



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

54

Marietta Auer

**Zum Erkenntnisziel der
Rechtstheorie**

Philosophische Grundlagen
multidisziplinärer
Rechtswissenschaft



Nomos Verlag

**Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie**

**Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit**

**Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber †
und Edgar Michael Wenz †**

Heft 54

Marietta Auer

Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie

Philosophische Grundlagen
multidisziplinärer Rechtswissenschaft



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4849-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-9067-6 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorüberlegungen	7
II.	Rechtswissenschaft zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenfächern	13
1.	Rechtswissenschaft als Wissenschaft?	13
2.	Das „Dazwischen“ als Problem	16
3.	Der Standort der Rechtswissenschaft bei Hermann Kantorowicz	20
III.	Der aktuelle Begriffsumriss der Rechtstheorie	27
1.	Zur Disziplingeschichte der Rechtstheorie	28
2.	Bunte Theorie und Bastelei	33
3.	Themenverfall der klassischen Grundlagenforschung?	38
IV.	Rechtstheorie als philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft	43
1.	Funktionen der Rechtsphilosophie?	43
2.	Philosophie als Herkunftswissenschaft multidisziplinären Fragens	47
3.	Philosophie multidisziplinärer Rechtswissenschaft: Rechtstheorie	50
V.	Einzelfragen	57
1.	Recht und Moderne	57
2.	Recht und Methode	63
3.	Recht und Textualität	66
VI.	Ergebnisse	73

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 altbekannten¹ Debatte über den Wissenschaftscharakter der Rechts-

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

** Der vorliegende Band ist aus dem Vortrag der Autorin beim Würzburger Symposion zur Zukunft von Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsssoziologie 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 (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“² der Rechtswissenschaft unter Beschuss und sieht sich mit einer Vielzahl von Forderungen nach verstärkter Berücksichtigung der Grundlagenfächer in der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre konfrontiert.³ 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.⁴ 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/Heimluth 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 Lippensbekanntnis.

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 mindest-

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

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.⁶ Dass dieses hergebrachte Verständnis indessen kaum noch als sinnstiftende Grundlage einer künftigen Interpreta-

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

6 In diesem Sinne *Dietmar v. d. Pfordten, 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.“⁷

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/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 3. Aufl. 2013, 111, 112; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: Winfried Hassemer/Ulfrid 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, vorzugswürdiger 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.

7 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.).

II. Rechtswissenschaft zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenfächern

Wer nach dem Erkenntnisziel der Rechtstheorie fragt und dieses auf der wissenschaftstheoretischen Landkarte der Rechtswissenschaft verorten möchte, landet möglicherweise zunächst im Wasser. Denn in der gegenwärtigen wissenschaftstheoretischen Diskussion erscheint die Rechtswissenschaft nicht als sicher kartographiertes Festland, sondern eher als vage beschriebene Inselgruppe, als Nebeneinander von rechtsdogmatischen und Grundlagenfächern, deren Beziehung zueinander sowie jeweiliger Beitrag zum Wissenschaftsstatus des Fachs Rechtswissenschaft bzw. *Rechtswissenschaften* insgesamt ungeklärt ist, wobei die jüngst wieder häufiger gebrauchte Pluralform den ungeklärten Inselgruppenstatus bereits grammatisch ausweist.⁸ Es ist die alte Frage nach dem Beitrag von Dogmatik und Grundlagenfächern zu einer Rechtswissenschaft, die sich insgesamt als Wissenschaft versteht, dabei aber gerade im deutschsprachigen Raum nach wie vor die Rechtsdogmatik als ihr Kerngeschäft betreibt und sich damit einige auf den ersten Blick unlösbare wissenschaftstheoretische Probleme einhandelt.

1. Rechtswissenschaft als Wissenschaft?

Seit *Julius von Kirchmann* ist es wohlfeil, die Kontingenz einer auf das positive Recht beschränkten dogmatischen Rechtswissenschaft als Einwand gegen ihre Wissenschaftlichkeit zu verwenden;⁹ ein Einwand, der allerdings sogleich dadurch relativiert wird, dass ein allgemein konsentierter Begriff der „Dogmatik“ in der gesamten Diskussi-

8 Von Rechtswissenschaften im Plural sprechen namentlich *Matthias Jestaedt*, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: ders./Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 185, 195 ff.; *Gutmann*, Interdisziplinarität (Fn. 3), 108 f.

9 Klassisch *Julius v. Kirchmann*, Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848; dazu statt vieler *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht (Fn. 2), 122 ff.

on nicht existiert, ja noch nicht einmal klar ist, auf welcher Ebene – Inhalt, Methode, Form, Denkstil der Rechtswissenschaft – ein solcher Begriff überhaupt anzusiedeln wäre.¹⁰ So ist das Verhältnis von Dogmatik und Methode bis heute ebenso ungeklärt wie das Verhältnis von Dogmatik und Theorie, Dogmatik und System oder Dogmatik und Rechtspraxis. Weitgehende Einigkeit besteht nur darüber, dass Rechtsdogmatik auf eine methodische Aufbereitung des geltenden Rechts im Hinblick auf dessen Anwendung in der Praxis zielt, mithin unlösbar an die Rechtspraxis gebunden ist.¹¹ Aus diesem Befund folgt indessen gleich das nächste wissenschaftstheoretische Problem. Denn eine Rechtsdogmatik als „hybrides Format“¹² zwischen Wissenschaft und Praxis oder gar „Wissenschaft in Praxis“¹³ scheint jedenfalls auf den ersten Blick an einer erkenntnistheoretischen *contradictio in objecto* zu leiden: Was Theorie ist, kann schon begrifflich nicht Praxis sein und umgekehrt.¹⁴

Zwar bleibt bei genauerer Betrachtung von diesem Argument nichts bestehen. Wissenschaftstheoretisch ist es ebensowenig geboten, den Wissenschaftscharakter der rechtswissenschaftlichen Praxisanteile zu leugnen wie umgekehrt die dogmatischen Kernfächer der Rechtswissenschaft zum philosophischen System zu überhöhen. Ersteres verrät mit Blick auf den aus der aristotelischen Fünfteilung der Verstandestugenden stammenden Theorie-Praxis-Gegensatz einen gewissen un hinterfragten Aristotelismus,¹⁵ während letzteres seine Herkunft aus einem kantisch geprägten Wissenschaftideal nicht verbergen kann,

- 10 Dazu eingehend *Christian Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, 17, 21 ff. m.w.N.; vgl. auch *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1, 4 ff.; *Bumke*, *JZ* 2014, 641 ff.; zum Ganzen *Auer*, in: *FS Canaris* (Fn. 1), 511 ff.
- 11 Repräsentativ *Waldhoff*, Kritik und Lob (Fn. 10), 26; *Jestaedt*, *Wissenschaftliches Recht* (Fn. 2), 127 ff.; *ders.*, *JZ* 2014, 1, 5 f.; *Bumke*, *JZ* 2014, 641 ff.
- 12 *Jestaedt*, *Wissenschaftliches Recht* (Fn. 2), 137.
- 13 *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1, 5 ff.
- 14 Eingehend *Ralf Dreier*, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz (1978), in: *ders.*, *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 2. Aufl. 2015, 70, 79 ff.
- 15 Dazu *Ralf Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (1971), in: *ders.*, *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 2. Aufl. 2015, 48 ff.; zum Ganzen *Auer*, in: *FS Canaris* (Fn. 1), 513 ff.

das für das deutschsprachige Rechtswissenschaftsverständnis seit dem 19. Jahrhundert stilprägend war und dies in gewissem Grade bis heute geblieben ist.¹⁶ Dass indessen auch ganz andere rechtswissenschaftliche Selbstverständnisse möglich sind, enthüllt bereits ein Blick auf die ausgeprägte Theorie- und Systemaversion des Common Law, das in seiner einzelfallbezogenen Pragmatik ebenfalls auf einem unlösbareren, allerdings institutionell ganz anders als hierzulande eingefärbten Bezug zur Praxis der höchsten Gerichte beruht und darin keineswegs ein Problem mangelnder Wissenschaftlichkeit erkennt:¹⁷ „Science is a first-rate piece of furniture for a man’s upper chamber if he has common sense on the ground floor.“¹⁸ Dies lässt sich wissenschaftstheoretisch validieren, da es keinerlei analytische Prüfkriterien gibt, auf deren Grundlage es möglich wäre, einer bestimmten, paradigmatisch verfestigten Wissenschaftspraxis einer bestimmten Denkgemeinschaft den Wissenschaftscharakter abzusprechen. Dabei kommt es weder auf die beteiligten Praktiker noch auf das methodische Selbstverständnis einer gegebenen Wissenschaftskultur an.¹⁹

Und dennoch hinterlässt der begriffliche Theorie-Praxis-Antagonismus gerade wegen der Dominanz dogmatisch-praxisbezogener Denkstile in der gegenwärtigen deutschsprachigen Rechtswissenschaft eine Leerstelle, die dort, wo eine theoretische Methodik der Rechtswissenschaft oder Rechts-Theorie zu verorten wäre, eine Abwesenheit markiert. Abhilfe kann insoweit auch die hergebrachte juristische Methodenlehre nicht leisten. Schlägt man die gängigen Lehrbücher auf, stößt man nämlich auch dort in aller Regel sogleich wieder auf dasselbe Theorie-Praxis-Dilemma, da sich die hergebrachte juristische Methodenlehre üblicherweise nur mit der Methodik kunstgerechter Rechtsanwendung und damit wiederum nur mit der Methode der *Rechtspraxis*

- 16 Dazu etwa *Franz Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Rüdiger Bubner u.a. (Hrsg.), FS für Hans-Georg Gadamer, 1970, 311, 314 f.; *Bumke*, JZ 2014, 641, 642 ff.; *Auer*, in: FS Canaris (Fn. 1), 514 f.
- 17 Zur Denkweise des Common Law *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, 264 ff. (Rn. 41 ff.).
- 18 So treffend Oliver Wendell Holmes Sr., Vater des amerikanischen Klassikers, zitiert nach *Hein Kötz*, Ein Leben als undogmatischer Jurist, ZEuP 2011, 94, 108.
- 19 Dazu näher *Auer*, in: FS Canaris (Fn. 1), 515 ff. m.w.N.

xis befasst. Kapitel über rechtswissenschaftliche Theoriebildung oder Wissenschaftstheorie sucht man in solchen Werken hingegen meist vergeblich.²⁰

2. Das „Dazwischen“ als Problem

Als Ausgangsbefund ist damit ein Selbstverständnis von Rechtswissenschaft festzuhalten, das von einem schwer überbrückbaren methodischen und erkenntnistheoretischen Bruch zwischen Rechtsdogmatik und juristischen Grundlagenfächern wie Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Rechtsökonomik gekennzeichnet ist. Dieser Bruch ist zum einen ein methodischer, der die divergierenden Erkenntnisansprüche der normativ-rechtsimmanenten Dogmatik einerseits und die der empirischen und analytischen Nachbarwissenschaften wie Philosophie, Soziologie, Geschichte oder Ökonomie andererseits auf den ersten Blick klar voneinander trennt. Der Bruch verläuft zum anderen aber auch quer durch den Wissenschaftsanspruch der Rechtswissenschaft als Gesamtdisziplin, weil sie ihre Selbstzweifel bezüglich des Wissenschaftscharakters der Rechtsdogmatik gerade in der Konfrontation mit den Grundlagenfächern kaum jemals abschütteln kann.

An dieser Stelle richtet sich der erwartungsvolle Blick dann meist auf ebendiese Grundlagenfächer, deren Beitrag zur Wissenschaftlichkeit der Gesamtdisziplin schon auf den ersten Blick durch den nötigen Methodenimport aus zweifelsfrei wissenschaftlichen Nachbarfächern verbürgt zu sein scheint. So fordert der Wissenschaftsrat, nachdem er

20 Repräsentativ zur Selbstbeschränkung der juristischen Methodenlehre *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, 26 (Rn. 15 f.): „Im Gegensatz zu Methodologie ist Methodenlehre keine Wissenschaft von den Methoden, sondern eine Handwerkslehre: eine handwerkliche Lehre über Methoden. [...] Methoden der Rechtsanwendung und Methoden rechtswissenschaftlicher Arbeit sind nicht voll deckungsgleich.“ Einen Gegenentwurf bildet namentlich *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 6). Zur Disziplinbezeichnung „Allgemeine Rechtslehre“ näher nachstehend bei Fn. 40 ff.

seitenlang durch den Nebel seiner eigenen Charakterisierung der Rechtsdogmatik zwischen praktischer Professionsausbildungswissenschaft und doch unbestreitbar dauerhafter normativer Prinzipienwissenschaft manövriert ist, dass die Rechtswissenschaft auf interdisziplinäre Bezüge jedenfalls nicht verzichten können, weil sie ihren eigenen Gegenstand, nämlich das Recht – etwas zugespitzt – letztlich nur unter Inanspruchnahme *fachfremder* Erkenntnisperspektiven sachgerecht erschließen könne:

Wenn die Rechtswissenschaft geschichtswissenschaftliche, linguistische, philosophische, sozial-, politik- und wirtschaftswissenschaftliche, psychologische, kriminologische und weitere Perspektiven integriert, schöpft sie aus dem Methodenrepertoire der entsprechenden Bezugswissenschaften. Auch dadurch richtet sie unterschiedliche Erkenntnisperspektiven auf ihrem Gegenstand und entfaltet so die Vielzahl der Bedeutungsdimensionen des Rechts (Entstehungs- und Geltungsbedingungen, rechtliche Durchdringung vielfältiger Lebensbereiche und sozialer Sphären, Tragfähigkeit und Belastbarkeit von Normen, Fragen der Gerechtigkeit usw.). Die Rechtswissenschaft kann deshalb auf interdisziplinäre Bezüge nicht verzichten.²¹

Nimmt man das wörtlich, ist es allerdings ein Armutszeugnis für die Rechtswissenschaft als Wissenschaft, und damit ist wiederum, nur in moderneren Worten, der *Kirchmannsche* Kern des wissenschaftstheoretischen Problems der Rechtswissenschaft freigelegt. Im Folgenden wird zwar zu zeigen sein, dass der Wissenschaftsrat mit seinen Überlegungen zur notwendigen Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft im Grunde eine richtige Intuition verfolgt. Zunächst reißt er jedoch den Graben zwischen Rechtsdogmatik und interdisziplinärer Grundlagenforschung nochmals besonders pointiert auf und treibt damit beide Teilbereiche der Gesamtdisziplin in einen Antagonismus hinein, der zwar für viele Stellungnahmen in der neueren wissenschaftstheoretischen und rechtspolitischen Diskussion paradigmatisch, zugleich aber zutiefst unglücklich ist, weil er weder dem Verhältnis von Dogmatik und Grundlagen zueinander noch dem wissenschaftlichen Potential der Rechtswissenschaft insgesamt gerecht wird. Die Frage „Dogmatik

21 Wissenschaftsrat, Perspektiven (Fn. 3), 29.

oder Grundlagenwissenschaften“ ist schlicht zu unterkomplex, um sinnvolle Schlüsse auf den wissenschaftlichen Standort der Rechtswissenschaft oder erst recht Antworten auf konkrete Folgefragen zu erlauben, mit denen Rechtswissenschaftler alltäglich konfrontiert sind, wenn es etwa um die Förderung von Forschungsvorhaben oder um die Bildung von Forschungsallianzen geht.

Und das gilt sowohl aus der Perspektive einer sich im Kern rechtsdogmatisch verstehenden als auch einer primär grundlagenorientierten Konzeption von Rechtswissenschaft, deren jeweilige Sichtweisen auf den Antagonismus zwischen beiden Teildisziplinen typischerweise gleichermaßen unbefriedigend sind. Stellvertretend für eine dogmatikzentrierte Perspektive beschwört etwa *Matthias Jestaedt* die Gefahr eines „disziplinären Isolationismus“ der Rechtsdogmatik, neben deren Dominanz die marginalisierten Grundlagenfächer zunehmend zu bloßen „Ergänzungs-, Ancilliär- oder gar Folklorewissenschaften“ herabzusinken drohten.²² Strukturell vergleichbar organisiert auch *Stephan Lorenz* das Verhältnis von Dogmatik und Grundlagen, indem er sich gegen die weitere „Vergeisteswissenschaftlichung“ der Rechtswissenschaft wendet und deren wissenschaftlichen Schwerpunkt nach wie vor ganz klassisch in einer „rechtshistorisch, rechtstheoretisch, rechtsphilosophisch, ökonomisch und rechtsvergleichend kontextualisierten Dogmatik“ verorten möchte.²³ Genauso meinungsstark wird die Differenz zwischen beiden Teildisziplinen aber auch aus der Gegenrichtung von solchen Autoren beschrieben, die gerade nicht die Dogmatik, sondern vielmehr die Grundlagenfächer in den Mittelpunkt ihrer Rechtswissenschaftskonzeption stellen. Das gilt nicht nur für den bereits zitierten Wissenschaftsrat, sondern etwa auch für den Rechtsphilosophen *Thomas Gutmann*, der das „Zentrum-Peripherie-Modell einer um die Dogmatik kreisenden Rechtswissenschaft“ aus der Perspektive der Grundlagenfächer nicht minder bildmächtig als die Vertreter der Ge-

22 *Jestaedt*, JZ 2014, 1, 4.

