeder neue Text über das „geltende“ Recht mit seiner Publikation zum Teil des Stoffs wird, von dem er handelt, und durch seine bloße Existenz für den nachfolgenden Forscher oder Anwender das Material verändert. Mit der Qualität und der Quantität dieser Einflussnahmen wandelt sich auch das Recht: der Umschlag einer „Mindermeinung“ in eine „herrschende Ansicht“ kann die Rechtspraxis, das Rechtsbewusstsein

---

<sup>5</sup> Ein Diskussionsbericht findet sich bei *Osterloh-Konrad*, JZ 2006, S. 1013 ff.

und damit das *ius quo utimur* beeinflussen. Die richterliche Fortbildung des Rechts vollzieht sich nicht in voraussetzungslosen Dezisionen, sondern benötigt zur inkrementalen Veränderung ein stückweises Vorrücken im Dialog wissenschaftlicher Vorschläge und justizieller Einzelurteile. Die Wiederbelebung „alter“ Texte kann verschüttete Linien weiterziehen und ihnen erneut richtungsweisende Kraft verleihen. Kurzum: Die Quellenforschung des Juristen fügt seinem Material stetig neue Quellen hinzu.

3. Als „Quellenforscher“ wird der Jurist aber auch dann tätig, wenn er sich die Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften aneignet und für sein eigenes Geschäft verfügbar macht. Die Notwendigkeit der Arbeitsteilung zwischen der Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen und der Wunsch nach wechselseitiger „Anschlussfähigkeit“ werden heute allgemein anerkannt. Doch was bedeutet dies genau? Aus der Sicht des Rechtswissenschaftlers erschließt sich der Zugang erneut in erster Linie über Texte (vorzugsweise in wissenschaftlichen Fachzeitschriften der Nachbardisziplinen), nicht jedoch über eigene Forschung auf dem angrenzenden Gebiet. Dieser Zugang zu den Ergebnissen fremder Forschungsarbeit setzt viel voraus: ein Verständnis für die Methodik der Nachbardisziplin, ihr Erkenntnisinteresse, ihre Fragestellungen und deren Begrenztheit. Der Jurist muss Intuition entwickeln, um die Validität und Robustheit von Ergebnissen der Wirtschaftswissenschaften oder der Soziologie beurteilen zu können. Und er muss – darin besteht die eigentliche rechtswissenschaftliche Leistung in diesem Unterfangen – eine *Selektion* und *Transformation* der fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse im Hinblick auf seine juristischen Fragestellungen bewerkstelligen. Dies erfordert eine Auswahl und Bewertung des unermesslichen Details sozial- oder geschichtswissenschaftlicher Ergebnisse, die bereits in den „pragmatischen“ Teil seiner Tätigkeit gehört. Nur selten wird es demgegenüber Forscherpersönlichkeiten geben, die in der Lage sind, neben der eigenen rechtswissenschaftlichen Arbeit auch auf dem Gebiet einer Nachbardisziplin über die Rezeption von Ergebnissen hinauszugehen und dort einen zusätzlichen Erkenntnisfortschritt zu erzeugen. Dann handelt es sich aber weniger um eine wirkliche Verschmelzung von zwei Wissenschaftsdisziplinen als eher um parallele Aktivitäten, die (zufällig und ausnahmsweise) von derselben Person ausgeübt werden.

Doch besitzt auch der Jurist eine Fülle von Kenntnissen über außerrechtliche Zusammenhänge. Die Durchsicht von Entscheidungssammlungen der Gerichte, die Kenntnis der Vertragspraxis, die Begleitung von Gesetzgebungsvorhaben oder die Erstattung von Rechtsgutachten konfrontieren den Rechtswissenschaftler mit einer erheblichen Quantität von Tatsachenmaterial, das nicht leicht von dem Vertreter einer Nachbarwissenschaft bewältigt werden kann. Zwar wird diese Sachkenntnis der Juristen häufig als methodisch unzureichende *anecdotal evidence* belächelt, doch kann sie in ihrer amorphen Erfahrungssättigung manche juristische Folge besser begründen als eine statistisch geprüfte, aber hoch spezielle Aussage aus einer anderen Disziplin. Man wird in Zukunft wohl immer mehr streiten, ob die Durchfüh-

rung statistischer Erhebungen über Entwicklungen an einem bestimmten Kapitalmarkt in einem bestimmten Zeitraum eine bessere Tatsachengrundlage für juristische Schlussfolgerungen ergibt als eine lange Kette praktischer Einzelerfahrungen in kapitalmarktrechtlichen Streitfällen. Am günstigsten erscheint wohl eine Kombination beider Erkenntnisquellen. Und doch würde aus der Sicht der Rechtswissenschaft – und mehr noch der Rechtsanwendung – die ausschließliche Unterwerfung unter fremdwissenschaftliche Ergebnisse ein Hauptproblem nicht lösen: Die Entscheidung eines Rechtsfalles, auf welche die Arbeit der praktischen und der wissenschaftlichen Juristen mit Notwendigkeit hinstrebt, verlangt eine Würdigung der tatsächlichen Grundlagen in begrenzter Zeit und mit begrenzten Mitteln. Wo der Wirtschafts- oder Sozialwissenschaftler, der Psychologe oder der Philosoph wesentliche Fragestellungen künftigen Forschungsarbeiten überlassen kann (und dies häufig der wissenschaftlichen Redlichkeit willen auch soll), muss sich der Jurist *hic et nunc* zu einer Aussage über den wahren „Sachverhalt“ verstehen. Dies zwingt den Rechtswissenschaftler zu genau den unsicheren und vorläufigen empirischen Aussagen, die in den Nachbardisziplinen verpönt sind. Die Sachentscheidung bei begrenztem Wissen vor dem Hintergrund der „offenen Wirklichkeitsdefinition“ juristischer Tatbestände wird zum Signum rechtlichen Arbeitens.

