

R. erkennt den jetzigen Zustand der Welt als einen trostlosen; die Professoren, die wieder Spezial-Professoren bilden, keine humane Bildung, die sich verbreitet, der Jurist z.B. denkt nicht daran, Philologie und Philosophie zu studieren, alles nur Spezialitäten.

Cosima Wagner, Tagebucheintrag vom 9. Juni 1872\*

## I. Vorüberlegungen\*\*

Die jüngste Wiederaufnahme der im deutschsprachigen Rechtskreis altbekannten<sup>1</sup> Debatte über den Wissenschaftscharakter der Rechts-

\* Cosima Wagner, Die Tagebücher, Bd. 1, 1869-1877, hrsg. v. Martin G. Dellin/Dietrich Mack, 1976, 533.

\*\* Der vorliegende Band ist aus dem Vortrag der Autorin beim Würzburger Symposium zur Zukunft von Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssozioökonomie vom 26. November 2015 zum Thema „Rechtsphilosophie als kritische Rechtstheorie: Zur Gegenwartaufgabe der Grundlagenfächer“ hervorgegangen. Seine endgültige, wesentlich erweiterte Fassung erhielt er anlässlich des Vortrags der Autorin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg am 24. Juli 2017 zum Thema „Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie“. Die Autorin dankt Horst Dreier und Reinhard Zimmermann sowie den Teilnehmern der Würzburger und Hamburger Diskussionen für wertvolle Anregungen.

1 Zur Relevanz der Thematik außerhalb des deutschsprachigen Diskurses bereits Hermann Kantorowicz, Legal Science – A Summary of its Methodology, 28 Colum. L. Rev. (1928), 679 ff.; aus jüngerer Zeit Shyamkrishna Balganesh, The Constraint of Legal Doctrine, 163 U. Pa. L. Rev. (2015), 1843 ff.; Thilo Kuntz, Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik, AcP 216 (2016), 866, 868 f.; Marietta Auer, Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht. Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriwahl in der Privatrechtswissenschaft, in: dies. u.a. (Hrsg.), FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2017, 509, 510. Dass es sich keineswegs nur um ein Binnenthema der deutschen Rechtswissenschaft handelt, zeigt auch die internationale Debatte über die auf der Internetpräsenz des Wissenschaftsrats abrufbare englischsprachige Übersetzung des Berichts zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“; vgl. German Council of Science and Humanities, Prospects of Legal Scholarship in Germany. Current Situation, Analyses, Recommendations, [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12\\_engl.pdf](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12_engl.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.11.2017); dazu etwa Michael Stürner, How International Should the German Einheitsjurist Be?, in: Christophe Jamin/William van Caenegem (Hrsg.), The Internationalisation of Legal Education, 2016, 119 ff.

wissenschaft zeichnet sich durch ein charakteristisches Gepräge aus, das man als dialektisch, um nicht zu sagen paradox bezeichnen könnte. Die altehrwürdige Rechtsdogmatik befindet sich als traditionelles „Herzstück“<sup>2</sup> der Rechtswissenschaft unter Beschuss und sieht sich mit einer Vielzahl von Forderungen nach verstärkter Berücksichtigung der Grundlagenfächer in der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre konfrontiert.<sup>3</sup> Diese Kritik befähigt derzeit jedoch vor allem einen Gegendiskurs, der sich mit der Möglichkeit, den Methoden und dem wissenschaftlichen Wert ebenjener Rechtsdogmatik befasst, ihre Bedeutung, Eigenständigkeit, ja Unersetzlichkeit gerade im Lichte der aktuellen Kritik betont und ihren Platz im Kanon der Rechtswissenschaften gezielt gegen den Strom der Zeit verteidigt.<sup>4</sup> Gleichzeitig bleiben die auf den ersten Blick naheliegenden, um nicht zu sagen wohlfeilen Forderungen nach stärkerer Grundlagenverwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft bei näherem Zusehen oft erstaunlich blass und vermögen die in sie gesetzten Erwartungen einer interdisziplinären und internationalen Neubegründung des rechtswissenschaftli-

- 2 *Matthias Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 117, 118, 124.
- 3 Repräsentativ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.11.2017); zustimmend *Thomas Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, JZ 2013, 697 ff.; *ders.*, Intra- oder Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: *Eric Hilgendorf/Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, 93 ff.; *Stefan Grundmann*, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, JZ 2013, 693 ff.; *Michael Stolleis*, Stärkung der Grundlagenfächer, JZ 2013, 712 ff.
- 4 Aus der Fülle der jüngeren Veröffentlichungen seien nur genannt: *Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok* (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010; *Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012; *Eberhard Schmidt-Assmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013; *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik. Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 2014, 641 ff.; *Matthias Jestaedt*, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1 ff.; zum Ganzen *Auer*, in: FS Canaris (Fn. 1), 509 ff. m.w.N.