23 *Stephan Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, JZ 2013, 704, 708.

genposition als „in etwa so relevant und tragfähig wie das geozentrische Weltbild seit 1650“ einschätzt.²⁴

Das Problem ist aber, dass sich all diese Stellungnahmen eben auch *einschließlich* der zuletzt genannten allesamt nicht von der dualistischen Fassung des Problems „Dogmatik versus Grundlagen“ lösen können. Es bleibt immer bei der Konstatierung einer wie auch immer gearteten Relation *zwischen* beiden Bereichen, und die Frage, was das zwischen beiden Polen entstehende *Dazwischen* denn nun konkret bedeutet, *wie* also Dogmatik und Grundlagenwissenschaften im Einzelnen interagieren, wie sie jeweils zur Leistungsfähigkeit des Gesamtfelds der Rechtswissenschaften beitragen, bleibt weitgehend unbeantwortet oder wird allenfalls in Ansätzen thematisiert – etwa bei *Gutmann* im Hinblick auf die Frage nach den tatsächlichen Voraussetzungen oder real existierenden „Produktionsverhältnissen“ gelingender Interdisziplinarität.²⁵ Auch daraus folgt indessen noch keine Antwort etwa auf die Frage, wie es denn konkret gelingen soll, der hochschulpolitisch drohenden „Verfachhochschulung“ der anwendungsbezogenen Rechtsdogmatik ausgerechnet auf der Grundlage komplexer sozial- oder geisteswissenschaftlicher Theorieansätze zu begegnen.²⁶

Insgesamt bleiben also selbst die modernsten Modelle eines pluralistischen Rechtswissenschaftskosmos bei einem letztlich ungeklärten Nebeneinander von Dogmatik und Grundlagenfächern stehen. Man hat es, um im Bilde zu bleiben, bei fast allen aktuellen Diskursangeboten nur mit einer Wahlmöglichkeit zwischen geozentrischem oder heliozentrischem Weltbild zu tun – was sich jedoch *zwischen* den kreisenden Planeten im Weltall abspielt, erfährt man nirgendwo. Und genau dies ist es wohl, was der Wissenschaftsrat in einem tieferen Sinne mit seiner Kritik an der „dysfunktionalen Gegenüberstellung“ von Dogmatik und Grundlagenfächern meint, ohne allerdings seinerseits eine Lösung für das Verbindungsproblem anbieten zu können. Worin

24 *Gutmann*, Interdisziplinarität (Fn. 3), 109.

25 Zu denen Gutmann zufolge wenig überraschend zunächst einmal *disziplinäre* Exzellenz zählt; vgl. *Gutmann*, Interdisziplinarität (Fn. 3), 109 ff.

26 Dazu nur *Wissenschaftsrat*, Perspektiven (Fn. 3), 39, 54 f.; kritisch bereits *Lorenz*, JZ 2013, 704, 707 f.

liegt denn nun ganz konkret der Mehrwert einer solchen Verbindung? Die Antwort lautet, etwas beschämend: Wir wissen es bis heute nicht so genau.

3. Der Standort der Rechtswissenschaft bei Hermann Kantorowicz

Um diese Einsicht noch mit einem kurzen Exkurs in die Rechtswissenschaftsgeschichte zu untermauern, sei abschließend ein wissenschaftspluralistisches Konzept der Rechtswissenschaft aus der Feder des meist nur als Gründer der Freirechtsschule bekannten Rechtshistorikers und Rechtswissenschaftstheoretikers *Hermann Kantorowicz* vorgestellt. *Kantorowicz*' Einteilung der gesamten Rechtswissenschaft – „division of the whole of legal science“ – aus dem Jahre 1928 wirft noch einmal ein Schlaglicht auf die bisherigen Überlegungen. Hier sei sie zudem als kleiner Beitrag zur längst fälligen Wiederentdeckung ihres Autors als Klassiker der Rechtswissenschaftstheorie wiedergeben.²⁷

27 *Kantorowicz*, 28 Colum. L. Rev. (1928), 679, 691; Kursivierungen im Original. Zu *Kantorowicz* als Wissenschaftstheoretiker näher *Marietta Auer*, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, ZEuP 2015, 773, 802 ff. m.w.N.

	<i>Constructive branches (dealing with the objective meaning of law)</i>	<i>Empirical branches (dealing with the realization of law)</i>	<i>Deontological branches (dealing with the value of law)</i>
<i>Systematical cognition of law in general</i> (constitutional, penal, commercial, maritime law, etc.)	General Jurisprudence	Sociology of the Law	Philosophy of the Law
<i>Individualizing cognition of a particular law</i> (Roman, English, German, European law, etc.)	Particular Jurisprudence	Historical Jurisprudence	Legislative Jurisprudence

Die gesamten Rechtswissenschaften sind hier in Form einer sechs-gliedrigen Matrix rechtswissenschaftlicher Teildisziplinen dargestellt, die sich je nach Art ihres erkenntnistheoretischen Zugriffs in drei Gruppen von je zwei Fächern ordnen lassen, nämlich in *konstruktive*, *empirische* und *deontologische* Wissenschaften einerseits und in *systematisch-generelle* und *partikular-spezifie* Einzeldisziplinen andererseits. Nach dieser Systematik befinden sich in der linken Spalte, die den „konstruktiven“ Disziplinen zugewiesen ist, diejenigen Fächer, die im deutschsprachigen Diskurs als Dogmatik bezeichnet werden. Hier wartet bereits die erste Überraschung: *Die Rechtsdogmatik* als einheitliche Disziplin gibt es nicht. *Kantorowicz* geht vielmehr im Bereich der Rechtsdogmatik ebenso von einem fachspezifisch differenzierten Pluralismus aus wie im Bereich der übrigen Teildisziplinen und der Gesamtdisziplin. Von besonderem Interesse ist dabei der Standort, den *Kantorowicz* der „General Jurisprudence“ als allgemeinem Teil der dogmatischen Rechtswissenschaften neben den dogmati-

ischen Einzelwissenschaften verschiedener Rechtsordnungen einräumt. Übersetzen lässt sich „General Jurisprudence“ näherungsweise als „Allgemeine Rechtslehre“, die – worauf zurückzukommen sein wird – in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts auch im deutschsprachigen Rechtsdiskurs als übliche Disziplinbezeichnung für einen theoretischen allgemeinen Teil der *Rechtsdogmatik* fungierte, der sich mit begrifflichen und strukturtheoretischen Fragen des Rechts befasste, die heute zumeist der Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie zugerechnet werden.²⁸

Kantorowicz’ Wissenschaftsmatrix, die den Begriff „Rechtstheorie“ nicht kennt, eignet sich also hervorragend dazu, sich über den heutigen Standort dieser Disziplin zwischen binnendogmatischem Theoriefundament und außerdogmatischer Grundlagenforschung und damit genau über das „Dazwischen“ Gedanken zu machen, das in der aktuellen Diskussion nach wie vor seiner Verortung harrt. Seit *Kantorowicz*’ Entwurf sind gerade neunzig Jahre vergangen. Die rechtswissenschaftliche Landkarte hat sich seitdem aber – im deutschsprachigen Diskurs bereits äußerlich ablesbar am Auftauchen und Verschwinden der Disziplinbezeichnung „Allgemeine Rechtslehre“ – gerade in den Bereichen verschoben, die in der heutigen Diskussion über den Standort der Rechtstheorie die meisten Fragen aufwerfen. Dies gilt auch mit Blick auf die mittlere und rechte Fachsäule, die in *Kantorowicz*’ Schema den empirischen und deontologischen Grundlagenwissenschaften Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtspolitik vorbehalten sind. Kritikwürdig ist an dieser Verortung aus heutiger Perspektive vieles: Weder lässt sich die moderne Rechtsphilosophie als rein deontologische, noch lassen sich „Legislative Jurisprudence“ oder Rechtspolitik überhaupt als eigenständige rechtswissenschaftliche Teilwissenschaften bezeichnen.²⁹ Auch das Verhältnis von Rechts-

28 Dazu näher nachstehend III.1. bei Fn. 39 ff.

29 Was freilich nicht deren Bedeutung schmälert. Inhaltlich dürfte das Feld der „Legislative Jurisprudence“ heute von normativen Ansätzen der Rechtsökonomik besetzt sein. Beispielhaft hierfür steht die breite jüngere Debatte über „Nudging“ bzw. verhaltensökonomisch begründete Regulierungsmodelle; vgl. *Richard H. Tha-*

soziologie und Rechtsgeschichte ist durch die Kriterien der Generalität und Spezialität offensichtlich nur unzulänglich beschrieben.

Und dennoch bleibt *Kantorowicz*' Modell bis heute als Impulsgeber für die aktuelle Diskussion über den Rechtswissenschaftsbegriff bedenkenswert. Der Grund dafür liegt im vorausgesetzten wissenschaftstheoretischen Anspruch, nicht nur eine deskriptive Flächenkarte der einzelnen rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen zu entwerfen, sondern deren jeweilige Erkenntnisansprüche vielmehr vor dem Hintergrund einer neukantianischen Erkenntnistheorie als *notwendige, abschließende und aufeinander bezogene* Erkenntnisansprüche innerhalb der Gesamtdisziplin miteinander zu verbinden. *Kantorowicz*' Sechsteilung der Rechtswissenschaften verweist auf einen neukantianischen Trialismus der Weltzugänge, der den geläufigen kantianischen Dualismus von Sein und Sollen in Anlehnung an Vorarbeiten *Radbruchs* in einen Dreischritt von Sein, Sollen und Sinn bzw. – in *Kantorowicz*' Terminologie – Da-Sein, Dasein-Sollen und So-Sein erweitert.³⁰ Jede dieser Weltzugänge sind jeweils korrespondierende Wissenschaftsbereiche zugewiesen. So ist die Erforschung des Seins Gegenstand der empirischen Natur- und Sozialwissenschaften, die des Sollens hingegen Aufgabe der auf der Grundkategorie „Geltung“ beruhenden Normwissenschaften wie Ethik oder Ästhetik. Die dritte Domäne des Sinns oder So-Seins ist nach *Kantorowicz* schließlich den von ihm so genannten „rationalen Konstruktionswissenschaften“ wie Logik und Mathematik zugeordnet, die sich mit der Erforschung der durch menschliche Artefakte geschaffenen Sinn- und Bedeutungssphären befassen.³¹

ler/Cass R. Sunstein, Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, 2008; Cass R. Sunstein, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism, 2014; ders., Choosing Not to Choose. Understanding the Value of Choice, 2015; zur Rezeption und Kritik aus deutschsprachiger Sicht Philipp Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität. Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, 2017.

30 Dazu näher Auer, ZEuP 2015, 773, 802 ff.

31 *Kantorowicz*, 28 Colum. L. Rev. (1928), 679, 682 ff.: „sciences of reality“, „sciences of value“ sowie „sciences of objective meaning“.

Wohin gehört nun die Rechtswissenschaft? Wesentlich ist, dass *Kantorowicz* die Rechtswissenschaft gerade nicht – wie man auf den ersten Blick annehmen könnte – in ihrer Gesamtheit als „rationale Konstruktionswissenschaft“ in die zwischen Sein und Sollen angesiedelte Zwischensphäre des „Sinns“ einordnet. Diese Einordnung gilt vielmehr – wie sich der obigen Matrix direkt entnehmen lässt – nur, aber immerhin für die „konstruktiven“ rechtsdogmatischen Wissenschaften.³² Sie gilt hingegen ausdrücklich *nicht* für die empirischen und deontologischen Grundlagenfächer Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie und Rechtspolitik, die nach ihrem jeweiligen Erkenntnisinteresse auf die beiden anderen Gegenstandswelten des „Seins“ oder „Sollens“ zielen und sich damit fundamental vom sinnkonstruktiven Erkenntnisinteresse der Rechtsdogmatik unterscheiden. Die Rechtswissenschaft liegt damit aufgrund der umfassenden Struktur ihrer Fragestellungen quer zum neukantianischen Trialismus: Sie kann in ihrem Wissenschaftscharakter mit Blick auf die Gleichwertigkeit aller drei Weltzugänge im neukantianischen Modell nur angemessen erfasst werden, wenn ihre pluralen Erkenntniszugänge in ihrer gesamten Breite genutzt werden. Schon daraus folgt, dass sich die Grundlagenfächer nicht auf eine bloße Hilfsfunktion gegenüber der Dogmatik reduzieren lassen, sondern vielmehr selbständig und gleichberechtigt neben dieser stehen.

Kantorowicz verdeutlicht das anhand des folgenden anschaulichen Beispiels:

„A solicitor explains to his clients: ‘(1) Your case is covered by an old but still valid statute, if rightly interpreted, and therefore you ought to win; (2) but this statute is contrary to our modern ideas and therefore appears unjust; (3) consequently, as I happen to know Judge Brown, he will interpret it in so narrow a way, that you will lose.’ Here

32 *Kantorowicz*’ Matrix wiederholt den neukantianischen Trialismus in ihrer dreispaltigen Binnenstruktur. Genau genommen verfährt *Kantorowicz*’ Wissenschaftsmodell also *doppelt* dreiteilig: Dreiteilig ist sowohl die Gesamtgliederung aller Wissenschaften als auch die „fraktale“ Binnengliederung der Rechtswissenschaften. *Kantorowicz* scheint davon auszugehen, dass es sich bei dieser Binnenstruktur um ein Proprium der Rechtswissenschaft handelt; jedenfalls schreibt er anderen Wissenschaften keine entsprechende Struktur zu.

phrase 1 deals with objective meaning, phrase 2 with a value, phrase 3 with reality. Ordinary lawyers perceive nothing but the first aspect of their vocation, the philosophers of natural law were hypnotized by the second, and the modern so-called ‘sociological’ tendency in Europe and in America (Ehrlich, Holmes) inclines to consider the third aspect alone. In the present discussion all three shall be analyzed and its due given to each of them.”³³

Die Pluralform der Rechtswissenschaften ist, mit anderen Worten, erkenntnistheoretische Bedingung ihrer Möglichkeit. Diese schon bei *Kantorowicz* nachlesbare Erkenntnis befindet sich bis heute auf der Höhe der Zeit.

Muss man dafür Neukantianer sein? Das ist zu verneinen, wenn man *Kantorowicz*’ Modell im Einklang mit den aktuellen Petita des Wissenschaftsrats lediglich als Grundlage eines egalitären Rechtswissenschaftspluralismus deutet, der von einem gleichberechtigten, weder die Dogmatik noch die Grundlagenfächer privilegierenden Nebeneinander aller Teildisziplinen ausgeht. *Kantorowicz* geht darüber jedoch einen entscheidenden Schritt hinaus, indem er nicht nur die Gleichwertigkeit, sondern durch Inanspruchnahme des neukantianischen Weltmodells die *notwendige und abschließende Verbindung* der Erkenntnisansprüche aller Einzeldisziplinen als Teil einer holistischen Weltsicht beansprucht. An dieser Stelle gilt es Farbe zu bekennen. Denn dieser weitere Schritt ist nicht ohne die Voraussetzung einer letztlich nur metaphysisch zu begründenden Vorstellung von der Existenz und Beschaffenheit eines Seins- oder Erkenntniszusammenhangs der Weltgesamtheit zu haben.³⁴ Wenn sich die Tragfähigkeit des neukantianischen Trialismus aus heutiger Sicht auch mit guten Gründen

33 *Kantorowicz*, 28 Colum. L. Rev. (1928), 679, 682.