4. Der Jurist als „Pragmatiker“ verknüpft zweckorientiert die Ergebnisse seiner „Quellenforschung“. Diese Zwecke können unterschiedlicher Art sein. Eine erste Zwecksetzung liegt in der geordneten und verwertbaren Darstellung des Rechtsstoffs. Die Anlässe für eine solche Darstellung können unterschiedlich sein. Sie reichen von Lehrmaterialien für Studenten bis hin zu Handreichungen für die tägliche Rechtspraxis (wobei der Unterschied zwischen diesen Textformen nur „graduell“ ist und daher sowohl der Praktiker das große Lehrbuch als auch der Studierende den aktuellen Kommentar zur Hand nimmt). Allein die Existenz dieser zusammenfassenden Darstellungen hat Einfluss auf das Leben des Rechts: sie sichert Gleichmäßigkeit (und damit Willkürfreiheit) gerichtlicher Entscheidungen, sie schafft unter Juristen eine gemeinsame Sprache und ermöglicht es daher den streitenden Parteien und ihren Beratern, Konfliktpunkte zu identifizieren, damit zu isolieren sowie zum Gegenstand von Verhandlungen zu machen. Zugleich steht die Notwendigkeit einer praktischen Vermittelbarkeit rechtswissenschaftlicher Ergebnisse einer übersteigerten Komplizierung oder theoretischen Aufladung der Rechtswissenschaft entgegen. Erkenntnisse, die dem tüchtigen Praktiker nicht mehr verständlich gemacht und von ihm nicht mehr angewendet werden können, tragen letztlich nicht zum rechtswissenschaftlichen Fortschritt bei, wenn und solange sich Rechtswissenschaft als – im weitesten Sinne – Vorbereitung rechtlicher Entscheidungen versteht.

5. Die ordnende Darstellung des Rechtsstoffs verlangt nach dessen Verstehen. Rechtswissenschaft ist daher traditionell eine hermeneutische Wissenschaft. Das

„Denken in Verbindlichkeiten“, die Existenz einer „Dogmatik“ teilt sich die Jurisprudenz insofern mit der Theologie, die es ebenfalls (im Unterschied zur Philosophie oder zur Geschichtsschreibung) mit „autoritativen Texten“ zu tun hat. Das Ziel dieser dogmatischen Arbeit ist die Herauspräparierung von Ordnungsstrukturen, von Prinzipien und Regeln. Ob und in welchem Umfang diese Prinzipien und Regeln dem jeweiligen positiven Recht vorgegeben sind und wissenschaftlich als „unhintergebar“ festgestellt werden können, kann füglich bezweifelt werden. Selbst tragende Begriffe unserer gegenwärtigen Rechtsordnung sind das Ergebnis einer bestimmten historischen Situation: das „subjektive Privatrecht“ verdankt sich den Erfordernissen der modernen funktionell ausdifferenzierten Gesellschaft (im Gegensatz zu einer hierarchisch-ständischen und damit personal strukturierten Gesellschaft) und das „subjektive öffentliche Recht“ ist ein Geschöpf des Ringens um Rechtsstaatlichkeit und Justizgewährung im Verhältnis des sich emanzipierenden Bürgers zum Staat. Der Versuch, eine vorgegebene innere „Ordnung“ des Rechts gegen „unsystematische“ Eingriffe des Gesetzgebers in Stellung zu bringen, ist notwendig zum Scheitern verurteilt (soweit nicht zugleich positive höherrangige Normen – etwa des Verfassungsrechts – diesen gesetzgeberischen Maßnahmen eine Grenze setzen).

6. Mit der Ordnung des Rechtsstoffs geht seine Veränderung einher. Widersprüche werden erkannt und geglättet, Lücken festgestellt und geschlossen, offene Rechtsbegriffe inhaltlich konkretisiert, Rechtsmassen fortgebildet. Dieser Prozess muss der jeweiligen Rechtsordnung adäquat sein: Nur das positive Recht entscheidet, was positives Recht sein darf, und weist damit der Rechtswissenschaft und der Gerichtsbarkeit ihren jeweils eigenen Platz bei der Erzeugung neuen Rechts zu. Dass es sich hierbei um einen ausschließlich wissenschaftlichen Vorgang handelt, wird niemand behaupten können – verlangt werden neben der sorgfältigen Anwendung des „Methodenkanons“ nicht nur Intuition, sondern zu einem guten Teil auch Dezision. Zivilrechtliche Generalklauseln oder öffentlich-rechtliche Abwägungs- und Zweckformeln können nicht nur mit logischer Strenge bewältigt werden. Die Existenz dieser „unwissenschaftlichen Elemente“ hindert jedoch nicht den wesentlichen Anteil der wissenschaftlichen Arbeit an den Ergebnissen, weil die wissenschaftliche Analyse die für eine Dezision verbleibenden Entscheidungsspielräume wesentlich vorprägt, reduziert und offenlegt. Es ist nicht das Signum der Rechtswissenschaft, Entscheidungsspielräume zu verhindern oder gar zu verschleiern, sondern es ist ihre Aufgabe, die Grenze zwischen den rechtlichen Vorgaben und den verbleibenden Unsicherheiten zu klären.

