

Rechts- wissenschaft als Beruf

Herausgegeben von
Horst Dreier



Mohr Siebeck

Rechtswissenschaft als Beruf



Rechtswissenschaft als Beruf

herausgegeben von
Horst Dreier

Mohr Siebeck

Horst Dreier bekleidet den Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Tatjana Hörnle ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Matthias Jestaedt ist Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Gerhard Wagner hat den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik an der Humboldt-Universität zu Berlin inne.

ISBN 978-3-16-156585-4 / eISBN 978-3-16-156586-1
DOI 10.1628/978-3-16-156586-1

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany

Vorwort

Im vergangenen Jahr nahm Dr. Franz-Peter Gillig, langjähriger Cheflektor Jura des Verlages Mohr Siebeck, seinen Abschied. Aus diesem Anlass versammelten sich am 21. Juli 2017 Freunde, Kollegen, Weggefährten und zahlreiche Vertreter juristischer Fakultäten im Evangelischen Stift Tübingen, um ihrer Verbundenheit mit ihm und ihrer dankbaren Anerkennung für das Ausdruck zu verleihen, was man mit Fug und Recht sein Lebenswerk nennen kann – die Arbeit für die Wissenschaft, genauer: die Rechtswissenschaft.

Was lag da näher, als – in Anspielung auf den berühmten Vortrag Max Webers über „Wissenschaft als Beruf“, den dieser Hausautor des Verlages vor genau einhundert Jahren in München gehalten hatte – die Festveranstaltung dem Thema „Rechtswissenschaft als Beruf“ zu widmen? Drei herausragende Vertreter des Faches beleuchteten aus der spezifischen Perspektive ihrer jeweiligen juristischen Teildisziplin in selbstreflexiver Weise Rolle und Aufgaben sowie das korrespondierende Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. Der Band enthält die Referate in überarbeiteter und teils stark erweiterter Form. Hinzugekommen ist der Beitrag des Herausgebers, der einige Aspekte vertieft erörtert, die in der Einführungs- und Begrüßungsrede nur angeschnitten werden konnten.

Vielfältiger Dank ist abzustatten. Er geht zunächst an die Referenten für die spontane Bereitschaft zur Mitwirkung am Symposium und die Ausarbeitung ihrer Manuskripte für die Publikation. Die zügige Herstellung des Bandes wäre – einmal mehr – ohne die umsichtige und hocheffiziente Arbeit von Matthias Spitzner nicht möglich gewesen. Ihm danke ich ebenso wie den Mitarbeitern meines Lehrstuhls (Dr. David Kuch, Annabelle Meier und Andreas

Gesell) für wertvolle Hilfe bei der Korrektur der Fahnen und Umbrüche sowie für ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung meines Beitrages.

Schließlich möchte ich nicht versäumen, an dieser Stelle Dr. Franz-Peter Gillig meinen ganz persönlichen und tief empfundenen Dank auszusprechen. Wir kennen uns seit dem Jahr 1985, als er in seiner Funktion als Schriftleiter der JZ eine Rezension von mir annahm und in voller Länge abdruckte, die eigentlich viel zu umfangreich geraten und dazu auch noch prononciert kritisch ausgefallen war – ganz abgesehen davon, dass der damals noch nicht einmal promovierte Rezensent eine Habilitationsschrift besprach. Alsbald folgten weitere Projekte, von denen das mit Abstand größte, schönste und zweifellos auch anstrengendste der Grundgesetz-Kommentar war, der im übrigen – was hier ausdrücklich vermerkt sei – auf eine 1991 geborene Idee von Dr. Gillig und nicht etwa auf die Initiative des Herausgebers zurückging. Für die jahrzehntelange enge, gute und über das rein Fachliche hinausgehende Kooperation sowie die vielen konstruktiven Gespräche und die menschliche Nähe sage ich Dr. Franz-Peter Gillig, der Rechtswissenschaft als Beruf auf seine ganz eigene und unverwechselbare Art gelebt hat, aus vollem Herzen Dank.

Horst Dreier

Würzburg, den 21. Juli 2018

Inhalt

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	IX
 <i>Horst Dreier</i>	
Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen	1
 <i>Gerhard Wagner</i>	
Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum	67
 <i>Tatjana Hörnle</i>	
Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft	183
 <i>Matthias Jestaedt</i>	
Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie. Annäherungen eines Staatsrechtslehrers	227

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF / nF	alte Fassung / neue Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
bes., insb.	besonders, insbesondere
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
ders.	derselbe
Der Staat	Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches Öffentliches Recht
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
Drs.	Drucksache(n)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgend, folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GS	Gedächtnisschrift
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
i. e. S.	im engeren Sinne
i.O.	im Original
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JusPriv	Jus Privatum
JusPubl	Jus Publicum
JusPoen	Jus Poenale
JZ	Juristenzeitung
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
u. a.	und andere
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht. Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen

Horst Dreier

- I. Die Rechtswissenschaft ist eine Normwissenschaft, jedoch keine normative Wissenschaft. Wahrheitsfähig sind Aussagen über Normen, nicht aber die Normen selbst. 2
- II. Soweit sich juristische Tätigkeit in der bloßen Nachzeichnung und unselbständigen Wiedergabe des geltenden Rechts erschöpft, steht ihr Wissenschaftscharakter nicht außer Zweifel. 6
- III. Das Recht unterliegt permanenter Veränderung. Das allein begründet keinen Einwand gegen den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft. 10
- IV. Die Rechtswissenschaft ist eine hermeneutische Disziplin, insofern eine zentrale Aufgabe in der kunstgerechten Interpretation der Normen der geltenden Rechtsordnung liegt. 14
- V. Die juristische Methodenlehre steht auch im Dienst von Rechtsstaat und Demokratie. 20
- VI. Rechtsdogmatik bildet den eigentlichen Schwerpunkt rechtswissenschaftlicher Arbeit am positiven Recht. Sie erfüllt Systematisierungs-, Entlastungs-, Speicher- und Rationalisierungsfunktionen. 25
- VII. Rechtsdogmatik geht weit über die bloße Interpretation einzelner Normen hinaus. Sie kann sich als Verdichtung von Interpretationsvorgängen ebenso präsentieren wie als Kategorienbildung oder Prüfprogramm. 31
- VIII. Rechtswissenschaft in Gestalt von Rechtsdogmatik ist speziell in Deutschland durch einen ausgeprägten Praxisbezug gekennzeichnet. 45

- IX. Der Praxisbezug der Rechtsdogmatik darf den Unterschied zwischen der Rechtserzeugung durch die Rechtsinstitutionen einerseits und der Erkenntnistätigkeit der Rechtswissenschaft andererseits nicht einebnen. 50
- X. Der Rechtswissenschaftler muss die Wertungen der von ihm beschriebenen Rechtsordnung nicht teilen. 60

I.

Die Rechtswissenschaft ist eine Normwissenschaft, jedoch keine normative Wissenschaft. Wahrheitsfähig sind Aussagen über Normen, nicht aber die Normen selbst.

Die Rechtswissenschaft ist eine Normwissenschaft.¹ Ihre verbreitete Charakterisierung als Geisteswissenschaft erscheint eher unzulänglich, weil hier unter dem Dualismus von Natur- und Geisteswissenschaften zuviel Verschiedenes unter einem Begriff zusammengespant wird.² Wenig hilfreich ist auch die im Neukantianismus verbreitete, auf Wilhelm Windelband zurückgehende Zweiteilung von idiographischen und nomothetischen Wissenschaften, also von (angeblich) auf das Einzelne und Besondere bezogenen Geschichtswissenschaften und (angeblich) auf das Allgemeine bezogenen Naturwissenschaften, schon weil die Rechtswissenschaft hier kaum sinnvoll zu verorten ist.³ Als

¹ Klassisch *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 72 ff., 78 ff. (in der von Matthias Jestaedt hrsgg. Studienausgabe 2017: S. 139 ff., 149 ff.).

² Deswegen behilft man sich hier zuweilen mit dem noch vageren Zusatz, es handle sich bei der Rechtswissenschaft um eine Geisteswissenschaft „im weiten Sinne“; vgl. etwa *B. Zabel*, *Philosophie der Rechtswissenschaft*, in: *S. Lohse/T. Reydon* (Hrsg.), *Grundriß Wissenschaftsphilosophie. Die Philosophien der Einzelwissenschaften*, 2017, S. 167–197 (172).

³ Dazu einige Hinweise bei *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei *Hans Kelsen* (1986), 2. Aufl. 1990, S. 71. Im Überblick *K. Grotzsch*, *Art. Nomothetisch/idiographisch*, in: *J. Ritter/K. Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, 1984, Sp. 896–897; zu Windelbands Konzept etwa *H.-L. Ollig*, *Der Neukantianismus*,

ganz untauglich erweist sich schließlich die in jüngerer Zeit von einigen Autoren favorisierte Einordnung in das begrifflich wie sachlich schwammige Feld der sog. Kulturwissenschaften.⁴ Hingegen trifft die Bezeichnung als Normwissenschaft den eigentlichen Gegenstand, also den Objektbereich der Rechtswissenschaft besser und präziser.⁵ Denn: „Normen sind [...] die Elementarteilchen des Rechts. Das Recht besteht aus Normen und nur aus Normen.“⁶

Normwissenschaft heißt nun freilich nicht: *normative* Wissenschaft im Sinne einer normierenden oder normvorschreibenden Instanz, sondern bezeichnet eine lediglich normbeschreibende Disziplin.⁷ Also: die Normen selbst sind präskriptiv, ihre Erfassung durch die Rechtswissenschaft ist deskriptiv. Das heißt: die Normen selbst sind nicht wahrheitsfähig, wohl aber die Aussagen über sie. Die Norm, derzufolge Frankreich eine „unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik“ ist (Art. 2 Abs. 1 der französischen Verfassung von 1958), ist ebensowenig „wahr“ oder „falsch“ wie die Norm, der-

1979, S. 57; G. Oakes, Die Grenzen kulturwissenschaftlicher Begriffsbildung, 1990, S. 49 ff.