34 *Kantorowicz*’ Fassung des neukantianischen Trialismus ist zwar gegenüber dessen ursprünglicher Fassung durch Emil Lask und Gustav Radbruch bereits insoweit metaphysisch „entschärft“, als *Kantorowicz* von „Sinn“ statt „Wert“ spricht und sich damit die auf dem wertbezogenen Begriff der „Rechtsidee“ fußende neukantianische Rechtsmetaphysik gerade nicht zueigen macht; dazu näher *Auer*, ZEuP 2015, 773, 803. Dennoch entkommt *Kantorowicz* nicht der schwächeren, aber immer noch metaphysischen Annahme eines universellen Welterkenntniszusammenhangs.

bezweifeln lässt, so eignet sich *Kantorowicz*' Entwurf doch gerade insoweit, um eine Leerstelle innerhalb des aktuellen rechtswissenschaftstheoretischen Diskurses zu markieren. Denn die Frage nach dem Sinn und Zweck interdisziplinären rechtswissenschaftlichen Arbeitens verweist – worauf zurückzukommen sein wird – unweigerlich auch dann auf die Vorfrage nach der Einheit alles Erkennens zurück, wenn man letztere für nicht beantwortbar hält: Keine Physik ohne Metaphysik. Es liegt dann in der Hand jedes einzelnen interdisziplinär arbeitenden Rechtswissenschaftlers, sich über das implizit vorausgesetzte Weltbild seines eigenen Erkenntnisanspruchs Rechenschaft abzulegen.

III. Der aktuelle Begriffsumriss der Rechtstheorie

Vor dem Hintergrund von *Kantorowicz*' Rechtswissenschaftsmodell stellt sich die Ausgangsfrage nach Zweck, Struktur und Mehrwert einer interdisziplinären Verbindung von Rechtsdogmatik und Grundlagenwissenschaften damit nochmals mit vertiefter philosophischer Schärfe. Bevor diese Frage im nachfolgenden Abschnitt weiterverfolgt werden kann, gilt es allerdings, sich ihr zunächst aus der Gegenrichtung zu nähern und den bislang nur negativ umrissenen Zwischenraum zwischen Dogmatik und Grundlagenfächern, also das „Dazwischen“, das auf der interdisziplinären Seekarte derzeit in unkartographierten Gewässern fernab der disziplinär vermessenen Küstenlinien der anerkannten Teildisziplinen liegt, nochmals genauer in den Blick zu nehmen.

Gibt es einen solchen Zwischenraum überhaupt? Das wäre zu verneinen, wenn sich die einzelnen juristischen Teildisziplinen gemäß ihren Methoden und Erkenntniszielen in der Praxis ebenso klar und fugenlos voneinander trennen ließen wie dies theoretisch – beispielhaft etwa in *Kantorowicz*' Modell – möglich zu sein scheint. Bei näherer Betrachtung ist eine solche klare Trennung indessen unmöglich. Bereits die Kluft zwischen Dogmatik und Grundlagenfächern lässt sich keineswegs ohne weiteres auf die Divergenzen zwischen ihren jeweiligen Methoden und Erkenntniszielen zurückführen. So verweisen zahllose dogmatische Begründungszusammenhänge auf außerrechtliche empirische Gegebenheiten oder normative Wertungen, ohne dass eine Grenzziehung zwischen inner- und außerrechtlichen Argumentationsbestandteilen auch nur im Ansatz möglich wäre; viel spricht dafür, dass es eine solche Grenze nicht gibt.³⁵ Die methodische und erkenntnistheoretische Zerrissenheit, die Dogmatik und Grundlagenfä-

35 Nach *Zimmermann/Wagner*, AcP 216 (2016), 1, 12 ist es möglicherweise „das Markenzeichen einer aufgeklärten Rechtsdogmatik, dass sie die Erkenntnisse der anderen Perspektiven in sich aufnimmt.“ Dazu am Beispiel der zivilrechtlichen Generalklauseln *Marietta Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, 2005, 155 f., 212 ff. und *passim*.

cher auf den ersten Blick in zwei klare Lager spaltet, setzt sich jedoch nicht nur innerhalb der Dogmatik fort. Sie potenziert sich auch innerhalb der Grundlagenfächer, und zwar gerade in jüngerer Zeit nochmals verstärkt mit den gestiegenen wissenschaftstheoretischen Ansprüchen, die an diese herangetragen werden.

Exemplarisch lässt sich das anhand der Binnenstruktur der jüngeren Rechtstheorie nachvollziehen. So ist seit einiger Zeit zu beobachten, dass die nur in der Theorie eindeutig unterscheidbaren Erkenntnisansprüche der Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsökonomik usw. in der Praxis mehr und mehr zu einem bunten Gemisch von *law-and-Bindestrichwissenschaften* verschwimmen, die keine trennscharfen Fachgrenzen mehr zulassen. Die klassischen Grundlagenfächer weichen zunehmend einer neudefinierten, geradezu katholisch-allumfassenden „Rechtstheorie“, die sich als Oberbegriff für nahezu jegliche Art intra- oder interdisziplinärer Grundlagenforschung eignet und unter deren Flagge seit einiger Zeit eine eklektizistische Theoriekultur entstanden ist, die sich gewissermaßen als das genaue Gegenteil einer *Kelsenschen Reinen Rechtslehre* beschreiben lässt: Rechtstheorie ist *Unreine Rechtslehre*.³⁶

1. Zur Disziplingeschichte der Rechtstheorie

Diese dynamische, von typischen Binnenspannungen geprägte Entwicklung der gegenwärtigen Rechtstheorie ist nicht ohne Berücksichtigung ihres wissenschaftshistorischen Hintergrunds zu verstehen. Aufschlussreich ist dabei insbesondere die Entwicklung der Rechtstheorie in ihrem in ständigem Wandel befindlichen Konkurrenzverhältnis zur Rechtsphilosophie. Wissenschaftshistorisch stellt die Rechtsphilosophie zweifelsohne die ältere und bedeutsamere Disziplin dar. Sie entstand im Umfeld von *Kants Metaphysik der Sitten* um die

36 A.A. dezidiert *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, 69 ff.; wie hier dagegen *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 11 (Rn. 16 mit Fn. 48).

Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert und trat im Laufe des 19. Jahrhunderts die Erbschaft des zuvor herrschenden Vernunftrechts an.³⁷ Bis heute fungiert sie als leitende Disziplinbezeichnung für die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts sowie für Theorien eines vernünftigen, richtigen, natürlichen oder absoluten Rechts.³⁸ Fast zeitgleich entstand während des 19. Jahrhunderts als systematischer Nebenertrag der zivilistischen Pandektenwissenschaft jedoch noch ein zweites Konzept theoretischer Reflexion über das Recht, das sich in dezidiertter Abgrenzung zu philosophischen Gerechtigkeitslehren als nichtphilosophische allgemeine Theorie des positiven Rechts und der dogmatischen Rechtswissenschaft verstand.³⁹ Um 1900 verdichteten sich diese Theorieansätze unter der Bezeichnung „Allgemeine Rechtslehre“ erstmals zu einer eigenständigen Disziplin, die nicht als philosophische Rechtslehre, sondern – wie es bei *Kantorowicz* exemplarisch zum Ausdruck kommt – als allgemeiner Teil der *dogmatischen Rechtswissenschaft* begriffen wurde.⁴⁰

Die Frage nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts konnte also schon im Laufe des 19. Jahrhunderts nicht mehr ausschließlich als philosophische Frage, sondern musste, wollte sie wissenschaftlich

37 Zur Disziplingeschichte der Rechtsphilosophie *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 16 ff. (Rn. 24 ff.); *v. d. Pförtchen*, Rechtsethik (Fn. 6), 39 ff.

38 Etwa bei *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 18; *Brockmöller*, Entstehung (Fn. 6), 13; *Jestaedt*, Theorie (Fn. 36), 53; *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 16 (Rn. 25); *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 112; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 19 (Rn. 7). Entgegen *v. d. Pförtchen*, Rechtsethik (Fn. 6), 39, 60 ff. sind im jüngeren Diskurs keine Anzeichen für eine Verdrängung der Disziplinbezeichnung „Rechtsphilosophie“ durch den Kunstbegriff „Rechtsethik“ ersichtlich.

39 Grundlegend *Brockmöller*, Entstehung (Fn. 6); vgl. auch *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 18 ff.; *ders.*, Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie – und wieder zurück?, in: Rainer Grote u.a. (Hrsg.), FS für Christian Starck, 2007, 21, 26 f.

40 Zu Inhalt und Umriß der „Allgemeinen Rechtslehre“ der Jahrhundertwende, insbesondere zur rechtsdogmatischen Zuordnung eingehend *Andreas Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, 2004, 2 und *passim*; vgl. auch *Brockmöller*, Entstehung (Fn. 6), 13 f.; *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 18, 27; *ders.*, in: FS Starck (Fn. 39), 24, 29; *v. d. Pförtchen*, Rechtsethik (Fn. 6), 27. Das gegenwärtige Begriffsverständnis bei *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 6) setzt hingegen breiter an und schließt u.a. allgemein-wissenschaftstheoretische Fragen mit ein.

ernstgenommen werden, zumindest auch als Frage der Wissenschaft des positiven Rechts, und das heißt: als an die *Rechtsdogmatik* gebundene Forschungsfrage behandelt werden. Das resultierende janusköpfige, ambivalente Nebeneinander von Rechtsphilosophie und Allgemeiner Rechtslehre, die den Raum zwischen positivrechtlicher Rechtsdogmatik und Fachphilosophie seit dem 19. Jahrhundert nur noch gemeinschaftlich bewirtschaften konnten, zeigt dies sehr anschaulich.⁴¹ Bemerkenswert ist dabei insbesondere, dass der disziplinäre Bruch zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie durch die zu seiner Überwindung geschaffene neue Zwischendisziplin weniger aufgehoben als vielmehr in den Binnenraum der neuen Disziplin verschoben und zugleich nochmals an den Rändern der alten Herkunftsdisziplinen verdoppelt wurde.⁴² So war der Gegenstandsbereich der Allgemeinen Rechtslehre von Anfang an durch den schwer zu definierenden und entsprechend umstrittenen Anspruch gekennzeichnet, große Zusammenhänge, allgemeine Strukturen, Prinzipien und Begriffe des Rechts zu formulieren und sich dennoch in philosophischer Enthaltsamkeit hinsichtlich der zugrundeliegenden normativen und erkenntnistheoretischen Prämissen zu üben.⁴³ Zugespitzt formuliert reagierte die Allgemeine Rechtslehre auf das Jahrhundertwendebedürfnis nach einer philosophischen Wissenschaft des positiven Rechts mit der paradoxen doppelten Ausgrenzungsstrategie, sich *sowohl* der Kontingenz des Rechts *als auch* der Metaphysik der Philosophie zu entledigen. Das zur höchsten Vollendung getriebene Ergebnis dieser Strategie ist die nahezu leere Schnittmenge reiner innerrechtlicher Normativität der *Kelsenschen Reinen Rechtslehre*, auf deren Grundlage es allerdings

41 Dazu eingehend Dreier, in: FS Starck (Fn. 39), 21 ff.

42 Anschaulich dazu Brockmöller, Entstehung (Fn. 6), 13 f.: So wurde im frühen 19. Jahrhundert einerseits der Versuch unternommen, die hergebrachte Rechtsphilosophie „im Sinne einer auf das positive Recht gerichteten Rechtslehre zu reformieren“, während andererseits auf Seiten der Rechtstheorie oder Allgemeinen Rechtslehre schon „die Unsicherheiten in der Bezeichnung des Fachs symptomatisch für die von Anfang an bestehenden Unklarheiten über seinen genauen Gegenstandsreich“ waren.

43 Brockmöller, Entstehung (Fn. 6), 14; ähnlich zum Anspruch als „juristische Strukturtheorie“ Funke, Strukturtheorie (Fn. 40), 9 ff.

historisch gesehen ebenfalls nicht möglich war, die ausgesparten „unreinen“ Theoriebestandteile dauerhaft aus dem Theoriezwischenraum zwischen Dogmatik und Philosophie zu verbannen.⁴⁴ In diesem Zwischenraum stellt sich nämlich seitdem mit geradezu fraktaler Exaktheit immer wieder dieselbe Frage nach den möglichen Umrissen einer Universalität ohne Metaphysik.

Dementsprechend gestaltete sich auch das Verhältnis zwischen der neueren Disziplinbezeichnung „Rechtstheorie“, die in den 1960er und 1970er Jahren zum Modebegriff für analytische Theorien des Rechtsbegriffs avanciert ist und die Bezeichnung „Allgemeine Rechtslehre“ seitdem weitgehend verdrängt hat,⁴⁵ und der nach wie vor begrifflich dominierenden alten Fachbezeichnung „Rechtsphilosophie“. Letztere ist nicht müßig geblieben, ihren eigenen disziplinären Hege monialanspruch zu verteidigen, indem sie von Anfang an versuchte, den Erkenntnisanspruch der Rechtstheorie ihrem eigenen Forschungsbereich einzuverleiben. So sehen einige Disziplinbeschreibungen der Rechtsphilosophie wie erwähnt eine Untergliederung in einen normativen und einen analytischen Zweig vor, die – teils unter parallelisierender Inanspruchnahme des ebenfalls in theoretische und praktische Teildisziplinen zerfallenden Erkenntnisanspruchs der allgemeinen Philosophie⁴⁶ – als „Rechtsethik“ und „Rechtstheorie“ firmieren und beide in der umfassend verstandenen Rechtsphilosophie aufgehen sollen.⁴⁷ Die Rechtsphilosophie versucht auf diesem Wege bis heute mit

- 44 Grundlegend *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960. Zur zentralen Stellung der Reinen Rechtslehre innerhalb der disziplinären Entwicklung der Allgemeinen Rechtslehre vgl. *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 6), 7; dort auch zur rechtspluralistischen Kritik an einer reinen Rechtsformenlehre im Sinne Kelsens.
- 45 Zur Rechtstheorie der 1960er und 1970er Jahre etwa *Ulfried Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 145, 164 ff.; *Dreier*, in: FS Starck (Fn. 39), 22 ff.; *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114 ff. Der Titel von *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 6) nimmt heute nahezu eine Alleinstellung ein.
- 46 So namentlich v. d. *Pfordten*, JZ 2004, 157, 160; *ders.*, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 13 f.
- 47 In diesem Sinne insbesondere v. d. *Pfordten*, JZ 2004, 157, 160; *ders.*, Rechtsethik (Fn. 6), 27 f.; *ders.*, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 13 f.; kritisch *Dreier*, in: FS Starck (Fn. 39), 28 ff. Zur breiteren Diskussion vorstehend Fn. 6 m.w.N.

aller Kraft, sich die Rechtstheorie als analytisches Residuum für alle Fragen, die nicht in den Kunstbegriff „Rechtsethik“ passen, disziplinär unterzuordnen.

Es ist inzwischen jedoch absehbar, dass dieser Versuch zum Scheitern verurteilt sein wird. In jüngerer Zeit zeichnet sich nämlich ab, dass sich die Rechtstheorie endgültig nicht mehr auf den ihr in den 1960er und 1970er Jahren zugeschriebenen Bereich der analytischen Rechtsphilosophie beschränken lässt, sondern im Begriff ist, aus ihrem schon bisher stets heiklen, paradoxen Weder-Noch zwischen Recht und Philosophie bzw. Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie auszubrechen. Die neueste Rechtstheorie wildert interdisziplinär so weit außerhalb der Grenzen des philosophischen Terrains und reichert sich derart mit philosophiefremder Theorie aus der Soziologie, Ökonomie, Psychologie, Konflikt- und Friedensforschung, Politik-, Literatur-, Sprach-, Kultur- und Medienwissenschaft an, dass die hergebrachten methodischen und erkenntnistheoretischen Grenzen der auf die Fachphilosophie bezogenen klassischen Rechtsphilosophie keine geeignete disziplinäre Umgrenzung mehr bieten können. Man hat es heute nahezu mit einer Begriffsumkehr zu tun, in der sich die Rechtstheorie von einer bloßen Sub- oder Nebendisziplin der Rechtsphilosophie zum Oberbegriff moderner, interdisziplinärer Grundlagenforschung schlechthin aufzuschwingen beginnt und damit verglichen mit der Rechtsphilosophie zur allgemeineren, zugleich aber methodisch deutlich diffuseren Kategorie wird.⁴⁸ Die Rechtstheorie hat sich, will man das zuspitzend auf den Punkt bringen, als theoretisches Kuckucksei im Nest der Rechtsphilosophie erwiesen.