7. Die Arbeit des Juristen – sowohl des Rechtsanwenders als auch des Rechtswissenschaftlers – leitet ihr Erkenntnisinteresse aus dem Ziel einer möglichen (gerichtlichen) Entscheidung eines Streitfalles ab. Die Entscheidung des Falls prägt zugleich das „Materialobjekt“ des Juristen: den sanktionsbewehrten Sollenssatz. Auch die –

scheinbar weit vorgelagerte – Arbeit des Hochschullehrers im Hörsaal oder an einer Publikation empfängt ihre fachliche Relevanz aus dieser Zielsetzung einer sachgerechten Entscheidung. Sie prägt die Juristerei im Unterschied zu anderen Sozialwissenschaften in ähnlicher Weise wie sich die Medizin durch das Ziel der Heilung von der Biologie absetzt. Diese Zielsetzung ist es, die den „pragmatisch“ handelnden Juristen bei der Auswahl der Fakten leitet. Die Konzentration auf den *strictly legal point of view* reduziert Komplexität, indem das tatbestandlich Wesentliche vom Unwesentlichen geschieden wird. Der Jurist kann sich nicht aussuchen, was er für „interessant“ oder „berücksichtigungswürdig“ hält, sondern er wird durch seinen Gegenstand und seine Methode zwangsweise zu bestimmten Fragestellungen geführt. Dass ihn dieser *strictly legal point of view* häufig auf außerrechtliche Faktizitäten verweisen wird und deren Feststellung den Zugriff auf Erkenntnisse anderer Wissenschaftsdisziplinen verlangt, zwingt nicht zu einem methodischen Synkretismus: Es ist genuine Aufgabe der Jurisprudenz, festzustellen, welche außerrechtlichen Fakten für eine bestimmten normative Fragestellung herangezogen werden sollen und ob die Ergebnisse der Nachbarwissenschaften dafür sich als fruchtbar erweisen.

Westlich geprägte Juristen setzen bei ihrer Arbeit häufig das „Subsumtionsparadigma“ als ein generell akzeptiertes Zeichen rechtswissenschaftlicher (und rechtsanwendender) Tätigkeit voraus. Dieses Subsumtionsparadigma entspricht einer Logik, die sich in erster Linie in den von der griechischen Philosophietradition geprägten Gesellschaften durchgesetzt hat, in fremderen Kulturen jedoch nicht als selbstverständlich akzeptiert wird. Hat man sich jedoch auf das „Subsumtionsparadigma“, nämlich die Erfassung eines Sachverhalts nach Maßgabe einer allgemein formulierten Norm und die Anordnung von Sanktionen nach Maßgabe dieser Erfassung, eingelassen, so ergeben sich bestimmte materielle Konsequenzen von allein: Die „Allgemeinheit“ der Norm, die auf den konkreten Lebenssachverhalt angewandt wird, impliziert ein Mindestmaß an Gleichbehandlung und Willkürfreiheit; in der Unterscheidung zwischen dem sanktionsbewehrten Sachverhalt und dem nicht sanktionsbewehrten anders gelagerten Fall kommt eine „freiheitssichernde Differenz“ (*Grimm*) zum Ausdruck, die das Verfassungsrecht im Postulat des Gesetzesvorbehalts konkretisiert hat. Das Subsumtionsparadigma grenzt die richterliche Fallentscheidung ab von der Kadijustiz einerseits und der Mediation andererseits, die beide gerade nicht der strengen juristischen Methodik folgen (und konsequent auch nicht eine vorrangige Domäne des Juristenstandes bilden).

8. Während sich die spezifische Rolle des Juristen (auch des Rechtswissenschaftlers) im Prozess der Rechtsanwendung und -fortbildung geradezu aufdrängt, ist die Frage nach seiner Rolle im Rahmen der Rechtspolitik weniger eindeutig zu beantworten. In welcher Weise ist der Jurist besonders dazu berufen, das geltende Recht zu kritisieren oder bestimmte legislatorische Maßnahmen zu fordern? Gibt es eine spezifische Kompetenz des Juristenstandes für die Rechtspolitik neben dem ein-

fachen Staatsbürger oder dem sachkundigen Sozialwissenschaftler? Natürlich besitzt der Jurist bestimmte erlernte Fertigkeiten, die er zur Verfügung stellen kann, etwa die Kontrolle eines Gesetzgebungsvorschlags am Maßstab höherrangigen Rechts oder die Gewährleistung der „Rechtsförmlichkeit“ der verwendeten Terminologie. Er kann für sprachliche Stimmigkeit sorgen, Normwidersprüche vermeiden helfen und übersehene Einzelfragen identifizieren. Aber kann er das „Sachziel“ der Gesetzgebung besser beurteilen als andere? Natürlich besitzt er in einem demokratisch verfassten Staat kein „Vorrecht“ in der Gesetzgebungspolitik – aber besitzt er vielleicht einen „Vorsprung“ kraft Sachkunde?