⁴ Vgl. die grundsätzliche Kritik von T. Gutmann, *Recht als Kultur?*, 2015.

⁵ Diese Bezeichnung verwendet auch der *Wissenschaftsrat* in seiner einschlägigen Stellungnahme: *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, 2012, S. 28. Siehe ferner W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: *VVDStRL* 30 (1972), S. 245–312 (249); O. Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 10, 21 f.; J. F. Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, S. 4.

⁶ K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 189; so auch M. Staake, *Rechtliches Wissen*, in: *Jura* 2018, S. 661–676 (662).

⁷ Zum folgenden klärend und differenzierend E. Hilgendorf, Was heißt „normativ“? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel, in: M. Mahlmann (Hrsg.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, 2011, S. 45–61; M. Jestaedt, *Rechtswissenschaft als normative Disziplin*, in: E. Hilgendorf/J. C. Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, S. 254–262.

zufolge Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) oder Spanien eine parlamentarische Monarchie ist (Art. 1 Abs. 3 der spanischen Verfassung von 1978). Und dass es in Teilen der Welt noch die Todesstrafe gibt, ist nicht unwahr, sondern – gemessen an bestimmten ethischen oder menschenrechtlichen Standards – kritikwürdig und in diesem Sinne unrichtig. *Auctoritas, non veritas facit legem*, hat der große Thomas Hobbes gesagt⁸ – und damit den Grund für die neuzeitliche Staatstheorie gelegt. „Also weder Wahrheit noch Weisheit begründen das Recht.“⁹ Bei den Rechtsnormen handelt es sich modernem, also metaphysikfreiem Verständnis zufolge (jedenfalls auch) um menschliche Willensakte, nicht (bzw. nicht ausschließlich) um logische oder empirische Erkenntnisakte. Auch verfügen wir nicht über ein – dem Tatsachenwissen, das wir durch die Naturwissenschaften erwerben – vergleichbares „Normwissen“ oder „Wertewissen“, das uns zum Aufweis der objektiven Richtigkeit und absoluten Gültigkeit bestimmter Normen befähigte.¹⁰ Pointiert gesagt: „Rechtsnormen sind Menschenwerk, als solches entweder wirksam oder unwirksam, sinnvoll oder unsinnig, gut oder schlecht begründet – nicht aber: wahr

⁸ T. Hobbes, *Leviathan* (lat. Fassung, 1668), in: Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica, hrsgg. v. W. Molesworth, Vol. III, London 1841 (Repr. 1966), Kap. XXVI, S. 202: „*authoritas, non veritas, facit legem*“.

⁹ C. Jabloner, *Sein und Sollen. Die „Wahrheit“ der Rechtswissenschaften*, in: W. Kautek/R. Neck/H. Schmidinger (Hrsg.), *Wahrheit in den Wissenschaften*, 2015, S. 137–160 (139).

¹⁰ Anders natürlich, wenn man ein idealistisches Naturrecht (z. B. Platon) oder ein christliches Naturrecht (z. B. Thomas von Aquin) oder eine andere Form metaphysischer Letztbegründung des Rechts für gültig und verbindlich hält. Derartige Vorstellungen sind aber spätestens mit dem „neuzeitlichen Bruch“ (dazu H. Dreier, *Recht und Gerechtigkeit*, in: A. Verrone/P. Nickl [Hrsg.], *Welche Gerechtigkeit?*, 2016, S. 64–80 [71 ff.]) entfallen und können jedenfalls einem freiheitlichen Verfassungsstaat nicht zugrundegelegt werden, der sich auf das Prinzip der Volkssouveränität stützt.

oder falsch.“¹¹ Sie sind nicht wahr oder falsch, sondern sie gelten oder sie gelten nicht.