Hilgendorf hält diesem Befund zunehmender disziplinärer Verschiebung zulasten der Rechtsphilosophie in dem bereits zitierten Beitrag entgegen, dass der Begriff „Rechtstheorie“ in der juristischen Grundlagenforschung der vergangenen 200 Jahre schon oft als bloße „Chiffre für Erneuerung“ gebraucht worden sei, ohne dadurch den Er-

48 Ähnlich wie hier umschreibt auch *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 12 (Rn. 17) die Funktion der Rechtstheorie als „Grenzgänger“, der sich „einer abschließenden disziplinären Festlegung und Zuordnung entzieht“.

kenntnisanspruch der Rechtsphilosophie ernsthaft zu schmälern.⁴⁹ So seien unter der Flagge der Rechtstheorie immer wieder Theorieimporte und neue Ansätze aus anderen Disziplinen erprobt worden, die der hergebrachten Rechtsphilosophie zunächst fremd gewesen, im Laufe der Zeit aber doch zuverlässig in diese integriert worden seien. „Schlagwortartig verkürzt, lässt sich dieser Entwicklungsweg auf folgende Formel bringen: Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie – und wieder zurück zur Rechtsphilosophie!“⁵⁰ So sehr diese Formel auch in einem noch näher zu erläuternden, eng begrenzten inhaltlichen Sinne zutreffen mag, so ist ihr doch jedenfalls im Hinblick auf die äußeren Disziplingrenzen beider Fächer zu widersprechen. Denn es dürfte ausgeschlossen sein, die innerhalb der Rechtstheorie in den letzten Jahren förmlich explodierte interdisziplinäre Theoriefülle ausgerechnet in die klassische Rechtsphilosophie zu reinkorporieren, nachdem die Fachphilosophie denselben Inhaltsverlust an die Natur-, Geistes- und Sozialwissenschaften bereits im 19. Jahrhundert erfahren hat und diesen trotz oder vielleicht gerade wegen ihres nach wie vor universellen Erkenntnisanspruchs bis heute nicht mehr wettmachen konnte.⁵¹ Es bleibt damit zunächst bei der Beobachtung, dass der Graben zwischen den Methoden und Fragestellungen der einzelnen juristischen Teildisziplinen gerade nicht säuberlich zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenfächern, sondern vielmehr quer durch den intradisziplinären Gesamtzusammenhang der pluralen Rechtswissenschaften *einschließlich* der Grundlagendisziplinen und deren jeweilige Binnendiskurse verläuft.

2. Bunte Theorie und Bastelei

Was das konkret bedeutet, lässt sich etwa auf der Basis einer jahrgangsweisen Titelanalyse des seit 1990 bis zur Gegenwart in der Ru-

49 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 113.

50 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; dazu bereits kritisch *Dreier*, in: *FS Starck* (Fn. 39), 21 ff.

51 Zur Philosophie als „Residualdisziplin“ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 8 f.

brik 1.7 der Karlsruher Juristischen Bibliographie verzeichneten rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Schrifttums anschaulich nachvollziehen.⁵² Die Diskursverschiebungen, die sich über die seitdem verstrichene Zeitspanne einer biographischen Generation hinweg beobachten lassen, sind erheblich und lassen aus der Rückschau klare Muster erkennen. So dominierte um 1990, also in der unmittelbaren Nachwendezeit, zunächst noch der klassische Themenzuschnitt des in den 1960er und 1970er Jahren definierten Disziplinzusammenhangs von normativer Rechtsphilosophie und analytischer Rechtstheorie. Zu den dominierenden Themen zählten insbesondere Naturrecht und Rechtspositivismus, philosophische Gerechtigkeitslehre sowie klassische Fragestellungen der juristischen Methodenlehre.⁵³ Insgesamt handelte es sich also genau um den aufgrund der Entwicklung seit der Nachkriegszeit erwartbaren disziplinären Zuschnitt des Fachs.

Doch schon um 1995 und dann mit jedem neu anbrechenden Jahrzehnt immer mehr – also erst recht nach der Jahrtausendwende, und nochmals erst recht seit den Zehnerjahren des neuen Jahrtausends – verändert sich dieses Bild, indem sich der Diskurszustand mit erheblicher Geschwindigkeit in philosophiefremde Richtungen verschiebt, die man mit den Schlagworten *Fragmentierung*, *Pluralisierung* und *Repolitisierung* kennzeichnen kann. Gemeint ist erstens eine methodische Fragmentierung der rechtstheoretischen Diskurse durch zunehmende außerphilosophische Interdisziplinarität, zu der seit Mitte der 1990er Jahre insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts und die systemtheoretische Rechtssoziologie beigetragen haben.⁵⁴ Zwei-

- 52 Ausführlich zum Nachfolgenden *Marietta Auer*, *Cantus firmus der Moderne. Rechtstheorie in der Berliner Republik*, in: Thomas Duve/Stefan Ruppert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, 121 ff. m.w.N.
- 53 Repräsentativ *Norbert Hoerster*, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989; *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4. Aufl. 2005; *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995.
- 54 Repräsentativ einerseits *Horst Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl. 2015; andererseits *Gunther Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989; *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 6. Aufl. 2013.

tens war im Gefolge der immer unabewisbareren Europäisierung und Internationalisierung der Rechtsanwendung eine zunehmende Pluralisierung des Verständnisses von Rechtsbegriff und Rechtsquellenlehre zu beobachten; insoweit war es bemerkenswerterweise die dogmatische Rechtswissenschaft, die ihrer theoretischen Avantgarde ein neues Themenfeld aufgezwungen hat.⁵⁵ Drittens stellt sich vor allem seit der Jahrtausendwende unter dem Eindruck des neuen globalen Fundamentalismus verstärkt die Frage nach einer Repolitisierung der rechtstheoretischen Diskurse durch neue oder wiederaufgelebte Debatten über Machttheorie und Machtsoziologie, Globalisierung, Governance, Ausnahmezustand, Schutzverantwortung, Biopolitik, Bioethik, Risikogesellschaft und Paternalismus.⁵⁶

Welche Auswirkungen hat dies auf den disziplinären Zuschnitt und das Erkenntnisziel der Rechtstheorie? Über die Bedeutung der sich hier abzeichnenden Entwicklung mag man geteilter Auffassung sein. Einerseits erscheint die interdisziplinäre Pluralisierung der Rechtstheorie als außerordentlich begrüßenswert. Das, was sich in diesem Bereich in den letzten Jahren an vitaler, gelingender Interdisziplinarität tatsächlich ereignet hat, entspricht letztlich genau der Vision des Wissenschaftsrats von einer zukunftsfähigen Rechtswissenschaft. Eigenständiger Erforschung wert ist dabei vor allem das Resultat, das sich aus alledem bildet, nämlich der besagte Theorieeklektizismus oder – mit einem Begriff des amerikanischen Rechtstheoretikers *Duncan Kennedy* – die *fancy theory* oder „bunte Theorie“, die sich im Spannungsfeld zwischen Rechtsdogmatik und den verschiedensten Theorieimporten tatsächlich herausbildet. *Kennedy* beschreibt seine persönliche *fancy theory* auf der Grundlage kontinentaleuropäischer Philosophie- und Soziologiebausteine wie folgt:

55 Dazu näher nachstehend bei Fn. 112.

56 Exemplarisch *Giorgio Agamben*, Ausnahmezustand, 2004; *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006; *Ulrich Beck*, Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008; *Andreas v. Arnould/Michael Staack* (Hrsg.), Freiheit versus Sicherheit, 2009; *Christoph Menke*, Recht und Gewalt, 2. Aufl. 2012.

„The Continental ‘fancy theory’ is based on Freud and Marx, but I am mainly conscious of trying hard to assimilate, to cannibalize and then actually use, structuralism, neomarxism, phenomenology, existentialism, and postmodernism (and, I suppose, whatever else may come into fashion).“⁵⁷

Man beachte die drei Prädikate, mit denen hier die Praxis gelingenden Theorieimports beschrieben wird: *Assimilation*, *Kannibalisierung* und letztlich einfach *Verwendung*, und zwar all das – das sei an dieser Stelle hervorgehoben – vom Standpunkt eines Rechtswissenschaftlers, der primär in der *dogmatischen* Rechtswissenschaft des Common Law ausgebildet und beheimatet ist. Es ist, mit anderen Worten, für gelingende Interdisziplinarität weder möglich noch auch nur nötig, den außerjuristischen Fachwissenschaften, die als Theorieexporteure in die Rechtswissenschaft fungieren, vollständig nach deren jeweils eigenem methodischen Selbstverständnis gerecht zu werden. Vielmehr geht es um *bricolage*, um strukturalistische und poststrukturalistische „Bastelei“,⁵⁸ um die stimmige Zusammenfügung von *ad hoc* passenden Theoriespolien zu neuen Theoriearchitekturen, die überraschende

- 57 *Duncan Kennedy*, Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity, 1993, Vörwort, xi; vgl. auch *ders.*, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. (1982), 563, 564; *ders.*, The Critique of Rights in Critical Legal Studies, in: Wendy Brown/Janet Halley (Hrsg.), Left Legalism/Left Critique, 2002, 178, 180, 210 ff. sowie ausführlich zum Theorieeklektizismus als Methode *ders.*, A Critique of Adjudication {fin de siècle}, 1997, 15 ff.: „I have chosen eclecticism in part out of the conviction that each method I know at all how to use, and methodology in general, have been subjected to a critique that undermines any claim their practitioners might have to get to the truth of the objects they represent. [...] Second, eclecticism expresses modernist commitment to representation as a two-way street – I want to get at all of my object, to appropriate it, eat it, incorporate it into my artifact so it can do its work on my audience. [...] A final reason for eclecticism is the iron law of methodology [...]: *The more ‘hard’* (capable of being counted, highly verifiable and replicable, intersubjectively ‘valid’), *the more ‘narrow’* (partial, fragmentary, meaningless). The things that interest me are ‘broad’, like justice and liveliness, so they can be grasped in their totality only by means that are ‘soft’ (contestable, subjective, vague).“ Hervorhebungen im Original.
- 58 Grundlegend *Claude Lévi-Strauss*, Das Wilde Denken, 10. Aufl. 1997, 29 ff.; dazu *Jacques Derrida*, Grammatologie, 13. Aufl. 2016, 241: „Die einzige Schwäche der

neue Diskursräume und Blickachsen eröffnen und gerade dadurch mehr sind und mehr können als die Summe ihrer Teile:

„Was die Disziplinen verbindet und im besten Fall zum Tanzen bringt, ist nicht ihr nur vermeintlich gemeinsamer Gegenstand, sondern die Konstruktion des theoretischen Zugriffs [...]: Sie ist *bricolage*, die Suche nach den jeweils passenden Werkzeugen für ein problemorientiertes, synthetisierendes und konstruktives Unternehmen. In der Praxis geht es, um im Bilde zu bleiben, vorrangig um die Frage, welche Theoriebausteine man zusammenschauben kann und welche nicht. Eigentlich müsste es Professuren für Theoriekonstruktion geben, so wie es sie für Maschinenbau gibt.“⁵⁹

Als Ergebnis entsteht mit geradezu sprachphilosophischer Notwendigkeit etwas *ganz* Neues, nämlich eine sich ständig weiter multidisziplinär anreichernde Rechtstheorie im methodischen und wissenschaftstheoretischen Niemandsland zwischen Rechtsdogmatik und dogmatiknahem Grundlagenverständnis einerseits und *völlig* fachfremden, außerjuristischen Methoden und Fachkulturen andererseits. Diese neue Rechtstheorie lässt sich keinem einzelnen Grundlagenfach mehr zuordnen und auch nicht als eigenständige Grundlagenwissenschaft beschreiben. Sie bildet vielmehr eine fluide theoretische Ressource, gleichbedeutend mit der Fähigkeit der Rechtswissenschaft, sich laufend aus sich selbst heraus durch Vereinnahmung der Erkenntnisse und Methoden anderer Wissenschaften zu erneuern, zu erweitern und zu professionalisieren.⁶⁰ Und das auf diesem Wege entstehende *ganz* Neue, das unter der Flagge der „Rechtstheorie“ eine inhaltliche Verbindung zwischen dogmatischer Rechtswissenschaft und außerjuristischen Wissenschaftskulturen herstellt und damit tatsächlich das Potential besitzt, die „dysfunktionale Gegenüberstellung“ von Dogmatik und Grundlagenfächern aufzuheben, sollte jeden grundlageninteressierten Wissenschaftler zunächst einmal optimistisch stimmen, was

Bastelei [...] besteht darin, sich in ihrem eigenen Diskurs nicht vollständig rechtfertigen zu können. Die Vorfindbarkeit der Instrumente und der Begriffe kann nicht rückgängig gemacht oder von neuem erfunden werden. So betrachtet, verliert sich der Übergang vom Wunsch zum Diskurs immer wieder in der Bastelei und errichtet seine ideologischen Gebäude aus Schutt.“

59 Gutmann, Interdisziplinarität (Fn. 3), 113; Hervorhebung im Original.

60 Ähnlich Vesting, Rechtstheorie (Fn. 6), 10 f. (Rn. 16).

das theoretische Erneuerungspotential der Rechtswissenschaft und damit auch die Fruchtbarkeit juristischer Grundlagenforschung insgesamt anbelangt.

3. *Themenverfall der klassischen Grundlagenforschung?*

Andererseits kann man diese Entwicklung von klassischer Grundlagenforschung hin zu einer bunten neuen Rechtstheorie – wie letztlich alles, was zukunftsoffen ist – jedoch auch ganz anders und viel kritischer beurteilen, nämlich als fadenscheinige Kompensation ebenjener von *Hilgendorf* konstatierten inneren Leere, die sich in den vergangenen Jahrzehnten in der klassischen juristischen Grundlagenforschung breitgemacht hat.⁶¹ Dass es eine solche innere Leere, ablesbar an chronischer Themenarmut bis hin zum offenkundigen Themenverfall, in manchen Bereichen tatsächlich gibt, ist kaum zu leugnen. Erkennbar ist das etwa anhand des Diskursbestands der jüngsten Zeit insbesondere im Bereich der Leitthemen, die noch bis in die 1990er Jahre hinein unter der in den 1960er Jahren geprägten Überschrift „Rechtstheorie“ verhandelt wurden, wie Begriff und Geltung des Rechts, Rechtspositivismus und Nichtpositivismus einschließlich der als angloamerikanische Theorieimporte um die Jahrtausendwende noch intensiv diskutierten Zwischenpositionen *inclusive* und *exclusive positivism*.⁶² All diese Themen sind heute, wie es scheint, mehr oder weniger erledigt. Rechtspositivismus und Nichtpositivismus haben als *rechtstheoretische* Theoriealternativen jedenfalls weitgehend ausgedient, was letztlich eine gute Nachricht ist.⁶³

61 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 7.

62 Exemplarisch *Jules Coleman* (Hrsg.), Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law, 2001.

63 Denn hinter dem Streit stand längst nicht mehr ein fruchtbare Problem, sondern lediglich die Fortwirkung historischer Ideologien. Dazu *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, 2013, 19 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014), 60, 72 ff.; *Neumann*, Rechtsphilosophie seit 1945 (Fn. 45), 145 ff.