Man kann diese Frage in einem ersten Schritt darauf richten, ob der Jurist eher als andere berufen ist, dem „Gerechtigkeitsgedanken“ in der Gesetzgebung zum Durchbruch zu verhelfen. Nun ist *iustitia* schon von den Römern als Absicht, als *constans et perpetua voluntas* und damit als eine persönliche Haltung des Juristen verstanden worden, nicht hingegen als konkreter Prüfungsmaßstab für gesetztes oder praktiziertes Recht. In modernerem Gewande kommt die Frage nach der inhaltlichen Prüfungskompetenz des Juristen gegenüber dem Inhalt des Rechts uns als Frage nach der „Legitimität“ von Gesetzgebung entgegen, etwa nach der Strafwürdigkeit eines Verhaltens bei der Bildung strafrechtlicher Tatbestände und Sanktionen. Für eine solche verbleibende rechtspolitische Rolle ist aus der Sicht der Rechtswissenschaft von Bedeutung, ob es neben den eher formalen Ansprüchen der Widerspruchsfreiheit und der tatbestandlichen Bestimmtheit spezifische materielle juristische Ansprüche gibt, die an den Inhalt einer Rechtsnorm gestellt werden und die nicht als allgemeinpolitische Anfragen an die sachliche Überzeugungskraft einer gesetzgeberischen Lösung reformuliert werden können. In der Vergangenheit haben solche Versuche einer lediglich juristischen Richtigkeitskontrolle von Normen (im Unterschied zu der selbstverständlichen Prüfung am Maßstab höherrangigen Rechts) nicht überzeugt. Schlagend ist das Beispiel der finalen Handlungslehre, die im Strafrecht versucht hat, aus der „Natur der Sache“ ontologische Handlungsstrukturen zu entwickeln, die nicht nur die Strafrechtstheorie, sondern auch die Strafrechtsgesetzgebung schlicht hinnehmen müsse. Vergleichbar sind Versuche, eine dem konkreten Verfassungsrecht vorgelagerte „Lehre vom Staat“ zum Ausgangspunkt materiell-rechtlicher Betrachtungen zu erheben oder im Privatrecht aus dem „Wesen“ der juristischen Person Schlüsse ziehen zu wollen. Alles Recht ist positiv – auch das Verfassungsrecht, das in der täglichen Praxis am ehesten noch das Trugbild einer unveränderlichen Grundordnung des Rechts erzeugen kann.

Daher ist zunächst zu akzeptieren, dass ein juristisches Legitimitätsurteil über eine Norm in der Regel nur dann Autorität entfalten kann, wenn sie zugleich auf einer höheren – verfassungsrechtlichen – Normebene verworfen werden kann. Gerade der Umgang mit Verfassungsrecht – oder auch mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht – kann jedoch den Juristen dazu verführen, die Arbeit in der Gesetzgebung in erster Linie als Konkretisierung höherrangigen Rechts zu verstehen. Die

rechtspolitische Dezision der Gesetzgebungsorgane wird dann in erster Linie als Ausbuchstabierung eines Normprogramms – z. B. als Verwirklichung der Bonner Grundrechte oder als Implementation des europäischen Binnenmarktmodells – verstanden, das sich – mit begrenzten Entscheidungsspielräumen im Vorgang der Konkretisierung – weitgehend aus dem höherrangigen Recht ableitet und daher letztlich nur das Ergebnis eines Subsumtionsvorgangs bildet. Hier ist Methodenehrlichkeit gefordert: Rechtspolitik als Rechtsinterpretation zu kaschieren, gehört zu den Todsünden der Rechtswissenschaft – auch wenn man im Juristenstand über die Förderungswürdigkeit der Sachziele der jeweiligen Grundnormen (Grundrechte, Europäische Einigung etc.) durchaus einen breiten Konsens antreffen kann. Zugleich droht eine Versteinerung der Gesetzgebung, wenn bestimmte Vorschriften des „einfachen“ Rechts nicht lediglich als widerrufbare Parlamentsentscheidung, sondern als bindende Konkretisierung höherrangiger Regeln interpretiert werden.

9. Erkennt man die Grenzen, die dem Rechtswissenschaftler *qua professione* bei der Formulierung von Gesetzesvorschlägen gezogen sind, so bedeutet dies nicht, dass andere Wissenschaften mit größerer Kompetenz auftreten können. Insbesondere die Wirtschafts- und Sozialwissenschaften sind in erster Linie darauf angelegt, empirische Studien zu erarbeiten oder theoretische Modelle vorzuführen – sie treffen keine Aussagen über Sollenssätze, sondern nur über die möglichen politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Wirkungen institutioneller Veränderungen. Die Frage, ob eine bestimmte Wirkung erwünscht ist und welchen Zielen in der Gesetzgebung Vorrang eingeräumt werden soll – man denke an die „klassischen“ Abwägungen zwischen Gemeinwohl und Individualinteressen oder zwischen Verteilungs- und Effizienzzielen – können weder die Juristen noch die Vertreter anderer Disziplinen mit besonderer Autorität begründen. Zwar besitzen die Theologie und – in Teilen – die Philosophie durchaus noch den Anspruch, materiell-normative Vorgaben formulieren zu können, doch ist ihr wesentlicher Einfluss heute nicht nur auf zugespitzte Existenzfragen (Abtreibung, Euthanasie, Stammzellenforschung) begrenzt, sondern letztlich auch „entwissenschaftlicht“ in dem Sinne, dass ihre Postulate in der Öffentlichkeit nicht als wissenschaftliche Schlussfolgerungen, sondern als rechtspolitische Aktualisierung eines bestimmten Werteverständnisses, vielfach sogar nur noch als Formulierung von Gruppenpräferenzen, wahrgenommen werden.