Wahr oder falsch (im Sinne von: zutreffend oder unzutreffend) können hingegen Aussagen über Normen sein. Evident unzutreffend wäre etwa die Aussage, gemäß Art. 1 der französischen Verfassung sei Frankreich ein Bundesstaat oder gemäß Art. 20 des Grundgesetzes sei Deutschland eine Monarchie. Oder auch: in den USA sei die Todesstrafe vollständig abgeschafft. Also kurz: Sätze über den Inhalt des Rechts sind wahrheitsfähig, die Normen selbst sind es nicht.¹²

Was zählt nun zu den Rechtsnormen? Hier kann man sich an den Einleitungssatz eines berühmten Werkes zur politischen Ökonomie anlehnen und sagen: auf den ersten Blick erscheint die Rechtsordnung als eine ungeheure Ansammlung von Rechtsnormen, die einzelne Rechtsnorm als ihre Elementarform. Das ändert sich auch beim zweiten oder dritten Blick nicht. Dabei gibt es keinen Grund, den Begriff der Norm auf solche abstrakt-genereller Natur zu beschränken, also typischerweise auf Parlamentsgesetze oder Rechtsverordnungen. Denn der Prozess der Rechtserzeugung (als übergeordneter Terminus) erfasst nicht lediglich die Gesetzestätigkeit eines Parlaments oder die Verordnungstätigkeit der Exekutive, sondern erstreckt sich in umfassender Weise auf den gesamten Stufenbau der Rechtsordnung: von Gesetzen und Verordnungen über Satzungen, behördlichen Einzelakten, Gerichtsentscheidungen bis hin zur Rechtsetzung qua vertraglicher Vereinbarung, der sog. *lex contractus*.¹³ Allen

¹¹ M. Staake, Werte und Normen, 2018, S. 376.

¹² Vgl. zur Vertiefung R. Poscher, Wahrheit und Recht, in: ARSP 89 (2003), S. 200–215 (211): „Wahrheitsunfähigkeit von Rechtsnormen und Entscheidungen“, „Wahrheitsfähigkeit von Aussagen über das Recht“; knapp Staake, Rechtliches Wissen (Fn. 6), S. 662 f.; siehe noch C. Möllers, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151–174 (167).

¹³ Klassisch zu dieser die überkommene Gesetzesfixierung ablösenden

diesen Normen liegen spezifische Willensakte zugrunde, alle diese Normen legen für ihren jeweiligen personellen, thematischen und örtlichen Einzugsbereich die Rechtslage fest: das Strafgesetz nicht minder als die Begründung eines Leihvertrages. Erst bei Einbeziehung aller Rechtsstufen haben wir sozusagen den gesamten Rechtskosmos vor uns. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung kann auf jeder dieser Stufen andocken und ein Gerichtsurteil oder einen Vertrag einer genau so intensiven Analyse unterziehen wie ein verfassungsänderndes Gesetz.

II.

Soweit sich juristische Tätigkeit in der bloßen Nachzeichnung und unselbständigen Wiedergabe des geltenden Rechts erschöpft, steht ihr Wissenschaftscharakter nicht außer Zweifel.

Rechtswissenschaft beschränkt sich nicht auf das jeweils geltende positive Recht, sondern umfasst weitaus mehr, etwa die sog. Grundlagenfächer Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie. Diese werden im folgenden ausgeblendet – allein schon deswegen, weil es sich bei der Rechtsphilosophie um eine Regionalphilosophie, bei der Rechtsgeschichte um

Vorstellung eines Stufenbaus der Rechtsordnung, der sich von der höchsten Ebene der (positiven) Verfassung über mehrere Zwischenstufen bis hin zum Einzelakt einer Behörde, eines Gerichtes oder einer vertraglichen Einigung zwischen Personen erstreckt: *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 1), S. 228 ff. (Studienausgabe S. 398 ff.). Begründer der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung war der Kelsen-„Schüler“ Adolf J. Merkl, den man getrost als zweites Haupt der Wiener Rechtstheoretischen Schule ansehen darf. Eingehende Darstellung bei *E. Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: S. Griller/H.P. Rill (Gesamtredaktion), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff-Dynamik-Auslegung*, 2011, S. 81–134. – Der weite Normenbegriff scheint sich durchzusetzen: siehe etwa *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre* (Fn. 6), S. 196 ff.; *P. Hilbert*, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2015, S. 19 f. m. w. N.; *C. Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 56 f.

eine Regionalgeschichtswissenschaft, bei der Rechtssoziologie um eine Regionalsoziologie handelt. Diese juristischen Grundlagenfächer teilen ihren Wissenschaftscharakter – einschließlich der möglicherweise vorhandenen diesbezüglichen Probleme – mit ihrer Mutterdisziplin, weswegen ihre „Wissenschaftlichkeit [...] durch den nötigen Methodenimport aus zweifelsfrei wissenschaftlichen Nachbarfächern verbürgt zu sein scheint“.¹⁴

Vielmehr soll es im folgenden ausschließlich und allein um denjenigen Bereich der Rechtswissenschaft gehen, der sich anwendungsbezogen mit dem geltenden, positiven Recht befasst. Hier liegt nach gängiger Einschätzung das Herzstück, das „Kernstück“,¹⁵ der „Markenkern“¹⁶ oder das „Kerngeschäft“¹⁷ der deutschen Rechtswissenschaft. Denn Rechtsdogmatik spielt in Forschung und Lehre eine ganz zentrale Rolle,¹⁸ ja wird als „eigentliches Zentrum“ der Rechtswissenschaft betrachtet,¹⁹ wenn nicht gar mit ihr gleichgesetzt.²⁰ Das ist für unsere Fragestellung

¹⁴ M. Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, 2018, S. 16. Zu diesem Punkt auch C. Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, S. 17–37 (31 f.).