Was bleibt nach alledem aber noch für die klassische Grundlagen-disziplin „Rechtsphilosophie“ übrig? Diese Frage ist nicht leicht zu beantworten. Wie erwähnt liegt ihr hergebrachtes Aufgabengebiet nicht in der analytischen Rechtstheorie, sondern vielmehr gemäß der Tradition des Vernunftrechts in der normativen Gerechtigkeitstheorie des Rechts.⁶⁴ Sollte sich die Rechtsphilosophie künftig also wieder ganz im Sinne dieser Tradition auf die Frage nach dem guten, richtigen, gerechten Recht beschränken? Die Frage dürfte selbst dann, wenn man ein solches Forschungsziel für sinnvoll und fruchtbar hält, klar zu verneinen sein. Spiegelbildlich zur Rechtstheorie lässt sich nämlich auch die Rechtsphilosophie spätestens seit der analytisch-philosophischen Wende der 1960er Jahre nicht mehr auf ihren hergebrachten normativ-rechtsethischen Disziplinumfang festlegen. Diese analytische Wende ist nicht grundlos erfolgt und deshalb auch durch die zwischenzeitliche „Wiedergewinnung der normativen Dimension“⁶⁵ nicht mehr einzuholen. Denn die meisten normativen Entdeckungen des individualistischen Grundprinzips der westlichen Moderne sind bereits gemacht. Indem man den Rechteuniversalismus der westlichen Aufklärung in immer wieder neue philosophische Fassungen gießt, gewinnt man also keinen neuen normativen Gehalt hinzu, sondern schmückt nur eine üppig wuchernde positive Rechtsordnung weiter aus, die diesen Wertungsgehalt längst bis in ihre feinsten Verästelungen hinein internalisiert hat. Vor diesem Hintergrund gerät die Rechtsphilosophie allzu leicht zu einem autoimmunisierenden Theorie diskurs, der sich selbst dann in gefälliger Selbstbespiegelung übt, wenn er mit dem Anspruch auftritt, kritisches Maß einer nach denselben normativen Maßstäben der Überlegenheit des westlichen moralischen Universalismus verfahrenden Rechtsdogmatik zu sein. Aus dem Blick gerät angesichts der offensichtlichen Zirkularität von Theorien, deren Maßstäbe für das ideale Sollen eines richtigen Rechts nicht ohne Anleihen beim existierenden Recht der spätkapitalistischen Wohl-

64 Zur Abgrenzung und Geschichte der Disziplinbezeichnungen vorstehend bei Fn. 6 sowie Fn. 37 ff.

65 Neumann, Rechtsphilosophie seit 1945 (Fn. 45), 179 ff.

fahrtsstaaten auskommen,⁶⁶ die fundamentale Unzulänglichkeit des normativen Individualismus als globale sozialphilosophische Legitimationstheorie. Not tätet hier eine Rechtsphilosophie, die sich selbst als kritische Rechtstheorie versteht und den bestehenden Rechtszustand nicht noch weiter affirmsiert, sondern vielmehr seine elementare normative Haltlosigkeit herausarbeitet.⁶⁷

Abhilfe für die Selbstreferenzialität der gegenwärtigen normativen Rechtsphilosophie kann auch die Fachphilosophie mit ihrem umfassenden Erkenntnisanspruch nicht ohne weiteres bieten. Denn Rechtsphilosophie ist, gleich ob normativ oder analytisch, nicht einfach nur eine juristische Übersetzung der Fachphilosophie. Es genügt nicht, sich rechtsphilosophische Diskurse einfach als für Juristen verständliche Adaptionen fachphilosophischer Diskurse vorzustellen. Rechtsphilosoph ist nicht ohne weiteres derjenige, der zwischen Fachphilosophie und Rechtsdogmatik „auf dem Zaun sitzt und übersetzt.“⁶⁸ Die Rechtsphilosophie besitzt vielmehr auf komplexe Weise eine sowohl inhaltliche als auch methodische Eigenständigkeit gegenüber vielen fachphilosophischen Diskursen, so dass sich – wie noch näher darzulegen sein wird – ihr Verhältnis zur dogmatischen Rechtswissenschaft nicht in der Form einfacher Überschneidungs-, Brücken-, Import/Export- oder Abbildungsmodelle beschreiben lässt. Außerdem leidet auch die Fachphilosophie wie erwähnt seit dem 19. Jahrhundert unter gravierenden Themenverlusten an die seitdem aus ihrem Fragebereich ausdifferenzierten Natur-, Kultur- und Sozialwissenschaften, vor deren Hintergrund sich die viel entscheidendere Frage stellt, was die *Fachphilosophie selbst* heute noch als eigenständige Wissenschaft

66 Exemplarisch *John Rawls*, *A Theory of Justice*, 2. Aufl. 1999.

67 Zu Umrissen einer kritischen Rechts- und Sozialphilosophie aus jüngerer Zeit *Christoph Menke*, *Kritik der Rechte*, 2015; *Daniel Loick*, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017; vgl. auch *Marietta Auer*, *Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht*, AcP 216 (2016), 239 ff.

68 So anschaulich *Gutmann*, Interdisziplinarität (Fn. 3), 105, womit das Verdienst der artiger Übersetzertätigkeit keinesfalls geschmälert werden soll.

auszeichnet. Diese Frage ist allerdings fundamental und wird im Folgenden nochmals aufzugreifen sein.⁶⁹

Ähnliche Beobachtungen wie für das Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Fachphilosophie lassen sich auch für das Verhältnis zwischen Rechtssoziologie und Fachsoziologie, Rechtsgeschichte und Fachhistoriographie oder Rechtsökonomik und Wirtschaftswissenschaften anstellen: In allen Fällen nehmen die jeweiligen *law-and-Binestrichfächer* an der Entwicklung der jeweiligen Fachwissenschaften teil; stets kommt es aber auch zu rechtswissenschaftsspezifischen Verschiebungen oder Verkürzungen, die auf einer auf alle Grundlagenwissenschaften gleichermaßen einwirkenden normativen Zentripetalkraft in Richtung der letztlich doch immer wieder alles absorbierenden Rechtsdogmatik beruhen.⁷⁰ Dabei besteht tatsächlich die Gefahr, dass von der neuen, bunten Rechtstheorie auf die Dauer nicht viel mehr übrigbleibt als eine Leerformel für sämtliche Theorieimporte, die sich in der Rechtsdogmatik zeitweilig nicht anders unterbringen lassen. Eine solche beliebige Rechtstheorie besäße dann insbesondere auch keine Trennschärfe mehr für die Qualität von Theorieimporten, sondern wäre letztlich nur eine moderne Fortschreibung der schon im 19. Jahrhundert parallel zur Rechtsdogmatik von Dogmatikern betriebenen „Juristenphilosophie“,⁷¹ die längst in Vergessenheit geraten wäre, wenn sie nicht in der Allgemeinen Rechtslehre konserviert und durch diese in die Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts überliefert worden wäre. Wenn für die Grundlagenfächer aber keinerlei identifizierbare Spezialkenntnisse mehr erforderlich sind, dann ist es konsequenterweise auch nicht erforderlich, dafür künftig noch eigenständige Venien zu vergeben und spezielle Stellen auszuweisen, die nicht ebenso gut von der Dogmatik mitbedient werden können. In diesem Fall wäre die Ausrufung einer neuen, bunten, multidisziplinären Rechtstheorie also keine gute, sondern vielmehr eine schlechte Nachricht, ja geradezu ein manifestes Krisensymptom.

69 Nachstehend bei Fn. 81 ff.

70 So im Ergebnis Lorenz, JZ 2013, 704, 708; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 23.

71 Anschaulich Dreier, in: FS Starck (Fn. 39), 30: „Nebeneinander, teilweise auch Gegeneinander von Juristen-Rechtsphilosophie und Juristen-Rechtstheorie.“

IV. Rechtstheorie als philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft

Nach hier vertretener Auffassung liegt in der neuen Rechtstheorie in-dessenn keine Krise, sondern vielmehr eine große Chance für die juristische Grundlagenforschung. Tatsächlich besitzt die Rechtstheorie und speziell die Privatrechtstheorie gerade vor dem Horizont des gegenwärtigen Rechtsdenkens genug innere Substanz, um buchstäblich ganze wissenschaftliche Lebenswerke zu füllen. Woher kommt nun aber diese Substanz? Hier soll argumentiert werden, dass sie letztendlich doch wieder aus der Philosophie kommen muss. Rechtstheorie ist, wenn sie gelingt, *philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft*. Es bedarf in der blauen Tiefe des Ozeans multidisziplinärer Seefahrt eines philosophischen Grundankers, um das Erkenntnisziel der Rechtstheorie zu erreichen und ihren vollen wissenschaftlichen Wert zu realisieren.

Auf den ersten Blick mag diese These überraschen, wenn nicht gar enttäuschen, war es der Rechtstheorie doch wie gesehen gerade in jüngerer Zeit geglückt, sich aus dem Klammergriff der Nachkriegsrechtsphilosophie zu entwinden. Warum also dann doch wieder zurück zur Philosophie? Weil gleichzeitig, so lautet die hier gegebene Antwort, auch eine neue Sicht auf die Philosophie wie auch auf die Rechtsphilosophie nötig ist. Dazu bedarf es nun noch einmal einer genaueren Betrachtung dieser Disziplin. Was Rechtsphilosophie ist oder sein könnte, sei im Folgenden anhand zweier alternativer Vorgehensweisen zur Beschreibung ihres Inhalts und Fragepotentials als exemplarische Gegenüberstellung formuliert.

1. Funktionen der Rechtsphilosophie?

Die erste Herangehensweise besteht darin, die Rechtsphilosophie als juristische Grundlagenwissenschaft mit einem bestimmten inhaltlichen und methodischen Umriß zu definieren und ihr daraus abgeleitete Funktionen innerhalb der rechtswissenschaftlichen Gesamtdisziplin

zuzuschreiben. Zu diesen Funktionen gehört zunächst eine *Auslegungs- und Klarstellungsfunktion*, die gerade in der Rechtsdogmatik wichtige begriffskritische Dienste leisten kann.⁷² Viele Rechtsbegriffe, insbesondere philosophisch hochaufgeladene wie Person, Wille, Freiheit, Ehe, Familie, Verantwortung oder Zurechnung, lassen sich ohne Kenntnis ihres philosophischen Hintergrunds nicht angemessen verstehen. Diese Begriffe sind schon aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht ohne Blick auf ihre philosophische Vorbedeutung zu erschließen. Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn sie in das positive Recht übernommen und insoweit eigenständig normiert werden, da sich ihr philosophisch-ideengeschichtlicher Hintergrund dadurch nicht abschneiden lässt. Dies folgt schon aus elementaren sprachphilosophischen Erwägungen, da keine Definition ihre eigenen Definitionsbestandteile mitdefinieren und keine Auslegung den Durchgriff auf jenseits von ihr liegende Semantiken ausschließen kann. Dabei ist es letztlich einerlei, welche juristische Auslegungsmethode – Wortlaut, Gesetzgebungs geschichte, System oder Teleologie – man zugrundelegt. Selbst wenn man beispielsweise argumentiert, der Verfassungsgeber habe dem Ehe- und Familiengrundrecht in Art. 6 Abs. 1 GG eine bestimmte, konkrete Vorstellung dieser Begriffe zugrundegelegt, so würde doch auch in dieser Vorstellung wiederum deren gesamte ideengeschichtliche Vorgeschichte wie ein Oberton mitschwingen und sich damit selbst durch eine bestimmte Gesetzgeberabsicht gerade *nicht* ausschließen lassen.⁷³

Zweitens geht diese Auslegungs- und Klarstellungsfunktion fließend in eine *Aufklärungs- und Kritikfunktion* über, in deren Rahmen rechtsphilosophische Argumentationsgänge als vielfältig einsetzbarer kritischer Maßstab für die Tragfähigkeit dogmatischer Begriffsbildun-

72 Ähnlich mit unterschiedlichen Bezeichnungen Stephan Kirste, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2010, 22 f.; Gutmann, Interdisziplinarität (Fn. 3), 101 ff.; v. d. Pförtner, JZ 2004, 157, 163 f.; Auer, AcP 216 (2016), 239, 248 ff.

73 Näher Auer, AcP 216 (2016), 239, 250.

gen und Argumentationen fungieren können.⁷⁴ Ein erster Ansatzpunkt besteht in unmittelbarer Verlängerung der soeben erörterten Auslegungsfunktion darin, die philosophische mit einer etwa abweichenden juristischen Begriffsbedeutung zu vergleichen. Bei einer Diskrepanz kann die philosophische Bedeutung kritisches Maß dafür sein, was die Rechtsdogmatik an möglichen Wortbedeutungen nicht zulassen oder vielmehr umgekehrt – und das dürfte der häufigere Fall sein – nicht ausschließen kann, ohne auch den rechtlichen Gehalt der betreffenden Begriffe sinnwidrig zu verkürzen und damit nicht etwa philosophische, sondern vielmehr *juristische* Wertungswidersprüche zu produzieren. Denkbar ist es auch, dass juristische Begriffe oder Argumentationen selbst ausdrücklich oder implizit auf philosophische Grundlagen verweisen und sich damit anhand der Philosophie direkt verifizieren oder falsifizieren lassen. Schließlich kann philosophische Kritik an rechtsdogmatischen Begriffen oder Argumenten auch dann ansetzen, wenn schon die entsprechenden *philosophischen* Begriffe oder Argumente aus bestimmten Gründen nicht schlüssig waren. Beispiele sind etwa logische Fehlschlüsse wie der naturrechtliche Sein-Sollen-Fehlschluss oder der Fehlschluss von Freiheit auf Recht.⁷⁵ Insgesamt kann die Rechtsphilosophie damit ein kritisches Bewusstsein dafür schaffen, dass Rechtsbegriffe nichts Statisches sind. Begriffe sind mehr als nur Worte. Sie sind Chiffren für Normwelten und normative Ableitungsbeziehungen, die im Hintergrund der Wortbedeutungen immer mitschwingen und eine normative Eigendynamik entfalten, die in jedem einzelnen Fall ihrer Verwendung wirksam wird. Eine Rechtsdogmatik, die das nicht beachtet, kennt ihr eigenes Werkzeug nicht.

Es gibt darüber hinaus schließlich noch eine dritte Gruppe von der Rechtsphilosophie sowie anderen Grundlagenwissenschaften zuge-

74 Ähnlich *Kirste*, Rechtsphilosophie (Fn. 72), 22 f.; *Gutmann*, Interdisziplinarität (Fn. 3), 101 ff.; v. d. *Pfordten*, JZ 2004, 157, 164; *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 250 ff.

75 Grundlegend *Wesley N. Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 Yale L. J. (1913), 16 ff.; erweiternd *ders.*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 26 Yale L. J. (1917), 710 ff.; zum Ganzen *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 251 m.w.N.

schriebenen Funktionen, die allesamt mit interdisziplinären Grenzziehungen oder Grenzüberschreitungen zu tun haben und vorliegend daher von besonderem Interesse sind. Auffallend ist als äußere Gemeinsamkeit die erhebliche metaphorische Kreativität, die diese Funktionsbeschreibungen im Schrifttum hervorrufen. So ist wie erwähnt von einer *Brückenfunktion* der Rechtsphilosophie die Rede, um deren vermittelnde Aufgabe zwischen Rechtswissenschaft und Fachphilosophie zu beschreiben.⁷⁶ Über diese metaphorische Brücke soll die Rechtswissenschaft Anschluss zur fachphilosophischen Diskussion über Themen wie Staats- und Sozialphilosophie, Ethik und Metaethik, Sprachphilosophie, Logik und Wissenschaftstheorie finden und diese in die rechtswissenschaftlichen Diskurse importieren. Da Philosophie keine leicht verständliche Wissenschaft ist und die Rechtsphilosophie im Rahmen ihrer Transport- und Übersetzungsleistung zudem stets mit dem oben beschriebenen Problem unvermeidlicher Diskursverschiebungen konfrontiert sein wird, mag man durchaus schon darin eine verdienstvolle, wenngleich kaum erschöpfende Aufgabe der Rechtsphilosophie erkennen, Missverständnisse über philosophische Theorien im juristischen Diskurs als solche zu kennzeichnen und dessen philosophisches Niveau damit insgesamt zu heben. Dasselbe funktioniert auch in die Gegenrichtung: Was bei *Ralf Dreier* als *Grenzpostenfunktion* der Rechtstheorie firmiert,⁷⁷ kehrt bei *Thomas Gutmann* mit *Kafkas* Parabel als *Türhüterfunktion* wieder, um zu erklären, wie das kritische Potential der Rechtsphilosophie genutzt werden kann, um Übergriffe anderer Wissenschaften auf das Terrain der Rechtswissenschaft ebenso abzuwehren wie den Mann vom Lande, der Eintritt in das Gesetz begehrt.⁷⁸ Einschlägige Beispiele für derartige interdisziplinär abzuwehrende Übergriffe stammen aus den Grenzbereichen zwischen Recht und Medizin oder Biowissenschaften, deren divergierende Be-

76 Etwa bei *v. d. Pförtner*, JZ 2004, 157, 159, 162; *Kirste*, Rechtsphilosophie (Fn. 72), 23; kritisch *Jestaedt*, Theorie (Fn. 36), 73 f.

77 *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 25 f.; ebenso in der Folge *Jestaedt*, Theorie (Fn. 36), 70 f.