Was bleibt für den Rechtswissenschaftler in der Gesetzgebung? Nicht wenig: Eine jahre- oder jahrzehntelange Erfahrung mit praktischen Sachverhalten, deren Schlüsse mit den Ergebnissen manch methodisch härterer empirischer Forschung mithalten kann. Eine Urteilskraft, die in der Flut von Argumenten, Stellungnahmen und Statistiken das Wesentliche vom Unwesentlichen zu sondern vermag. Schließlich die Fähigkeit, die maßgeblichen rechtspolitischen Alternativen so zuzuspitzen, dass der Gesetzgeber Klarheit über Richtung und Ausmaß seiner eigenen Entscheidung gewinnt. Dass diese Dezision schließlich vom parlamentarischen Ge-

setzgeber gefällt und nicht vom Juristen als Fachvertreter verantwortet werden muss, birgt für den Wissenschaftler letztlich etwas Entlastendes – umso ehrlicher kann er in den Grenzen seiner Fachkompetenz seinen Rat erteilen. Dieser Rat ist dann allerdings nicht das Ergebnis wissenschaftlichen Schlussfolgerns, sondern fachmännischer Urteilskraft.

10. Die Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft kann man schließlich auch formulieren als Frage nach der Eigenheit der jeweiligen Zweigdisziplinen innerhalb des Rechts: des Privatrechts, des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts. Wer die Beiträge dieses Bandes liest, wird feststellen, dass die Herkunft der Autoren aus ihren jeweiligen Fachgebieten den Blick auf das Wissenschaftsverständnis deutlich prägt: Für den Strafrechtler stehen Fragen der Legitimation von Strafe als persönlicher Tadel im Vordergrund, für den Vertreter des Öffentlichen Rechts geht es um Fragen der Zählung von Herrschaft, von Kompetenz und Verfahren und – vor allem im internationalen Zusammenhang – der Mehrebenengesetzgebung. Das Zivilrecht zeigt sich inhaltlich am wenigsten vorgeprägt – auch allgemeine Konzepte wie Eigentum oder Privatautonomie scheinen für das Selbstverständnis der Privatrechtswissenschaft keine maßgebliche Prägung zu besitzen. Sie versteht sich wohl am ehesten als „allgemeine Rechtswissenschaft“ im traditionellen Sinne.

11. Die Publikation der Vorträge und Kommentare dieses Symposiums kann nicht mehr bieten als einen Statusbericht. Wer ihn liest, wird nicht davon absehen dürfen, dass Aussagen über das Selbstverständnis eines Fachs auch immer Ausdruck des Selbstverständnisses der jeweiligen Fachvertreter sind, die nicht ein äußeres Objekt, sondern den Kern ihres eigenen Tuns beurteilen. Da wird das Nachdenken über das Proprium der Rechtswissenschaft schnell von der Sorge der Rechtsgelehrten über ihre schleichende Expropriation geleitet. Dem rechtswissenschaftlich vorgeprägten Leser wünschen wir, dass ihm das Kunststück interessierter Distanz gelingen möge, dass er die Vielfalt der in diesem Bande präsentierten Perspektiven *sine ira et studio* an sich heran lässt und sein eigenes Urteil über das Proprium der Rechtswissenschaften bildet.

## Autorenverzeichnis

*Christoph Engel*, Dr., Direktor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn, Professor an den Universitäten Bonn und Osnabrück

*Wolfgang Ernst*, Dr., Professor an der Universität Zürich

*Wolfgang Fikentscher*, Dr. Dr. h.c. LL.M., em. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Holger Fleischer*, Dr. LL.M., Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

*Wolfgang Frisch*, Dr., Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

*Christoph Grabenwarter*, Dr. Dr., Richter am Verfassungsgerichtshof Österreich, Professor an der Karl-Franzens-Universität Graz

*Winfried Hassemer*, Dr. Dr. h.c. mult., Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts Karlsruhe, Professor an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

*Günther Jakobs*, Dr. Dr. h.c. mult., em. Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

*Matthias Jestaedt*, Dr., Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

*Gertrude Lübbe-Wolff*, Dr., Richterin am Bundesverfassungsgericht Karlsruhe, Professorin an der Universität Bielefeld

*Stefan Magen*, Dr., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn

*Mathias Reimann*, Dr. LL.M., Professor an der Universität Michigan, USA

*Wolfgang Schön*, Dr., Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Joachim Schulz (verst.)*, Dr., Professor an der Universität Osnabrück