¹⁵ R. Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1971), in: ders., *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, S. 48–69 (51).

¹⁶ So M. Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, in: JZ 2014, S. 1–12 (4 ff.).

¹⁷ Auer, *Erkenntnisziel* (Fn. 14), S. 13. Siehe schon R. Dreier, *Rechtstheorie und Rechtsgeschichte* (1988/1990), in: ders., *Recht – Staat – Vernunft*, 1991, S. 211–235 (217): „Kerndisziplin der Rechtswissenschaft“, die „oft und mit Recht auch als Rechtswissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne bezeichnet“ werde.

¹⁸ *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven* (Fn. 5), S. 31 ff.

¹⁹ So M. Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?*, in: A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 17–43 (21): Rechtsdogmatik gelte als „eigentliches Zentrum“ der Rechtswissenschaft.

²⁰ Etwa R. Dreier, *Selbstverständnis* (Fn. 15), S. 51. Engagiertes Plädoyer für den „strictly legal point of view“ als Paradigma der Rechtswissenschaft bei W. Ernst, *Gelehrtes Recht*, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 3–49 (15 ff.). – Durchgängig kritisch

vor allem deswegen relevant, weil es *ihre* Wissenschaftlichkeit ist, die in Frage steht und oft in Frage gestellt wird – nicht zuletzt von reflektierten und nachdenklichen Juristen selbst.²¹

Denn kann die „Beschreibung“²² des positiven Rechts eigentlich überhaupt als Wissenschaft bezeichnet werden?²³ Haben wir es nicht vielmehr mit schlichtem Handwerk und einfachem Tagewerk zu tun, mit einer „praktische(n) Kunstlehre“,²⁴ bloßer Gesetzeskunde und Rechtstechnologie, einer „Sammlung von Informationen und Meinungen zum jeweiligen Rechtssystem“?²⁵ Die Frage wird besonders drängend, wenn man sich bestimmte Produkte juristischer Literaturgattungen anschaut, die sich in Fachzeitschriften und anderen Publikationen finden. In der Tat: Kann man das bloße Nacherzählen der tragenden Gründe einer höchstrichterlichen Entscheidung in einer Urteils„besprechung“ eigentlich als wissenschaftliche Leistung einstufen? Oder die Vorstellung eines neuen Gesetzes oder einer Gesetzesnovelle, wenn der Text eines solchen Beitrages allzu sehr der amtlichen Begründung ähnelt? Das sind nur zwei Beispiele ebenso bedenklicher wie ver-

zu dieser „Zentrierung der Rechtswissenschaft auf Dogmatik“ *O. Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 12), S. 1–49 (17 ff.); *ders.*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Dogmatik (Fn. 14), S. 39–62 (60 f.).

²¹ Siehe *Jestaedt*, Wissenschaftstheorie (Fn. 19), S. 20 f. m. w. N.; *C. Möllers*, Vorüberlegungen (Fn. 12), S. 164: „spürbares Leiden an der eigenen Unwissenschaftlichkeit der Disziplin“.

²² Diese hier bewusst weite und unbestimmte Formulierung wird in Thesen IV bis VII noch präzisiert und konkretisiert. – Notabene: Die hier vertretene Auffassung geht *nicht* dahin, der Rechtsdogmatik den Wissenschaftsstatus pauschal abzuspochen. Dagegen auch *Ernst*, Gelehrtes Recht (Fn. 20), S. 21 ff. sowie *T. Hörnle*, Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft, in diesem Band S. 188.

²³ Dazu auch *Poscher*, Wahrheit (Fn. 12), S. 203.

²⁴ *H. Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 405.

²⁵ *U. Neumann*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: A. Kaufmann/W. Hassemer/U. Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 385–400 (386).

breiteter „Formate“, denen sich leicht weitere hinzufügen ließen. So etwa das Format des offenkundig (und in Sonderheit bei lesefaulen Studenten) immer beliebter werdenden Kurz- und Kürzestlehrbuchs oder der sog. Kompaktkommentare, deren Inhalt sich ganz überwiegend im Zusammenfassen (und, problematischer: zugleich und überwiegend im Weglassen) dessen erschöpft, was sich in den größeren Lehrbüchern und Kommentaren findet. Diese Produkte sind inhaltlich völlig austauschbar, innovationsfrei und ohne jedes erkennbare eigene Profil. Hier kann man sich schon fragen, ob ein derartiges bloßes Wiederkauen von Rechtsstoff wirklich mit dem Prädikat universitärer „Wissenschaft“ geädelt werden sollte.