chen Wissenschaftsanspruchs kaum zu erfüllen. Die geforderte Verstärkung der Grundlagenwissenschaften in Forschung und Lehre steht, etwa gemessen an der Häufigkeit entsprechend denominierter Professuren, in argem Kontrast zur tatsächlichen Prekarität ihrer Arbeitsbedingungen. Große Forschungsgelder fließen oft nicht dort, wo es um die sich um keinen Anwendungzwang scherende juristische Grundlagenforschung geht, und die vielfach beschworene Rückkehr zu den Grundlagenwissenschaften als verbindende Klammer der sich immer stärker ausdifferenzierenden juristischen Praxisfächer erweist sich allzu oft als bloßes Lippenbekenntnis.

Eine prominente wissenschaftsinstitutionelle Stimme, die vor diesem Hintergrund in jüngerer Zeit eine solche Rückkehr zu den juristischen Grundlagenwissenschaften als Garant des rechtswissenschaftlichen Wissenschaftsanspruchs angemahnt hat, ist der Wissenschaftsrat in seinem 2012 veröffentlichten Bericht zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“. Der Analyse des Wissenschaftsrats zufolge leidet die Rechtswissenschaft in Deutschland unter einer Gegenüberstellung von dogmatischen und Grundlagenfächern, die sich zunehmend als „dysfunktional“ erweise:

Die enge Kopplung der rechtswissenschaftlichen Forschung an die Professionsausbildung erklärt, weshalb Dogmatik und Rechtsanwendung einen zentralen Stellenwert einnehmen. Dabei gehört es zu den Spezifika der deutschen Rechtswissenschaft, dass Inhaber und Inhaberinnen von Lehrstühlen in den Grundlagenfächern in der Lehre auch dogmatische Fächer vertreten. In den vergangenen Jahrzehnten haben sich jedoch Gegenüberstellungen von dogmatischen und Grundlagenfächern einerseits sowie von theoretischer und anwendungsbezogener Forschung andererseits herausgebildet, die sich zunehmend als dysfunktional erweisen. In der Tendenz führen sie zur Isolierung einzelner Teilbereiche, sie sind daher der Einheit der Rechtswissenschaft abträglich. Eine (Rück-)Besinnung auf ihre gemeinsamen Fundamente schützt die Rechtswissenschaft vor einer hyperspezialisierten und kleinteiligen Forschung. Sie dient auch der Herstellung bzw. der Bewahrung der Einheit der Rechtswissenschaft und dient der Steigerung der Qualität rechtswissenschaftlicher Forschung. [...] Der Wissenschaftsrat empfiehlt vor diesem Hintergrund, den Bestand an Professuren in den Grundlagenfächern mindestens

tens zu sichern und im Falle eines Aufwuchses bevorzugt in diesen Fächern weitere zu schaffen.<sup>5</sup>

Im Folgenden ist zu zeigen, dass diese Analyse im Kern zutrifft. So gibt es in der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaftskultur tatsächlich eine schwer zu überwindende Tendenz zur antagonistischen Gegenüberstellung von Rechtsdogmatik und Grundlagenfächern, die im Ergebnis weder dem Wissenschaftsanspruch der einzelnen Teildisziplinen noch der Leistungsfähigkeit der Rechtswissenschaft als Gesamtdisziplin gerecht wird. Was könnte die Konsequenz aus dieser Einsicht sein? Hier soll der Versuch unternommen werden, den bisher meist vernachlässigten *Zwischenraum* zwischen Rechtsdogmatik und juristischen Grundlagenfächern zu kartographieren und ihn als Ort einer *neuen Rechtstheorie* zu beschreiben, deren Aufgabe es ist, die Erkenntnisansprüche der einzelnen juristischen Teildisziplinen mit den Methoden und Erkenntnissen anderer Wissenschaften und Fachkulturen zu einer multidisziplinären Rechtslehre zu verbinden und dadurch die dysfunktionale Kluft zwischen Dogmatik und traditioneller Grundlagenforschung zu überwinden.