*Stephan Tontrup*, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn



## Sachregister

- (Bundes-)Verfassungsgericht 149, 223, 249  
Abfallpolitik 222  
Absolutismus 212  
Abstraktion 40, 239  
Abwägung 252  
Adressaten 146 f., 154, 196, 213, 219, 221  
Adversatorisches Verfahren 234  
Analogieverbot 141  
Angloamerikanische Rechtswissenschaft 81 f.  
Animismus 79, 83  
Anschlussfähigkeit 267 ff., 280 f., 315  
Arbeitsteilung 19 ff., 48 f., 74, 315  
Aufklärung 107, 109, 171  
Ausbildung 3 ff., 9 ff., 24 ff., 31, 46 ff., 97 f., 160, 172, 190  
Auslegung 16, 64, 190, 219, 224, 257 ff., 262, 268 f., 275, 285 f., 288 ff., 296, 299  
–, verfassungskonforme 258 f.  
Auslegungslehre 158, 255, 265  
Autonomie 20, 192, 306  
Autopoietisches System 272 f.  
Autorität 106 ff., 145, 149, 314, 319  
Autoritative Texte 314, 317
- Begriffsbildung 56 ff., 90  
Begriffsjurisprudenz 90 f.  
Begründungslehre 255  
Beweisverbote 164  
Brückenprinzipien 202  
Buddhismus 79, 83  
Bundesgerichtshof 57, 145, 198  
Bürgerliches Gesetzbuch 10, 20, 29
- Common Law 299  
Computerbetrug 179  
Corporate Governance 68 f.  
Curriculum 8, 31
- Definitionen 40, 122, 136 f., 147 ff., 236 ff.  
Dezision 317, 320  
Diskurs- / Abwägungsjurisprudenz 254 ff.  
Disziplin-Cluster 271  
Dogmatik 136 ff., 199, 237 f., 247 ff., 310, 317  
Dogmatiker 151 f.
- Eigenrationalität 263 f., 278 f.  
Einheit der Rechtsordnung 179  
Empirie 190 f., 198 f.  
Erfolgsdelikt 173, 184  
Erkenntnisgegenstand 269, 271, 295  
Erkenntnisinteresse 182 f., 282, 303  
Erkenntnisverfahren 268 ff.  
Erkenntnisziel 269 ff.  
Ermächtigungsgrundlage 212  
Ermessenslehre 220  
Europäischer Gerichtshof 224, 250, 297  
Europarecht 296 ff.  
Europawissenschaft 60 f., 298  
Exegese 40  
Expropriation 282 ff.
- Fahrlässigkeit 125, 130, 142  
Feindstrafrecht 151  
Finalismus 124, 131  
Fiskustheorie 240  
Formalobjekt 267 ff., 284  
Forschungsmethoden 51  
Forschungsziele 51  
Freiheit 108 ff., 133, 211 f.  
Funktionellrechtlicher Ansatz 258
- Garantenpflicht 178  
Gebrauchswissenschaft 243  
Geisteswissenschaft 242 f.  
Gelehrtes Recht 9  
Geltungs- / Normhierarchie 145, 297

- Gemeinsames Wohl 115 f.  
 Generalprävention 132  
 Gerechtigkeit 137 f., 143, 211, 319  
 Gerechtigkeitstheorie 114  
 Gericht 7, 55, 84, 86, 89, 104, 145, 148 ff.,  
 199, 212, 218 f., 223, 234, 253, 290, 310  
 Geschichtswissenschaft 313  
 Gesellschaft 104 f., 108 f., 117, 127 f., 131,  
 133, 144, 223  
 Gesellschafts- und Kapitalmarkt-  
 recht 54 ff., 58 ff.  
 – Ausländische Gesellschaftsformen und  
 Kapitalmarktstandards 65 f.  
 – Evaluierung von Rechtsformen 71 ff.  
 – Funktionswandel 64 f.  
 – Leitprinzipien 60  
 – Regelungstechniken 63  
 – Veränderte Rahmenbedingungen 61 ff.  
 Gesetzestext 233, 239  
 Gesetzesvorbehalt 211, 318  
 Gesetzeszweck 304 ff.  
 Gesetzgeber 93, 105, 145, 149, 214, 218, 220,  
 223 ff., 229, 251, 287 f., 294, 306, 317,  
 Gewahrsam 148  
 Gewaltbegriff 198  
 Gewaltenteilungsfrage 251  
 Globalisierung 65 f., 82  
 Grundlagenfächer 152  
 Grundrechte 245, 294  
 Grundrechtseingriff 189, 211, 221, 224 ff.,  
 294  
  
 Handhabbarkeit 144 ff., 155, 160  
 Handlungs- und Entscheidungswissen-  
 schaft 259 ff.  
 Handlungsbegriff 121 ff., 151  
 Hermeneutik 190, 217, 255 ff., 303, 306 ff.  
 Herrschaftsausübung 207, 236 ff., 296  
 Heuristik 147 ff.  
 Hinduismus 83  
 Hypothese, empirische 180  
  
 Identität, disziplinäre 228 ff., 240, 263,  
 267 ff., 278  
 Imputationslehre 172  
 Informationsjurisprudenz 36, 43  
 Infrastrukturleistung 95  
 Interdisziplinarität 19 ff., 95 f., 231, 291  
  
 International Law Association 301 f.  
 International Law Commission 301  
 Internationaler Gerichtshof 301  
 Internetprovider 178  
 Interpretationswissenschaft 259 ff.  
 Irrtumslehre 131, 213  
 Islam 79 f., 84 ff.  
  
 Juristische Fakultät 8  
 Juristische Person 56 f.  
  
 Kausalität 148 f., 173, 184  
 Klassifikatorisches System 105  
 Kodifikationen 9 f., 32  
 Kohärenz 149 ff.  
 Kohärenztheorie 140 ff., 199  
 Kommentar / Kommentierung 55, 104,  
 119, 134 f.  
 Kommunikation  
 – interdisziplinäre 277 ff.  
 – intradisziplinäre 277 ff.  
 Kompetenzregime 245  
 Konkretisierungsjurisprudenz 254 ff.  
 Konsentstheorie 143 f.  
 Konsistenz 149 ff.  
 Konstitutionalisierung 212 f., 252, 258 f.  
 Korrespondenztheorie 138 ff.  
 Kriminalpolitik 187 ff.  
 Kriminologie 188, 200  
 Kulturanthropologische Analysetech-  
 nik 86  
 Kulturvergleich 77 ff.  
  