78 *Gutmann*, Interdisziplinarität (Fn. 3), 106 ff.; ähnlich, aber enger bereits *Jestaedt*, Theorie (Fn. 36), 69 ff.

reichslogiken sich etwa bei den Fragen von Willensfreiheit und Einwilligung immer mehr und immer subtiler in die Quere kommen.⁷⁹ Die Rechtsphilosophie ist hier möglicherweise tatsächlich der einzige verbliebene kritische Türhüter, um die Rechtswissenschaft vor dem totalitären Zugriff der modernen Biopolitik zu schützen.

2. Philosophie als Herkunftsressort multidisziplinären Fragens

Im nicht kartographierten Grenzbereich zwischen Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften finden sich also „Brücken“, „Grenzposten“, „Grenzgänger“, „Türhüter“ und „Zäune“.⁸⁰ Man könnte auch noch „Schleuserbanden“ oder „Flüchtlingsboote“ hinzufügen oder schlicht schreiben: *hic sunt leones*. Spätestens an dieser Stelle sollte damit deutlich werden, dass eine funktionalistische Beschreibung der Bedeutung der Rechtsphilosophie nicht gerecht wird, weil sie nicht über ein verkürztes Bild davon hinausgelangt, wie Philosophie und Rechtswissenschaften in der Tiefe gelingender Interdisziplinarität tatsächlich interagieren. Die überbordende Bildlichkeit aller funktionalistischen Beschreibungen des Grenzbereichs zwischen beiden Disziplinen indiziert und verstellt letztlich das Problem, dass über das interdisziplinäre „Dazwischen“ von Rechtswissenschaft, Philosophie sowie den übrigen Grundlagenwissenschaften nach wie vor keine Klarheit besteht und auf der Grundlage funktionalistischer Beschreibungen auch nicht erreicht werden kann.

Nach hier vertretener Ansicht lässt sich die Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft nicht funktionalistisch reduzieren. Um

79 Zutreffend Gutmann, Interdisziplinarität (Fn. 3), 106.

80 Zeitgemäß-digitalkonform spricht Jestaedt, Theorie (Fn. 36), 71 f. darüber hinaus von einer „Firewall“, „rechtswissenschaftliche(m) Virenschutz“ und „Schnittstellenmanagement“ zwischen Rechtswissenschaft und außerjuristischen Wissenschaften gegen rechtswissenschaftlich unbrauchbaren „Spam“ sowie rechtssystemschädliche „Viren“, „Würmer“, „Trojaner“ und „Logische Bomben“. Zu Recht kritisch zu dieser vorwiegend negativ-abwehrenden Metaphorik, der es letztlich darum geht, „Rechtstheorie und Rechtsdogmatik auf dem Stand Hans Kelsens [...] einzufrieren“, Vesting, Rechtstheorie (Fn. 6), 11 (Rn. 16 mit Fn. 48).

das zu verstehen und damit einen Schritt über die hergebrachten Felddefinitionen hinauszugehen, lohnt es sich an dieser Stelle, sich nochmals die Frage vorzulegen, warum die Philosophie als eigenständige Wissenschaft angesichts der erwähnten Tatsache, dass sie seit dem 19. Jahrhundert nahezu sämtliche fachlichen Inhalte an die seitdem entstandenen Fachwissenschaften von Physik, Chemie und Biologie über Sprach-, Kultur- und Geschichtswissenschaften bis hin zur Soziologie und Ökonomie verloren hat, nicht längst obsolet geworden ist. Die Philosophie ist aber, und dazu genügt ein Blick in die Rezensionsseiten der großen Tageszeitungen, buchstäblich nicht totzukriegen, sondern ist trotz oder möglicherweise gerade wegen der seitdem entstandenen inhaltlichen Dominanz der Fachwissenschaften nach wie vor überall gefragt, wo grundlegende Fragen nach den Lebensbedingungen, den Möglichkeiten oder dem Scheitern von Erkennen und Handeln in der existierenden Welt zur Debatte stehen.

Worin liegt nun jenes besondere Substrat, das die Philosophie gegenüber den Einzelwissenschaften auszeichnet und immer wieder aktuell macht? Dazu sei hier folgende These vertreten: Die Philosophie lebt trotz ihres Inhaltsverlusts an die Fachwissenschaften bis heute von ihrer antiken und noch bis in die Neuzeit tradierten Bedeutung als Urwissenschaft aller Wissenschaften.⁸¹ Sie hat zwar den inhaltlichen Anspruch als Leitwissenschaft längst an die Fachwissenschaften verloren, und zwar vor allem an die experimentellen Naturwissenschaften und die Ökonomie – um das zu sehen, genügt ein Blick auf die aktuellen Förderquoten der großen Drittmittelgeber. Aber dennoch wirkt der umfassende Frageanspruch der Philosophie, der das Sein und Sollen der Natur ebenso wie das der Gesellschaft und der menschlichen Existenz umfasst, bis heute als strukturelle Ressource fort und kommt als Erkenntnistheorie zweiter Ordnung immer dann zum Tragen, wenn es

81 Beginnend mit der aristotelischen „Ersten Philosophie“ als Einteilung allen Wissens nach prinzipiellem und sonstigem Wissen; dazu *Arne Homann*, Erste Philosophie, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, 1999, 358 ff.; vgl. auch *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Philosophie und Wissenschaft, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, 2010, 2017 ff. sowie eindrücklich *Wilhelm Windelband*, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 6. Aufl. 1912, 8.

darum geht, die Grenzen des neuzeitlich-naturwissenschaftlich verengten Wissenschaftsbegriffs zu transzendieren, das Wissen der einzelnen Fachwissenschaften zu verbinden oder die Frage zu stellen, warum überhaupt ein bestimmtes und nicht etwa ein anderes oder gar ein bislang gänzlich unerforschtes Wissen für eine bestimmte Frage relevant sein soll. Philosophie ist damit, auf den Punkt gebracht, die *Herkunftswissenschaft multidisziplinären Fragens*.

Tatsächlich liegt bereits eine philosophische Erkenntnis darin, dass die Philosophie selbst bis heute keine abschließende Antwort auf die Frage nach ihrem eigenen Erkenntnisinteresse geben kann.⁸² Es gibt über die letzten drei Jahrtausende hinweg extrem divergierende Antworten auf die Frage, was Philosophie erkennen kann und soll. Einerseits zeigt sich innerhalb der Spannbreite möglicher philosophischer Erkenntnisziele durchaus eine historisch nachvollziehbare Struktur. So lässt sich die Philosophiegeschichte von der Antike bis zur Gegenwart mit einiger Plausibilität als Abfolge von Diskurszuständen schildern, die von einer zunehmenden Hinterfragung und Abkehr von stark metaphysischen Annahmen gekennzeichnet sind: Geht es anfangs noch um die objektive Realität der platonischen Ideen, so sind es bei *Kant* schon die Grenzen apriorischer Erkenntnis in Abwesenheit objektiver Ideenrealität und bei *Derrida* schließlich nur noch die verborgenen Spiegelungen des abendländischen Rationalismus in der Struktur westlicher Schriftsprache, die als Gegenstand eines metaphysikkritischen Exorzismus in Betracht kommen. Mit anderen Worten gibt es eine Verlaufsgeschichte, die sich auf den ersten Blick als zunehmende Abkehr von „falscher“ Metaphysik beschreiben lässt.

Andererseits wird eine solche Sichtweise der Entwicklung der Philosophie in einer entscheidenden Hinsicht aber gerade nicht gerecht. Kennzeichnend für die Philosophie ist es nämlich, dass philosophische Probleme nicht obsolet werden, sondern sich immer wieder, jeder Generation, jedem Jahrhundert, neu stellen und neu verhandelt werden

82 Zur Vielfalt möglicher Bedeutungen und Begriffe von Philosophie etwa *Arnim Regenbogen*, Philosophiebegriffe, in: *Sandkühler*, Enzyklopädie 2010 (Fn. 81), 2022 ff.; *Dietmar v. d. Pförtner*, Suche nach Einsicht, 2010, 7 ff. sowie bereits *Windelband*, Geschichte der Philosophie (Fn. 81), 1 ff.

müssen.⁸³ Auch ist der Vorrat an Lösungen nie veraltet oder erschöpft, und es gibt auch keinen Fortschritt der Philosophie etwa im Sinne des den empirischen Naturwissenschaften zugrundeliegenden Falsifikationsmodells.⁸⁴ So bleiben trotz aller Metaphysikkritik selbst starke metaphysische Annahmen wie die des Naturrechts letztlich unwiderlegbar als Ressourcen innerhalb des Felds philosophischer Antworten verfügbar. Philosophische Fragen richten sich auf die Grundlagen aller Wissenschaften und Wissensgegenstände, die durch die Grenzen des jeweils Seienden, Erkennbaren, Bewertbaren und Mitteilbaren an der Schwelle zum jeweils Metaphysischen, Transzendenten, Nichterkennbaren und Nichtmitteilbaren gekennzeichnet sind. Und diese Grenzen sind auch im gegenwärtigen Zeitalter des rationalen Wissenschaftsgriffs keineswegs von den einzelnen Fachwissenschaften vorgegeben. Vielmehr ist es gerade Aufgabe der Philosophie, zu den nicht mehr hinterfragbaren Grundannahmen der rationalen Einzelwissenschaften vorzudringen. Philosophie ist damit letztlich nur ein anderes Wort für die grenzenlose Suche nach fundamentaler Erkenntnis, und zwar *unabhängig* von dem jeweils als Ausgangspunkt betriebenen Fach. Die Philosophie steht als unversiegbare strukturelle Ressource hinter den Methoden und Erkenntniszielen jeder einzelnen Fachwissenschaft bereit, und sie ist wie der Igel im Märchen immer zur Stelle und immer schon früher dagewesen, wenn die Grenzen des fachwissenschaftlich Erkennbaren und Formulierbaren erreicht sind. Das ist der einfache Grund für ihre bis heute ungebrochene Vitalität und ihre Grundlagenfunktion für jedes multidisziplinäre Wissenschaftsverständnis.

3. Philosophie multidisziplinärer Rechtswissenschaft: Rechtstheorie

Und das gilt auch für die Rechtswissenschaft: Die Philosophie steht auch hinter jeder rechtswissenschaftlichen Teildisziplin als strukturelle Ressource fachübergreifender Erkenntnis bereit und erlaubt es, die in

83 Eindrücklich *Windelband*, Geschichte der Philosophie (Fn. 81), 7 f.

84 Teilweise a.A. v. d. *Pfordten*, Einsicht (Fn. 82), 116 ff.

die außerphilosophischen Fachwissenschaften ausdifferenzierten Wissensgebiete von der Soziologie über die Ökonomie, die Geistes- und Kulturwissenschaften bis hin zu den modernen Bio-, Geo- und Technologiewissenschaften in die Rechtswissenschaften theoretisch zu integrieren.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die oben gestellte Frage nach dem Erkenntnisziel der Rechtswissenschaft wie folgt beantworten: Rechtswissenschaft ist genau dann eine relevante Wissenschaft, wenn sie etwas Relevantes über unsere Gesellschaft auszusagen hat. Das kann selbstverständlich auch schon bei einer „rein“ dogmatischen Aussage der Fall sein.⁸⁵ Das Erkenntnisziel einer theoretisch anspruchsvollen Rechtswissenschaft wird aber weiter zu fassen sein. Es umfasst nach hier vertretener Auffassung auch den Anspruch einer *multidisziplinären Gesellschaftstheorie, betrachtet durch das Medium des Rechts*. Das Erkenntnisobjekt einer solchen gesellschaftstheoretischen Rechtswissenschaft ist nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie das Recht um seiner selbst willen, sondern vielmehr das Recht als aus vielfältigen Perspektiven zu beobachtendes Medium der Gesellschaft, als Symptom sozialer Entwicklungen und vor allem sozialer Deformationen. So lässt sich etwa die Frage formulieren, weshalb in der modernen Gesellschaft der vergangenen gut 300 Jahre aus altbekannten Begriffen ein normativ neuartiges Privatrechtssystem entstanden ist. Was wurde dadurch verdrängt, welche gesellschaftlichen Wertungsaprien galt es zu versöhnen?⁸⁶ Vordergründig handelt es sich dabei um eine rechtshistorische bzw. ideengeschichtliche Fragestellung mit Auswirkungen für die geltende Privatrechtsdogmatik. Blickt man genauer hin, lässt sich die Frage jedoch schon ohne Rechtsvergleichung nicht sinnvoll beantworten, weil schon das Common Law in seiner Einordnung des Privatrechtsbegriffs bei ähnlichem Wertungshintergrund jedenfalls an der Oberfläche anders verfährt als die kontinental-

85 Soweit es eine solche überhaupt gibt. Vgl. näher vorstehend bei Fn. 35.

86 Dazu im Einzelnen *Marietta Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014.

europäischen Rechtsordnungen.⁸⁷ Man kommt aber auch ohne Rechtsökonomik nicht aus, weil sonst die mit den gesellschaftlichen Institutionen Eigentum und Haftung verbundenen Anreizstrukturen nicht erklärliech werden.⁸⁸ Und so könnte man fortfahren: Natürlich geht es auch nicht ohne soziologische und kulturwissenschaftliche Theorie usw. usf.

Man könnte nun fragen: Warum so kompliziert? Könnte man sich mit Blick auf das Ziel einer fruchtbaren Rechtswissenschaft nicht auf einzelne dieser Perspektiven beschränken? Ist es nicht etwa viel näherliegend und relevanter, Recht mit Ökonomik zu verbinden statt Recht mit Ideengeschichte oder Recht mit Systemtheorie? *Aber woher wissen wir eigentlich, was naheliegend und was relevant ist?* Sobald man sich einmal auf diese Frage einlässt und damit hinter den Erkenntnisanspruch etwa der Ökonomik gelangt ist, ist man sofort wieder bei genuin philosophischen Fragen. Letztlich dreht sich alles Wissen und damit auch alle Wissenschaft um die Frage: *Was ist real, was können wir davon erkennen und was bedeutet es für unser Handeln?* Und diese Leitfrage ist letztlich nichts anderes als die Grundfrage der Philosophie. Das heißt aber auch, dass man sich unter rechtswissenschaftsrelevanter Philosophie etwas anderes vorstellen sollte als das, was die akademische Rechtsphilosophie und Fachphilosophie üblicherweise betreiben. Es gibt richtigerweise schon *begriffsnotwendig* keinen abgeschlossenen Kanon philosophischer Inhalte, Erkenntnisse, Fragen oder Funktionen, die für die Rechtswissenschaft relevant sind. Es ist – um das vorher referierte Bild noch einmal aufzugreifen – insoweit durchaus irreführend, sich die Rechtsphilosophie als „Brückenwissenschaft“ vorzustellen, über die fachphilosophische Diskurse in das

- 87 Näher *Eike G. Hosemann*, Privatrechtsidee und Common Law. Ein Kommentar zu Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, in: Michael Grünberger/ Nils Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, 62 ff.; dazu im selben Band erwidert *Marietta Auer*, Privatrecht ist doch wie Liebe, ebd., 98, 105 ff.
- 88 Grundlegend zur Verhaltenssteuerung durch Privatrecht *Gerhard Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Private – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), 352 ff.; vgl. auch *Alexander Hellgardi*, Regulierung und Privatrecht, 2016.

Recht hinein transportiert werden.⁸⁹ Die Philosophie ist, um im Bilde zu bleiben, vielmehr das *Wasser unter der Brücke*, das auch in sämtlichen Kanälen und Rohrleitungssystemen der Rechtswissenschaft ebenso wie der aller anderen Fachwissenschaften vielleicht nur ein wenig schmutziger, aber im Übrigen unterschiedslos längst zirkuliert und sie alle gleichermaßen am Leben erhält.

Das vom Wissenschaftsrat monierte dysfunktionale Nebeneinander von Dogmatik und Grundlagen verschwindet damit von selbst, wenn man in konzentrischen Kreisen von der Rechtsdogmatik in die Nachbarwissenschaften und zu immer fachferneren Wissenschaften voranschreitet und erkennt, dass all deren Erkenntnisansprüche zwar nicht eins, wohl aber durch die Einheit jedes wirklich fundamentalen Erkenntnisinteresses einander gegenseitig verpflichtet sind. Man geht bei dem Versuch, fruchtbare multidisziplinäre Fragen zu stellen, also aus der Rechtswissenschaft hinaus, um dann durch die philosophische Substanz alles theoretischen Wissens wieder in sie hineinzukommen. Rechtstheorie ist damit, wenn sie gelingt, *philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft*. In diesem und nur in diesem eingeschränkten Sinne trifft *Hilgendorf*s oben zitiertes Diktum „Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie – und wieder zurück zur Rechtsphilosophie!“⁹⁰ im Ergebnis also das Richtige.