Ähnlich kritisch wie hier hat man mit Blick auf die Ausbildungsliteratur, die in der Produktion deutscher Rechtsprofessoren einen relativ großen Raum einnimmt, die Feststellung getroffen, vieles davon könne „von vornherein keinen wissenschaftlichen Beschreibungsanspruch erheben“²⁶ – und darüber hinaus die Tatsache, dass „schlicht repetierende Lehrbücher in der deutschen Rechtswissenschaft [...] als wissenschaftliche Leistung anerkannt sind“, als eine „niederschmetternde Diagnose“ bezeichnet.²⁷

Dieser neuralgische Punkt ist schon deswegen nicht trivial oder vernachlässigenswert, weil er am Ende und in letzter Konsequenz durchaus schwerwiegende und schmerzhaft institutionelle Folgen zeitigen könnte. Denn wenn das Tun der Rechtswissenschaftler in weitem Umfang den Anspruch auf Wissenschaftlichkeit nicht einlösen kann, dann spricht eigentlich auch nichts dafür, den juristischen Fakultäten ihren seit alters her angestammten Platz an den Universitäten zu belassen:

²⁶ C. Möllers, Rechtsphilosophische Forschung: Reminiszenz, Bilanz und Perspektive, in: S. Grundmann u. a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 959–979 (964).

²⁷ C. Möllers, Forschung (Fn. 26), S. 972.

„Wo Jurisprudenz nur mehr als ‚Rechtshandwerk‘ oder als ‚Rechtsgewerbe‘ gesehen und gelebt wird, erscheint die Herabstufung rechtswissenschaftlicher Fakultäten oder Fachbereiche zu ‚Rechtsgewerbeschulen‘, die ihren Platz in den prononciert praxisorientierten Fachhochschulen finden, die angemessene institutionelle Antwort zu sein.“²⁸

III.

*Das Recht unterliegt permanenter Veränderung.
Das allein begründet keinen Einwand gegen den
Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft.*

Es gibt also gute Gründe, sich Gedanken über den Wert der Rechtswissenschaft als einer wissenschaftlichen Disziplin zu machen. Das ist freilich nichts Neues. Schon vor mittlerweile mehr als 150 Jahren hat der hochgebildete, liberal gesonnene Berliner Staatsanwalt *Julius Hermann von Kirchmann* diese Frage in seinem berühmten Vortrag mit dem programmatischen Titel „Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“²⁹ aufgeworfen – und scheinbar eindeutig, nämlich negativ, beantwortet. Kein Wunder also, dass jene Rede in fast jeder einschlägigen Publikation aus jüngerer Zeit in Bezug genommen wird. Das gilt insbesondere für die immer wieder zitierten, merksatzartig formulierten und so ungeheuer suggestiven Worte: „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“³⁰ Kirchmann, der vorab die Veränderlichkeit des Rechts als das im Verhältnis zu

²⁸ *Jestaedt*, Wissenschaftstheorie (Fn. 19), S. 21. Ähnlich spricht *Auer*, Erkenntnisziel (Fn. 14), S. 19 von der „drohenden ‚Verfachhochschulung‘ der anwendungsbezogenen Rechtsdogmatik“.

²⁹ Der Vortrag wurde im Spätherbst 1847 gehalten und noch im gleichen Jahr publiziert, aber auf 1848 vordatiert. Hier und im folgenden zitiert nach der Ausgabe: *J. H. v. Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, herausgegeben und mit einem Anhang versehen von H. Klenner, 1990.

³⁰ *Kirchmann*, Wertlosigkeit (Fn. 29), S. 23. Direkt voran gehen dem die für das Verständnis wichtigen Worte: „Indem die Wissenschaft das zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit“. Schon

den Objektbereichen der anderen Wissenschaften zentrale Charakteristikum herausgearbeitet hatte,³¹ beobachtet also mit Sorge, dass die Veränderlichkeit und Vergänglichkeit des Rechts als des Objekts der Rechtswissenschaft auch diese selbst erfassen und in Mitleidenschaft ziehen kann. Man muss aber klar sehen, dass Kirchmann hier weniger den Gesetzgeber als vielmehr die Rechtswissenschaftler kritisiert, seine berühmten Worte also wissenschaftskritisch intendiert und motiviert waren. Genauer gesagt galt seine Kritik jener Art von Rechtswissenschaft, die allein und ganz eng am positiven Recht haftet, von dessen Existenz und konkreter Ausformung sie sich dadurch vollkommen abhängig macht. Nur Vertreter dieser Richtung werden von jeder arbiträren Veränderung der Rechtslage ins Mark getroffen, nicht aber jene, die ihre Beschäftigung mit dem Recht auf einer etwas höheren Ebene ansiedeln. Denn ein gewisses Abstraktionsniveau schützt vor allzu rascher Obsoleszenz der getroffenen Aussagen.