 Legitimation 106, 108, 126, 133, 200, 213 f.,  
 229, 239, 245, 251  
 Legitimität 137, 144, 154, 224, 319  
 Lehrmeinung 301 f.  
 Liberalismus 208, 213  
 Lösungshypothese 177  
  
 Marxismus 84, 86  
 Materialobjekt 267 ff., 317  
 Metadogmatik 187  
 Methode / Methodik 17 f., 26, 36, 108, 156,  
 182 f., 216 f., 232 ff., 247 ff., 268, 282 ff.,  
 293 ff., 304 ff.  
 Methodenstrenge 26 ff., 249  
 Methodensynkretismus 270

- Mischlehre 215  
 Mitgliedschaft 57  
 Monarch 213 f.  
 Moral 78, 80, 82 f., 110 ff., 159, 188  
  
 Nationalsozialismus 224, 249  
 Nationalstaat 44  
 Naturalisation, disziplinäre 279 f.  
 Naturalismus 119 ff., 123  
 Naturrecht 40, 207  
 Nebendisziplinen (Nachbarfächer) 24, 27, 96 ff., 174 f., 182  
 Nebenstrafrecht 157  
 Normative Hypothese 180, 182  
 Normbegriff 264 ff.  
  
 Objektive Zurechnung 128 f.  
 Öffentliche Sicherheit 210, 213  
 Öffentliches Recht 243 ff.  
 Ökonomisierung des Rechts 75  
 Ordnungswissenschaft 89 ff., 95, 98  
 Organschaft 57  
 Overreaching 18  
  
 Pandektistik 90 f., 248  
 Parlament 208, 213 f., 223  
 Personalität 189 f.  
 Pflichtbegriff 153  
 Pflichten, negative / positive 112  
 Philosophie 175, 320  
 Plausibilität 109 f.  
 Politik 223 f., 243  
 Polizeibegriff 213  
 Polizeistaat 211, 217, 240  
 Polizeywissenschaften 206, 208 ff., 304  
 Populärwissenschaft 14 f.  
 Positives Recht 7, 10 f., 33, 87 ff., 119, 273 ff., 317  
 Positivismus 117 f., 199, 248 ff., 262  
 Pragmatiker 313 ff.  
 Prävention 113, 115 f., 132, 194 ff.  
 Prinzipienbildung 59 f.  
 Purismus 96 f.  
  
 Quasiempirie 198 f.  
 Quellenforscher 313 ff.  
  
 Rationalisierung 202  
 Rationalität 27, 308 ff.  
 Rationalitätsgewinn 306  
 Rationalitätsidee 199  
 Rationalmodell 232  
 Rechtsaktualisierung 253  
 Rechtsanwendung 12, 40, 76, 106, 252, 258 f., 260, 274, 295 f., 313  
 Rechtsanwendungsverständnis 264 ff.  
 Rechtsanwendungswissenschaft 52, 247, 276  
 Rechtsaufzeichnungen 4 f.  
 Rechtsbetrachtung, dynamische 296  
 Rechtsbewusstsein 14, 314  
 Rechtsdarstellung 274 ff.  
 Rechtsdogmatik 56, 186 f., 229, 234, 266, 270, 273, 288, 294 f., 299  
 Rechtsdurchsetzung 195  
 Rechtsentwicklung 30, 32, 37 f.  
 Rechtserkenntnis 17, 22, 28 f., 272 ff., 308  
 Rechtserkenntnisquelle 300 f.  
 Rechtserzeugung 12, 250 f., 259, 272 ff., 296, 308  
 Rechtserzeugungsmacht 250  
 Rechtsetzung 32 f., 207, 265 f., 274  
 Rechtsgefühl 146  
 Rechtsgelehrsamkeit 5 f., 32  
 Rechtsgeltung 11, 23  
 Rechtsgemeinschaft 41, 44 f., 196  
 Rechtsgeschichte 34, 92, 174 f.  
 Rechtsgewinnung 252 f., 261 ff., 270, 272 ff., 308  
 Rechtsherstellung 274 ff.  
 Rechtskenntnis 77  
 Rechtskonkretisierungskonkurrenzen 253 f.  
 Rechtskultur 23, 292  
 Rechtsmaterial, -stoff 29, 41 ff., 45 ff., 89 f., 121 f., 169, 171, 290, 293, 316  
 Rechtspolitik 89, 229, 288, 291, 294, 302, 318, 320  
 Rechtspraxis 6 f., 9 ff., 17, 22, 79, 238, 314  
 Rechtsquelle 11, 16, 28, 62, 91, 108, 145, 266, 300 f.  
 Rechtsrealität *siehe* Rechtswirklichkeit  
 Rechtsschutz 212, 220, 222, 225, 294  
 Rechtssicherheit 211 f.  
 Rechtssoziologie 174 f.