Was gilt aber für diejenigen im Kern metaphysischen Ansprüche und Lösungsansätze der Philosophie, deren Tauglichkeit als wissenschaftliche Theoriebestandteile von den metaphysikkritischen Vertretern der analytischen Rechtstheorie und der Allgemeinen Rechtslehre seit jeher mit aller Vehemenz bestritten wurde? Wie gesehen war es ja gerade das Ziel der Rechtstheorie und Allgemeinen Rechtslehre gewesen, in Abgrenzung zur hergebrachten Rechtsphilosophie jegliche Art von „falscher“ Metaphysik aus der Theorie des Rechts zu eliminieren.⁹¹ Wie passt das nun zu der hier dargelegten Auffassung, dass es in der Rechtstheorie erstens nicht ohne Philosophie geht und dass zweitens konsequenterweise auch alle stark metaphysischen Annahmen der

89 Vorstehend bei Fn. 76.

90 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 50.

91 Näher vorstehend III.1. bei Fn. 39 ff.

Philosophie als argumentative Ressourcen innerhalb des rechtstheoretischen Argumentationskanons verfügbar bleiben? Um diese Frage zu beantworten, lohnt es sich an dieser Stelle, den Blick noch einmal zu *Kantorowicz*' Modell der Rechtswissenschaften zurückzuwenden.⁹² An dessen Oberfläche stellte sich dieselbe Frage nach dem ungeklärten „Dazwischen“ der einzelnen juristischen Teildisziplinen, die heute vom Wissenschaftsrat thematisiert wird. In der Tiefe beruhte *Kantorowicz*' Modell jedoch wie gesehen auf einem alle juristischen Teildisziplinen als notwendige Weltzugänge verbindenden neukantianischen Weltbild, das nicht ohne erkenntnistheoretische Metaphysik begründbar war. Es ist nun wie gesagt nicht erforderlich, sich diese oder eine andere metaphysische Weltsicht zueigen zu machen, um erfolgreiche interdisziplinäre Grundlagenforschung zu betreiben. Man sollte sich aber vor der Illusion hüten, die bloße Vermeidung der Reflexion der metaphysischen Grundlagen des eigenen Erkenntnisanspruchs sei schon hinreichender Beweis ihrer Metaphysikfreiheit.

Richtig dürfte das Gegenteil sein: Es gibt keine rationale Weltkonstruktion ohne zugrundeliegende metaphysische Annahmen über die grundsätzliche Möglichkeit und Kohärenz rationaler Welterkenntnis. Es gibt damit auch keine wirklich tiefe Rechtstheorie ohne Philosophie, die diese unausgesprochen metaphysischen Voraussetzungen des eigenen erkenntnistheoretischen Standpunkts freilegt und kritisch hinterfragt. *Karl Popper* bringt es auf den Punkt:

„Die Erkenntnistheorie, wie die Philosophie überhaupt, bedarf einer *apologia pro vita sua* – einer Verteidigung ihrer Existenz. Denn was die Philosophie seit dem Tode Kants auf dem Gewissen hat, in intellektueller sowie auch in moralischer Hinsicht, das stellt eine schwere Anklage dar. Aber es gibt ein Argument zur Verteidigung der Philosophie. Es ist das folgende: alle Menschen haben eine Philosophie, ob sie es wissen oder nicht. Zugegeben, dass diese unsere Philosophen allesamt nicht viel wert sind. Aber ihr Einfluß auf unser Denken und Handeln ist oft geradezu verheerend. Damit wird es notwen-

92 Vorstehend II.3. bei Fn. 27 ff.

dig, unsere Philosophien *kritisch* zu untersuchen. *Das ist die Aufgabe der Philosophie*; und darin liegt ihre Verteidigung.⁹³

Eine abschließende Frage zu den aus dieser Einsicht folgenden disziplinären Grenzziehungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie lässt sich wie folgt formulieren: Wenn es zutrifft, dass das Erkenntnisziel der Rechtstheorie nicht ohne philosophische Substanz zu haben ist, wäre es dann nicht sinnvoller, statt auf die den antimetaphysischen Reflexionsstand des späten 20. Jahrhunderts evozierende Kompromissformel „Rechtstheorie“ doch wieder auf die alte Disziplinbezeichnung „Rechtsphilosophie“ zurückzugreifen? Könnte eine philosophisch informierte multidisziplinäre Rechtswissenschaft nicht auch und gerade – im starken Sinne der obigen *Hilgendorfschen* Formel – die Disziplingrenzen zwischen beiden Fächern doch wieder in die Richtung der Rechtsphilosophie verschieben und deren umfassenden Erkenntnisanspruch zu neuem Leben erwecken?⁹⁴

Ja und nein. Ja aus dem soeben genannten Grund. Nein, weil die Disziplinbezeichnung „Rechtsphilosophie“ nach allem Gesagten noch wesentlich stärker als das modernere Konkurrenzprodukt „Rechtstheorie“ den inhaltlichen Stempel der Debatten des 19. und 20. Jahrhunderts trägt, der für viele Fragen der Rechtsentwicklung der Gegenwartsgesellschaft schlicht obsolet ist. Wenn es um multidisziplinäre Theoriefragen der gegenwärtigen Rechtswissenschaft geht, erscheint es daher vorzugswürdig, von „Rechtstheorie“ zu sprechen, obwohl auch dieser Begriff nicht glücklich gewählt, sondern für die ihm aufgebürdete fundamentale Aufgabe im Grunde genommen zu diffus ist. Gerade diese begriffliche Unschärfe mag sich indessen als Stärke erweisen, wenn es um die künftige inhaltliche Neuausrichtung dieser

93 *Karl Popper*, Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, Vorwort zur dritten deutschen Auflage, XXXIII; Hervorhebungen im Original. Zu diesem Zitat in ähnlichem Zusammenhang auch *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 32; *Jestaedt*, Theorie (Fn. 36), 14.

94 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; vgl. vorstehend bei Fn. 50 sowie zum teilweise vertretenen Anspruch disziplinärer Überordnung der Rechtsphilosophie über die Rechtstheorie bereits bei Fn. 6 sowie Fn. 47. Dagegen zutreffend *Dreier*, in: *FS Starck* (Fn. 39), 28 ff.

Disziplin geht. Gegenwärtig erscheint es daher als die beste Option, die weitere Entwicklung der Disziplinbezeichnungen im juristischen Grundlagenbereich abzuwarten und sich einstweilen mit dem Begriff „Rechtstheorie“ als vorläufige Chiffre für das „Dazwischen“ multidisziplinärer Erneuerung zu bescheiden.

V. Einzelfragen

Abschließend seien drei rechtstheoretische Themenfelder vorgestellt, an deren Bearbeitung sich der Erkenntniswert der hier entworfenen multidisziplinären Rechtstheorie konkret erproben lässt. Die drei Felder betreffen das Recht der Moderne, die Methode von Recht und Rechtswissenschaft sowie die Textualität des Rechts. Bei der Diskussion aller drei Einzelfragen liegt das hauptsächliche Augenmerk darauf, nachvollziehbar zu machen, wie restlos alle rechtswissenschaftlichen Theoriefragen, gleich ob man ihren Ausgangspunkt philosophisch, historisch, ökonomisch oder rechtsdogmatisch verankert, miteinander verbunden sind, ja unlösbar zusammenhängen. Im Folgenden wird ein geschlossener theoretischer Argumentationskreis vom Recht der Moderne zur Methode und Textualität des Rechts wieder zurück zum Ausgangspunkt führen.

1. Recht und Moderne

Was ist Moderne, was bedeutet Moderne im Recht? Die erste, für alles Weitere wesentliche Einsicht zur Beantwortung dieser Frage lautet, dass eine rein rechtshistorische Sicht auf die Moderne als Epochenbegriff, der sich mit der Wende zur Neuzeit ab etwa 1500 und verstärkt noch mit dem seit Mitte des 17. Jahrhunderts reflektierten Bewusstsein gesellschaftlichen Wandels in Verbindung bringen lässt, nicht befriedigen kann.⁹⁵ Gesellschaftliche Moderne ist mehr als eine historische Epoche, nämlich ein komplexes soziologisch-historisch-ökonomisches Gesamtphänomen, das – und damit wäre man beim Thema – nur multidisziplinär erfasst werden kann. So beschreibt der Modernebegriff eine Vielzahl verwandter Phänomene gesellschaftlichen Strukturwandels, die von der „großen Transformation“ zur Industriegesellschaft des 18. und 19. Jahrhunderts bis zu den aktuellen Krisen der

95 Näher zum Folgenden Auer, Liebe (Fn. 87), 109 ff. sowie bereits *dies.*, Diskurs (Fn. 86), 11 ff., jeweils m.w.N.

westeuropäischen Nachkriegsdemokratien und ihrer Wohlfahrtsstaaten reichen. Gemeinsam ist allen Phänomenen der Moderne von der Aufklärung bis zur Gegenwart – sehr vereinfachend gesprochen – eine Verlusterfahrung: Ihr Grundproblem, gleich ob auf das 17. oder das frühe 21. Jahrhundert bezogen, ist stets der Verlust von Gewissheitszeichen in einer Welt, der der Glaube an ihre übergeordnete Sinnhaftigkeit abhanden gekommen ist, verbunden mit existentieller ontologischer Verunsicherung und dem Kampf um die Wiederaufrichtung von Gewissheiten, die nur noch vom Menschen selbst als einziger verbliebenem und doch essentiell unzulänglichem Normgeber ausgehen kann. Eine so geprägte Moderne ist immer ambivalent, ihr Fortschritt in die Richtung von Aufklärung und Rationalität ist niemals linear, sondern immer von Krisen und Rückschlägen begleitet und um den Preis teils katastrophal destruktiver Nebenfolgen erkauft. Die moderne Gesellschaft ist außerdem niemals stabil; sie ist die Gesellschaft des sich selbst dynamisch beschleunigenden Wandels, der Selbstauflösung von inneren und äußeren Grenzen, der globalen Dominanz ökonomischer Logiken und der Entwertung aller hergebrachten Bindungen.

Welches Recht bringt eine solche Gesellschaft hervor? Nimmt man die rechtstheoretische Mikroperspektive ein, kann man etwa zu dem bereits erwähnten Ergebnis kommen, dass das moderne Privatrechtsystem mit seiner Dominanz individualistischer Leitbegriffe erst seit der Wende zur Moderne überhaupt konzeptionell denkbar geworden ist, seitdem aber auch alle inneren Widersprüche der modernen Gesellschaft präzise nachvollzieht und um der Einheit seines Wertsystems willen nicht offenlegen kann. Das lässt sich etwa daran ablesen, dass das bürgerliche Eigentum auf der Grundlage des römischrechtlichen *dominium* erst seit der Neuzeit als bedeutsamstes subjektives Privatrecht verstanden werden konnte, was aber nichts daran änderte, dass gleichzeitig die Eigentumsschranken inflationär angewachsen sind. Seit einiger Zeit lässt sich zudem eine expansive Dynamik und kontinuierliche Verschiebung der privaten Eigentumsordnung in den Bereich immaterieller Güter hinein beobachten, bei denen die Ausschließlichkeitslogik des klassischen Eigentums immer mehr an ihre Grenzen stößt. Selbstbeschleunigender Wandel, Selbstdestruktivität und innere Widersprüchlichkeit, Entgrenzung und Selbstauflösung:

Die bürgerliche Eigentumsordnung bildet ein Musterbeispiel für das aporetische Recht der Moderne.⁹⁶

Das ist aber noch lange nicht alles. Das Thema der Moderne im Recht ist nämlich unerschöplich. Zwei weitere Beispiele rechtstheoretischer Mikroanalyse seien daher an dieser Stelle aufs Geratewohl herausgegriffen. Das erste betrifft den rapiden Wandel der sozialen und rechtlichen Anschauungen über Ehe und Familie, der in Deutschland jüngst in der im Handstreichverfahren Gesetz gewordenen „Ehe für alle“ kulminiert ist.⁹⁷ Wer deren Durchsetzung für das kurzlebige Werk interessierter Ideologien hält, täuscht sich indessen grundlegend. Denn hinter der – höchstwahrscheinlich noch gar nicht abgeschlossenen – Öffnung des Ehebegriffs für erweiterte, gleichgeschlechtliche ebenso wie mehrpolige oder zeitlich und sachlich befristete Eheformen steht eine jahrhundertelange ideengeschichtliche Verschiebung der Ehe in die Richtung einer immer stärker von klassischen Ehezwecken befreiten, individualistisch verfassten Liebes- und Beistandsgemeinschaft, die paradigmatischer Ausdruck des modernen Wertewandels weg von hergebrachten göttlichen und naturrechtlichen Gewissheiten hin zum Menschen als Normgeber ist, der seine privatrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regelt.⁹⁸ Lässt man sich konsequent auf das Vertragsprinzip als Grundlage des Eheschlusses ein, gibt es jedoch keinen normativen Grund mehr, der privatautonom begründeten dauerhaften Lebensgemeinschaft zweier Menschen desselben Geschlechts oder entsprechenden mehrpoligen Austauschverhältnissen den Ehebegriff vorzuenthalten.⁹⁹ Diesen emanzipatorischen Fortschritt gibt es allerdings nur zum üblichen Listenpreis der Moderne: Keine

96 Ausführlich dazu *Auer*, Diskurs (Fn. 86), 91 ff. m.w.N.

97 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.07.2017, BGBl. I, 2787, in Kraft getreten am 1.10.2017; vgl. auch BT-Drs. 18/6665 v. 11.11.2015 und 18/12989 v. 28.6.2017.

98 Zum Folgenden *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 259 ff. sowie ausführlich *Gerd Brudermüller*, Paarbeziehungen und Recht. Rechtsphilosophie und Familienrecht der Partnerschaft, 2017, 79 ff.

99 Näher *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 264; ähnlich *Brudermüller*, Paarbeziehungen (Fn. 98), 61 ff.; a.A. *Christopher Schmidt*, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, NJW 2017, 2225 ff.

Individualisierung ohne Zweckentleerung, Entgrenzung und normative Einebnung der nur naturrechtlich zu begründenden besonderen Schutzwürdigkeit der Ehe.¹⁰⁰ Dagegen gibt es auch keinen normativen Schutzwall etwa auf der Grundlage der Annahme unwandelbarer Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, denn auch dieser entkommt der Aporie des modernen Individualismus nicht, die ihm dieselbe innere Wandelbarkeit aufzwingt wie allen anderen normativen Institutionen der Moderne.¹⁰¹ Die privatrechtliche „Ehe für alle“ ist nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern tatsächlich konsequente Fortschreibung des normativen Programms der Moderne. Das größere verfassungsnormative Problem wäre auf Dauer ihre gleichheitswidrige Nichtanerkennung gewesen, ebenso wie das künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit noch für weitere bis heute *de facto* ausschließlich an monogame Paarbeziehungen geknüpfte Privilegien wie Zugang zur Adoption, zu modernen Reproduktionstechnologien sowie zu einer Vielzahl steuer-, erb- und versorgungsrechtlicher Begünstigungen diskutiert werden wird.

Zweitens sei der Blick weg von der Ehe und hin zu einem der wohl meistdiskutierten, aber in seinen rechtstheoretischen Auswirkungen noch kaum verstandenen Themen gesellschaftlichen Wandels der vergangenen Jahrzehnte gerichtet: der Wende zum Digitalzeitalter. Es reicht nicht aus, sich die Folgen der Digitalisierung für das Recht als durch Gerichte oder den Gesetzgeber einfach technisch lösbarer Fragen vorzustellen. Das mag für gewisse dogmatische Einzelfragen der Behandlung digitaler Vertragsinhalte oder digitaler Nachlässe vordergründig zutreffen.¹⁰² Auf einer tieferen Ebene verändert der digitale Wandel jedoch nicht nur einzelne rechtliche Institutionen, sondern

100 So sind weitere Folgeänderungen etwa für das Abstammungsrecht absehbar; dazu *Martin Löhnig*, Ehe für alle – Abstammung für alle?, *NZFam* 2017, 643 f.