Als Kirchmann seine vor allem rhetorisch brillante Philippika verfasste, war der Gesetzgeber zwar – entgegen gängiger Legenden – ebenfalls schon einigermaßen rastlos und auf vielen Feldern tätig und bediente sich dabei keineswegs exklusiv der Form des klassischen, abstrakt-generellen Gesetzes.³² Aber heutzutage sprudeln die verschiedenen Rechtsquellen noch weitaus

auf S. 22 heißt es: „Statt des Ewigen, Absoluten, wird das Zufällige, Mangelhafte ihr Gegenstand.“

³¹ *Kirchmann*, Wertlosigkeit (Fn. 29), S. 12 f.: „Die nächste Eigenthümlichkeit die hervortritt, ist die Veränderlichkeit des natürlichen Rechts als Gegenstandes der Jurisprudenz. Sonne, Mond und Sterne scheinen heute wie vor Jahrtausenden; die Rose blüht heute noch so wie im Paradiese; das Recht aber ist seitdem ein Anderes geworden. Die Ehe, die Familie, der Staat, das Eigenthum haben die mannigfachsten Bildungen durchlaufen. [...] Die Frage hier ist nur die, welche Wirkungen hat diese Beweglichkeit des Gegenstandes auf die Wissenschaft. Die Antwort kann auf diese Frage nicht zweifelhaft sein; die Wirkung muß eine höchst nachtheilige sein.“

³² Auch das 19. Jahrhundert kannte bereits Spezial- und Regional-, Sonder- und Maßnahme-, Änderungs- und Zeitgesetze. Siehe *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 I Rn. 2 mit Nachweisen aus der Literatur.

munterer als damals. Und es sind nicht allein die Parlamente von Bund und Ländern, die in rastloser Tätigkeit die Gesetzblätter füllen und damit die Wendung *Carl Schmitts* vom „motorisierten Gesetzgeber“³³ bestätigen. Übertroffen wird die nationale Normproduktion durch die supranationale Rechtsetzung in Gestalt von Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Union, die dann wiederum in den Mitgliedstaaten angewendet oder umgesetzt werden müssen. Ferner sind die nationalen Verordnungs- und Satzungsgeber ebenso wenig untätig wie die Gerichte. Die immer stärker voranschreitende Ausdifferenzierung des Rechts in unzählige Teilgebiete, etwa infolge technischer Neuerungen, führt die Komplexität und Vielschichtigkeit der Rechtsordnung am deutlichsten vor Augen.

Für diese Dauerdynamik unablässiger Rechtsproduktion gibt es exogene wie endogene Gründe.³⁴ Die exogenen liegen im sozialen Wandel, dem Normenhunger moderner Gesellschaften und dem Daueraktivismus des Gesetzgebers, die endogenen in der ebenfalls rastlosen Arbeit der Gerichte, insbesondere der Existenz eines vom klagefreudigen Bürger gern ausgeschöpften Instanzenzuges. „Dynamik und Wandel ist also schon dem Gegenstand Recht immanent und kein außerrechtliches Phänomen, das dann juristisch verarbeitet werden müsste.“³⁵ Aus dieser permanenten Veränderung des Rechts als des Gegenstandes der Rechtswissenschaft lässt sich freilich kein Argument gegen ihren Wissenschaftscharakter schmieden. Denn das hieße, sich auf einen Wissenschaftsbegriff zu fixieren, für den Vorgegebenheit und Unver-

³³ C. Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 2. Aufl. 1973, S. 386–429 (407). Hierzu mit Blick auf die Praxis A. Janssen, Der Beitrag der juristischen Dogmatik zur Gesetzgebung (1989), in: ders., Die Kunst des Unterscheidens zwischen Recht und Gerechtigkeit, 2016, S. 351–367.

³⁴ Lepsius, Relationen (Fn. 5), S. 12 ff. – Ähnlich hatte schon zuvor der Wissenschaftsrat, Perspektiven (Fn. 5), S. 26 von externer und interner Dynamik sowie von äußerem und selbst erzeugtem Wandel gesprochen.

³⁵ Lepsius, Relationen (Fn. 5), S. 15 f.