- Rechtssprache 15, 22  
 Rechtssprechungspositivismus 297  
 Rechtsstaat 208, 211 f., 213, 215, 220 ff., 240  
 Rechtsstatsachenforschung 69 f.  
 Rechtstheorie 242, 246, 267 ff., 291  
 Rechtstransplantate 73 f.  
 Rechtswandel 31 f., 34 ff., 42  
 Rechtswirklichkeit 5 ff., 28 ff., 36 f., 39, 92, 134  
 Rechtswissenschaft  
 – eingebettete 52  
 – nichteingebettete 52 f.  
 Rechtswissenschaftskollektive 44 ff.  
 Reine Rechtslehre 242  
 Rekonfigurierung 68 f.  
 Religion 78, 80, 82 f., 159  
 Richter 197  
 Römisches Recht 37 ff., 92, 111  
  
 Schadensbegriff 201  
 Schematismus 155  
 Schuldbegriff 129 f.  
 Schuldprinzip 127  
 Schuldvergeltungstheorie 114  
 Schutzgesetze 59 f.  
 Schutzpflichten 226  
 Selbstprogrammierung 308  
 Selektion 315  
 Selektivität, perspektivische 278 f.  
 Sittengesetz 112  
 Sittlichkeit 115  
 Sollenssätze 16, 158 f., 317  
 Souveränität 212, 225  
 Sozialadäquanz 126  
 Sozialschaden 139  
 Sozialwissenschaften 192 ff., 207, 214, 229 ff., 306 ff.  
 Spezialisierung 20 f., 48  
 Staatsaufgabenlehre 208  
 Staatsexamen 192  
 Staatsrechtslehrervereinigung 215  
 Staatstheorie 107, 112  
 Staatswissenschaften 209  
 Steuerungs- und Folgenorientierung 306, 309  
 Steuerungswissenschaft 194, 259 ff., 291, 304, 307, 310  
  
 Steuerungszwecke, -instrumente 227, 229 ff., 291, 294, 310  
 Stilrichtungen (Forschung) 52 ff.  
 Strafandrohungstheorie 113  
 Strafbedürftigkeit 141  
 Strafgerechtigkeit 113, 115  
 Strafgesetzbuch 162  
 Strafjustiz 188, 190  
 Strafprozessrecht, -ordnung 157, 161 f., 164, 170 f., 188  
 Strafrecht  
 – allgemeiner Teil 157, 161 f.  
 – besonderer Teil 157, 161, 179, 188  
 Strafrechtsdogmatik 136 ff., 186  
 Strafrechtinstitut 127 f.  
 Strafrechtspolitik 188 f.  
 Strafrechtswissenschaft 186 ff.  
 Straftheorie 119 ff., 132, 195  
 Strafwürdigkeit 141  
 Strafzumessung 162, 166  
 Strafwitz 116, 120, 194  
 Strictly legal point of view 15 ff., 30, 34, 46, 48, 77 f., 90, 97, 318  
 Subdisziplinen 247, 271  
 Subjektives öffentliches Recht 317  
 Subjektives Privatrecht 317  
 Subsumtion 16, 18, 148, 200  
 Subsumtionsparadigma 248 ff., 318  
 Systematisierung 160 ff.  
 Systembildung 58 f., 90, 122  
  
 Tatbestände 17 f.  
 Täterstrafrecht 120 f.  
 Täuschungsbegriff 148  
 Teilnahmelehre 139  
 Teleologie 286 ff.  
 Teleologische Auslegung 285  
 Teleologisches System 105 f.  
 Theologie 320  
 Theoriebildende Wissenschaft 168 ff.  
 Theoriebildung 40 ff., 174  
 Theorien 168 ff.  
 Theorietransformation 279  
 Tötungsdelikte 142  
 Transformation 315  
 Transparenz 199

- Unilateralität, operative 279  
Universität 4 f., 20, 22, 25, 31, 46, 190, 282  
Unrecht 151 f.
- Verantwortlichkeitsbegriff 153  
Verantwortungsbewusstsein 16 f.  
Verbrechensbegriff 121 ff.  
Verbrechenslehre 171  
Verfassungsrecht 244 f., 251, 318 f.  
Vermögensschaden 201  
Vernunft 108 ff., 117 f.  
Vernunftrecht 40, 171  
Verwaltung 211, 223  
Verwaltungsakt 212, 220, 226  
Verwaltungsaufgaben 225 ff.  
Verwaltungskultur, legalistische 227 f.  
Verwaltungsrecht 206 ff., 244, 294, 304  
Verwaltungsrechtswissenschaft 215, 230, 260, 270  
Verwaltungsreform 216  
Verwissenschaftlichung / Professionalisierung 13 f., 45 f.  
Völkerrecht 296 f., 299 ff.  
Vorsatz 142, 151
- Wahrheitsbegriff 138, 140, 143 f.  
Wertrationalität 200  
Wertungswissenschaften 81  
Westliche Kultur / Welt 79, 83  
Willkürakt 122 f.  
Wirklichkeitsdefinition 232, 236 ff., 295, 307, 316  
Wirtschaftswissenschaft 64 f., 75  
Wissenschaft  
– empirische 174, 183  
– hermeneutische 157 ff., 318  
Wissenschaftlichkeitsdefizit 21 ff.  
Wissenschaftsbegriff 21 f., 86  
Wissenschaftstheorie 267 ff., 277  
Wissensfehler 130 f.  
Wollensfehler 130 f.
- Zeitschriften 67, 72 f.  
Zivil-, Privatrecht 4 f., 72, 98, 214 f., 244 f.  
Zivilklage 195  
Zurechnung / Zurechenbarkeit 107 ff., 121 f., 131, 173  
Zweck 218 ff., 229, 284 ff., 303 ff.  
Zwei-Reiche-Lehre 265  
Zwei-Stufen-Theorie 220