Aus diesen Überlegungen folgt eine Neuverortung der Rechtstheorie als juristisches Grundlagenfach. Namentlich scheint es geboten, unter „Rechtstheorie“ künftig mehr zu verstehen als den durch die analytische Rechtsphilosophie der 1960er und 1970er Jahre geprägten Disziplinhalt. Nach diesem verbreiteten Begriffsverständnis handelt es sich bei der Rechtstheorie um eine analytische Zweig- oder Nebendisziplin der Rechtsphilosophie, deren Hauptinhalt allgemeine Überlegungen zu den fundamentalen Strukturen, zur Sprache und zum Begriff des Rechts bilden.<sup>6</sup> Dass dieses hergebrachte Verständnis indessen kaum noch als sinnstiftende Grundlage einer künftigen Interpretation

5 *Wissenschaftsrat, Perspektiven* (Fn. 3), 35 f.

6 In diesem Sinne Dietmar v. d. Pförtner, Was ist und wozu Rechtsphilosophie?, JZ 2004, 157, 160; ders., Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, 27 f.; ders., Rechtsphilosophie. Eine Einführung, 2013, 13 f.; in der Sache ähnlich, aber ohne disziplinäre Überordnung der Rechtsphilosophie Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie? (1975), in: ders., Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, 17, 18; Annette Brockmöller, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahr-

tion dieser Disziplin dienen kann, wird sogar von zeitgenössischen Rechtsphilosophen zugestanden. So konstatiert etwa *Eric Hilgendorf* in einem jüngeren Beitrag zur Lage der juristischen Grundlagenforschung einen „Stillstand in der deutschen Rechtstheorie, der sich u.a. in fruchtlosen Formalisierungen, Scholastifizierung und Themenarmut bemerkbar“ mache und „damit zum Symbol für eine Krise der Rechtsphilosophie und letztlich der gesamten juristischen Grundlagenforschung in Deutschland“ werde – wobei *Hilgendorf* bei aller schwarz-malerischer Drastik doch einen Silberstreif am Horizont zu erkennen glaubt: „In jüngster Zeit mehren sich allerdings Anzeichen, dass es gelingen könnte, die Sackgasse zu verlassen und neue Fragestellungen zu erschließen.“<sup>7</sup>

Dies entspricht der hier vertretenen Einschätzung. Die nachfolgenden Überlegungen zielen darauf ab, die Rechtstheorie als Basistheorie einer theoretisch anspruchsvollen Rechtswissenschaft zu beschreiben, die in der Lage ist, Rechtsdogmatik mit Philosophie sowie mit den Erkenntnissen und Methoden aller anderen klassischen juristischen Grundlagen- oder Nachbarwissenschaften wie Rechts- und Kulturvergleichung, Soziologie, Geschichte, Politikwissenschaft und Ökonomie, aber ohne weiteres auch mit fachferneren Wissensgebieten wie Medizin, Bio- oder Geowissenschaften zu verbinden. Worin liegt nun aber das Erkenntnisinteresse einer derart multidisziplinär und meta-

hundert in Deutschland, 1997, 13; *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 2; *Eric Hilgendorf*, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute, in: Winfried Brugger/Ulfried Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 3. Aufl. 2013, 111, 112; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: Winfried Hassemer/Ulfried Neumann/Frank Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, 1, 7 ff.; *Matthias Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Aufl. 2017, 19 (Rn. 7). Nach anderer, vorzugs würdiger Auffassung liegen die Begriffe dagegen auf verschiedenen Ebenen; insbesondere lässt sich die Rechtstheorie nicht rechtsphilosophisch reduzieren; so insbesondere *Thomas Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, 10 ff. (Rn. 16 f.); offen *Reinhard Zimmermann/Gerhard Wagner*, Vorwort: Perspektiven des Privatrechts, AcP 216 (2016), 1, 8 m.w.N. Zum Ganzen unter Berücksichtigung der Disziplingeschichte nachstehend III.1. bei Fn. 37 ff.

<sup>7</sup> Alle Zitate bei *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114.

rechtswissenschaftlich verfahrenden Rechtstheorie? Was ist der wissenschaftliche Mehrwert einer solchen auf den ersten Blick regellos bunten multidisziplinären Verbindung? Warum reicht es etwa nicht aus, rein dogmatisch zu arbeiten oder sich lediglich auf ein einziges Nebenfach zu beschränken? Die Antwort auf diese und weitere Fragen hängt letztlich davon ab, wie man das Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft grundsätzlich fassen will. Ausgangspunkt bildet dabei die Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenwissenschaften (II.). Auf dieser Grundlage ist im Folgenden eine Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Begriffsumfangs der Rechtstheorie im spannungsgeladenen Raum zwischen beiden Polen zu leisten (III.), bevor die Rechtstheorie als philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft neu verortet werden kann (IV.). Den Abschluss bilden drei exemplarische Fragestellungen, an denen sich der wissenschaftliche Ertrag einer theoretisch anspruchsvollen multidisziplinären Rechtswissenschaft konkret ablesen lässt (V.).