änderlichkeit des Objekts konstitutiv wären, so dass Gegenstand der *scientia* nur konstante und unwandelbare Entitäten sein könnten.³⁶ Damit wäre aber praktisch allen geisteswissenschaftlichen und historischen Disziplinen der Wissenschaftscharakter bestritten, was wenig sinnvoll erscheint.³⁷ Daher sprechen die besseren Gründe für die Annahme, dass das Objekt wissenschaftlicher Erkenntnis seinerseits variabel sein kann.³⁸ Solange der Gegenstandsbezug überdies allgemeine Kriterien einer methodengeleiteten, rational argumentierenden und reflexiven Erkenntnissuche in einem institutionellen Rahmen erfüllt, so dass die gefundenen Ergebnisse Gegenstand rationaler Prüfung und Diskussion sein können, ist ein Maß an Objektivität erreicht, das den Ansprüchen einer Wissenschaft vollauf genügt.³⁹

Die Aufgabe kompliziert sich freilich noch erheblich dadurch, dass die Rechtsordnung nicht – wie es dem aufklärerischen Kodifikationsideal entspräche – ein in sich geschlossenes, umfassendes und dauerhaftes Produkt eines einzigen organisierten und überlegenen Willens darstellt, sondern sich gerade in der modernen Parteiendemokratie eines pluralen Gemeinwesens alte

³⁶ Siehe dazu knapp *R. Dreier*, Selbstverständnis (Fn. 15), S. 49; *Neumann*, Wissenschaftstheorie (Fn. 25), S. 387.

³⁷ Die eingangs erwähnte neukantianische Unterscheidung von idio-graphischen und nomothetischen Wissenschaften lässt sich als Reaktion auf dieses Problem begreifen.

³⁸ Vgl. *C. Möllers*, Vorüberlegungen (Fn. 12), S. 166: „dass Recht ein soziales, kein natürliches Phänomen ist, [führt] nicht dazu, den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft von vornherein abzulehnen. Auch der Bezug auf gesetztes Recht [...] schließt einen systematischen Wahrheitsanspruch der Rechtswissenschaft nicht aus. [...] Auch andere Gegenstände wissenschaftlicher Forschung sind der Veränderung unterworfen, ohne dass dies ihren Wissenschaftscharakter in Frage stellen würde.“ Siehe noch *Bumke*, Rechtsdogmatik (Fn. 13), S. 97, 133 ff.

³⁹ Zu den Kriterien einer jeden Wissenschaft etwa BVerfGE 35, 79 (112 ff.); 127, 87 (115, Rn. 87 ff.). Vertiefend *Bumke*, Rechtsdogmatik (Fn. 13), S. 122 ff. m. w. N. – Speziell zu Qualitätskriterien für öffentlich-rechtliche Forschung *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre (Fn. 24), S. 298 ff., 327 ff., 367 ff.

und neue Rechtsnormen einer Mehrzahl von Rechtsetzungsinstanzen ineinander und übereinander schieben. „Die auffallende Misere des heutigen positiven, namentlich des öffentlichen Rechts“, so hat kein Geringerer als *Niklas Luhmann* bereits vor mehr als 50 Jahren festgestellt, „liegt in der Zusammenhanglosigkeit großer Normmengen, die situationsweise verfahrensmäßig hergestellt und zu unüberblickbaren Haufen zusammengeschoben werden, ohne daß diesen Beständen gegenüber adäquate Mittel gedanklicher Disposition entwickelt worden wären.“⁴⁰ Der Vorrang des schon seinem Umfang nach exorbitanten supranationalen Unionsrechts bewirkt hier einen nochmaligen gewaltigen Schub. Es ist eine der schwierigsten und wichtigsten Aufgaben der Rechtswissenschaft, angesichts dieser Lage einen Überblick zu gewinnen, den oft undurchsichtigen Rechtsstoff erst einmal aufzubereiten, durchgängige Linien und Ordnungsmuster zu zeichnen, Kohärenz und Transparenz herzustellen und Interpretationsangebote für die Rechtsanwendung zu erarbeiten. Dieser Umstand weist aber zugleich darauf hin, dass das enorme Wachstum und die stete Veränderung des positiven Rechts sich durchaus als Chance für die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft begreifen lässt. Das führt uns in den folgenden Thesen zur Frage der Leistungsfähigkeit von Hermeneutik, Methodenlehre und Rechtsdogmatik.

IV.

Die Rechtswissenschaft ist eine hermeneutische Disziplin, insofern eine zentrale Aufgabe in der kunstgerechten Interpretation der Normen der geltenden Rechtsordnung liegt.

Mit den soeben gegebenen Hinweisen kommen wir den Aufgaben und Problemen einer auf das positive Recht bezogenen Perspektive und somit der rechtsdogmatischen Arbeit als der „Kerndisziplin

⁴⁰ *N. Luhmann*, Rechtssoziologie (1972), 2. Aufl. 1983, S. 331.