101 Näher zum Ganzen *Auer*, *ACP* 216 (2016), 239, 265 ff. m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

102 Aus der breiten aktuellen Diskussion etwa *Constantin Willems*, Erben 2.0 – zur Beschränkbarkeit der Rechtsnachfolge in das „digitale Vermögen“, *ZfPw* 2016, 494 ff.; *Christiane Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, *NJW* 2016, 2609 ff.; *Stefan Kirn/Claus D. Müller-Hengstenberg*, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, *NJW* 2017, 433 ff.; *Merle Bock*, Ju-

vielmehr die gesamte Struktur rechtlicher Normativität und – noch bedeutsamer – die Selbstdefinition des Menschen in der modernen Gesellschaft und damit auch seine Selbstrepräsentation im Recht. Die Rechtstheorie wird sich künftig etwa mit der Frage zu befassen haben, ob staatliches Recht noch sinnvoll als allgemeines Recht erlassen werden kann, wenn die digitale Ökonomie längst weiter ist und Angebote ebenso wie Preise aufgrund hinterlassener Datenspuren individuell maßschneidert. Es liegt auf der Hand, dass eine solche „Granulierung“ oder datenbasierte Personalisierung auch im Bereich der Rechtssetzung und Rechtsanwendung ohne weiteres möglich ist und tatsächlich bereits diskutiert und praktiziert wird.¹⁰³ Die Rechtstheorie wäre gut beraten, sich bereits jetzt Antworten auf die keineswegs fernliegende Frage zurechtzulegen, wohin eine strukturell digitalisierte und personalisierte Rechtsordnung steuert, in der das Individuum nicht trotz, sondern gerade *wegen* seiner vollständigen datengetriebenen Berechenbarkeit zunehmend obsolet wird.

Mehr noch: Sie wird auch nach den Ursachen dieser datengetriebenen Berechenbarkeit fragen müssen und dabei auf die Tatsache stoßen, dass Verfahren digitaler Profilierung, die bis vor wenigen Jahrzehnten ausschließlich staatlichen und polizeilichen Akteuren vorbehalten waren, heute zu den unabdingbaren Voraussetzungen der Selbstdefinition des autonomen Subjekts zählen. Dabei befindet sich die digitale Selbstverwirklichung des Individuums auf der Grundlage des Vertragsmodells „Daten gegen digitale Teilhabe“¹⁰⁴ auf bestem Wege dazu, sämtliche Grundlagen der künftigen Unversehrtheit ebendieser In-

ristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 217 (2017), 370 ff. sowie die einschlägigen Beiträge zur Zivilrechtslehrertagung in Zürich 2017 zum Thema „Digitalisierung und Privatrecht“, als Sammelband veröffentlicht in AcP 218 (2018), 1 ff.

- 103 Repräsentativ *Cass R. Sunstein*, Deciding by Default, 162 U. Pa. L. Rev. (2013), 1, 48 ff.; *ders.*, Choosing (Fn. 29), 157 ff.; *Ariel Porat/Lior J. Strahilevitz*, Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data, 112 Mich. L. Rev. (2014), 1417 ff.; *Omri Ben-Shahar/Ariel Porat*, Personalizing Negligence Law, 91 NYU L. Rev. (2016), 627 ff.
- 104 Als „Dienst gegen Daten“ allzu harmlos beschrieben; so *Axel Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817 ff. Deutlicher als

dividualität durch öffentliche Preisgabe und massentaugliche Konditionierung auszuhöhlen, und zwar – und das ist das Neue und so noch nie Dagewesene – aufgrund *freiwilliger* Selbstentäußerung geschützter privater Daten, die ohne große Mühe viel tiefere Einschnitte in bislang der individuellen Privatsphäre vorbehaltene Bereiche zeitigt, als staatlicher Zwang dies je vermocht hat.¹⁰⁵ Dass das dadurch entstehende neue Selbstbild des Menschen, der seine digitale Selbstentäußerung nicht nur klaglos hinnimmt, sondern sie vielmehr als Teil seiner Selbstdefinition als *Selbstverständlichkeit* begrüßt, auch zu einem langfristig veränderten Verständnis aller wesentlichen Grundlagen des Rechtssystems von den – weitgehend leerlaufenden – Grundrechten über das Demokratieprinzip und die Definitionen von Öffentlichkeit und Privatheit bis hin zu den Einzelheiten von Zulässigkeit, Art und Tiefe staatlicher und außerstaatlicher Regulierung in allen möglichen Bereichen vom Haftungs-, Versicherungs- und Verbraucherschutzrecht bis zur detaillierten Gestaltung lebensweltlicher und biographischer Umstände führen wird und hierzu bereits vielfach geführt hat, sollte auf der Hand liegen.¹⁰⁶

An dieser Stelle enden damit auch sämtliche Analogien zu den bislang formulierten Kritiken der totalitären Konsequenzen des technologischen Fortschritts für die menschliche Gesellschaft und verlangen eine Neuformulierung. Verbindet man etwa *Michel Foucaults* Genealogie repressiver Machttechniken am Beispiel der Geschichte staatlichen Strafens, in der das Verschwinden vormoderner, „analoger“ Körperstrafen mit der gleichzeitigen Verdichtung mentaler Disziplinierung und ökonomischer Herrschaft über Subjekte einhergeht,¹⁰⁷ mit den

hier noch *Jens-Christian Rabe*, Verbrechen und Versprechen. Früher bekamen Serienmörder ein Profil – heute erstellen die Menschen ihres im Netz selbst, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 226 v. 30.9./1.10.2017, 15: „Daten gegen Freiheit“.

- 105 Eingehend *Andreas Bernard*, Komplizen des Erkennungsdienstes. Das Selbst in der digitalen Kultur, 2017, 192 ff.; dazu *Rabe*, Verbrechen (Fn. 104), 15.
- 106 Wiederum ist auf die „Nudging“-Debatte zu verweisen; dazu bereits vorstehend Fn. 29.
- 107 Grundlegend *Michel Foucault*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, 1977; zu Anschlussmöglichkeiten *Klaus Birnstiel*, Wie am Meeresufer ein Gesicht im Sand. Eine kurze Geschichte des Poststrukturalismus, 2016, 199 ff.

Grundlagen der modernen Digitaltechnologie, so endet der strukturelle Analogieschluss zur Regulierung und Konditionierung der beherrschten Subjekte durch staatlichen Anstaltszwang genau dort: an der staatlichen Anstalt. Das Frappierende des Digitalzeitalters ist die Internalisierung totaler Regulierung sämtlicher Lebenszusammenhänge durch digitale Strukturen in *freiwilliger* Komplizenschaft von Staat und privaten Akteuren.¹⁰⁸ Das Feld der Rechtsentstehung ist damit diffus geworden: Regulierung ist nicht mehr gleich Recht; Rechtssetzung ist nicht mehr auf den Staat beschränkt; Rechte eröffnen nicht mehr notwendig sinnvolle individuelle Autonomiesphären; Recht ist im Begriff, sich im globalen Internet der Dinge aufzulösen wie der Zucker im Kaffee, zum bloßen Informations-Bit herabzusinken und durch selbstregulierende digitale Plattformstandards und globales Soft Law ersetzt zu werden.¹⁰⁹

2. Recht und Methode

Die zuletzt dargelegte Überlegung führt unmittelbar zum zweiten hier zu diskutierenden Themenfeld der Methodik der Rechtsentstehung. Recht entsteht – auch in den Rechtsordnungen des Civil Law – bisher durch das fallweise richterrechtlich austarierte Zusammenspiel von Grundsatz und Norm, Regel und Einzelfall, das sich mit der hergebrachten Methodenlehre, die lediglich einzelne Argumentationstopoi auf dem Weg zur Falllösung beschreibt, aber wenig bis nichts zur Entstehung neuer Rechtssätze aus kohärenten Falllösungsfeldern beizutragen hat, bis heute nicht befriedigend erklären lässt.¹¹⁰ Schon der kon-

108 Eindringlich *Rabe*, Verbrechen (Fn. 104), 15.

109 Repräsentativ *Richard Susskind*, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, 2008; *Mireille Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015; *dies.*, Law as Information in the Era of Data-Driven Agency, 79 Mod. L. Rev. (2016), 1 ff.

110 Grundlegend zum Versuch, dies wenigstens zu beschreiben, bis heute *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl. 1990, 11, 20 ff. und *passim*.

ventionelle Kern der Rechtsentstehung durch richterliches Fallrecht und wissenschaftliche Systematisierungsleistung liegt damit im blinden Fleck der hergebrachten juristischen Methodenlehre des kontinentalen Gesetzesrechts,¹¹¹ und dieses Problem wird sich mit Blick auf die erwähnten Potentiale einer digitaltechnologischen Strukturverschiebung der gesamten Rechtsgestaltungstätigkeit weg vom Staat und hin zu digital regulierenden Privaten künftig noch verschärfen. Die hergebrachten Strategien der juristischen Methodik versagen in einer zunehmend durch globalen und außerstaatlichen Normpluralismus geprägten Rechtsumwelt. Der Einbruch der Moderne mit all ihren Teilphänomenen ist auch im juristischen Methodendiskurs der Gegenwart unübersehbar und bislang nicht erkennbar bewältigt.

Und schon befindet man sich wieder inmitten rechtstheoretischer Fragestellungen, die sich mit den Bordmitteln einer auf nationale und staatliche Rechtssysteme zugeschnittenen juristischen Methodenlehre nicht mehr bewältigen lassen. Es bedarf einer vergleichenden Rechtswissenschaftstheorie, um übergreifende Strukturen der Normentstehung und Normanwendung herauszuarbeiten, die auch in transnationalen Soft Law-Regimes und internationalen Mehrebenensystemen anschlussfähig sind. Dabei hat man es mit einer genuin rechtstheoretischen Aufgabe zu tun, die auf der Grundlage eines internationalen Strukturvergleichs rechtswissenschaftlicher Herangehensweisen letztlich auf die Frage zielt, ob es so etwas wie global geteilte Grundannahmen von Rechtswissenschaft überhaupt gibt. Es steht zu vermuten, dass die Antwort darauf weit abseits von inhaltlichen Fragen der jeweiligen nationalen Rechtsdogmatiken zu suchen ist und stattdessen sprachliche, semantische und performative Strukturen rechtlicher Normentstehung in den Blick zu nehmen hat, die wiederum genuin philosophisches Terrain sind.

Beispielhaft kann auf die Entstehung der europarechtlichen Methodenlehre seit den 1980er Jahren verwiesen werden, deren Relevanz für sämtliche Bereiche einfachgesetzlicher Rechtsanwendung im nationa-

111 Das Common Law ist hier – bei aller rechtsvergleichenden Vorsicht – weiter; vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 17), 245 ff. (Rn. 4 ff.).

len Methodendenken spätestens seit den 1990er Jahren allgemein anerkannt ist.¹¹² Rechtstheoretisch bedeutsam ist diese Entwicklung, weil sie den hergebrachten Kanon der klassischen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden mit zwingender Wirkung an seine Grenzen geführt und für die ganz anders strukturierten Diskurse des Unionsrechts geöffnet hat. Dies betrifft insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die eher an die Fallrechtspraxis des Common Law erinnert als an die Entscheidungspraxis deutscher Obergerichte. Zugespitzt lässt sich die These formulieren, dass durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den vergangenen Jahrzehnten ein neues Fallrechtssystem entstanden ist, das aufgrund seiner bindenden Wirkung jedenfalls mittelfristig auch im nationalen methodischen Kontext eine Neubewertung der Grundsatzfragen nach dem Rechtsquellencharakter richterlicher Präjudizien sowie nach dem notwendigen Wechselspiel von Grundsatz und Norm in der Rechtsfindung erzwingen wird. Entsprechende Ansätze der deutschsprachigen juristischen Methodenlehre, die bereits in den 1950er bis 1970er Jahren formuliert wurden, erhalten auf dieser Grundlage eine späte Bestätigung und legen aus heutiger Sicht eine Wiederaufnahme und Neubearbeitung nahe.¹¹³

Die Folgen der unionsrechtlichen Umwälzung der Methodenlehre reichen aber noch weiter. So sind die disziplinären Grenzen zwischen öffentlichem und privatem, nationalem und transnationalem Recht dadurch insgesamt in Bewegung geraten und haben rechtstheoretischen Diskursen einen Impuls in die Richtung rechtsquellentheoretischer Pluralisierung verliehen, der in früheren Jahrzehnten konzeptionell so nicht denkbar gewesen wäre. So galt es um 1960 bereits als methodisch progressiv, juristische Methodenfragen als Verfassungsfragen zu behandeln und damit die zu diesem Zeitpunkt noch ernsthaft verteidigte Annahme normativer Autonomie des Privatrechts gegenüber

112 Repräsentativ *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015; zum Ganzen näher *Auer*, *Berliner Republik* (Fn. 52), 128 ff. m.w.N.

113 Exemplarisch in diesem Sinne *Mehrdad Payandeh*, *Jurikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkung von Präjudizien*, 2017.

dem Grundgesetz herauszufordern.¹¹⁴ Inzwischen werfen Methodenfragen jedoch längst nicht mehr nur Verfassungsfragen, sondern vor dem Hintergrund rechtssystemübergreifender Pluralisierung ganz allgemeine Fragen nach der Möglichkeit textbasierter Sinnentstehung in multipolaren Normwelten auf.¹¹⁵ An dieser Stelle mündet die Pluralisierung der juristischen Methodenlehre damit in den wissenschaftstheoretischen Horizont der Frage, was juristische Methodik als wissenschaftliches Erkenntnis- oder Praxisverfahren überhaupt leisten kann oder soll.¹¹⁶

3. Recht und Textualität

Die zuletzt gestellte Frage ist schließlich wiederum eine genuin philosophische Frage, die nicht ohne Auseinandersetzung mit den Bedingungen der Entstehung rechtlichen Sinns aus sprachlichen Zeichen zu beantworten ist. Eine bereits tangierte Fragestellung bezieht sich dabei auf die Art und Weise, in der soziale Kommunikation in Abhängigkeit von den ihr jeweils zur Verfügung stehenden Medien – von Oralität über Literalität bis hin zur noch vielfach unerschlossenen Digitalität – das Recht formt.¹¹⁷ Die philosophische Grundproblematik, auf die man dabei stößt, ist jedoch für alle verschriftlichten Rechtssysteme zunächst dieselbe: Die Schriftlichkeit des Rechts impliziert nicht nur die Möglichkeit überzeitlicher und überpersönlicher Textfixierung und Textüberlieferung, sondern eröffnet notwendig eine semantische Differenz zwischen Geschriebenem und Gemeintem, Zeichen und Be-

114 Ausgangspunkt war das Lüth-Urteil BVerfGE 7, 198; dazu *Haserkamp*, AcP 214 (2014), 60, 78 ff.

115 Exemplarisch *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, „Der Buchstabe tödtet, aber der Geist macht lebendig“? Zur Bedeutung des Gesetzesverständnisses der jüdischen Tradition für eine postmoderne Rechtstheorie, Rechtstheorie 40 (2009), 431 ff.; zum Ganzen näher *Auer*, ZEup 2015, 773, 788 ff. m.w.N.

116 Ähnliche Ausgangsfrage bei *Reimer*, Methodenlehre (Fn. 20), 21 ff. (Rn. 1 ff.).

117 Dazu nur *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 170 ff. (Rn. 280 ff.).

zeichnetem, *signifiant* und *signifié*, Schrift, Sinn und Sein.¹¹⁸ Jede Methodenlehre, die sich ernsthaft mit der Sinnentstehung aus Rechtstexten befasst, muss sich in der einen oder anderen Weise zu dieser Differenz verhalten.

Das herkömmliche Modell der auf dem Gedanken der autoritativen Geltung staatlicher Gesetzesstexte beruhenden kontinentaleuropäischen Methodenlehre besteht darin, diese Differenz durch den Vorrang autoritativer Normgeltung vor der Selbständigkeit des richterlichen oder administrativen Interpretationsakts aufzuheben. Grundlegend hierfür ist die Prämisse, dass der dem Legislativakt nachgelagerte Interpretationsakt lediglich die im Gesetzesstext enthaltenen Intentionen des Gesetzgebers unter Anwendung hermeneutischer Sinnangleichungsverfahren nachvollzieht und das Gesetz insoweit lediglich auslegt oder sinnentsprechend fortbildet, ihm jedoch grundsätzlich keinen eigenständigen, unabhängigen Sinn hinzufügt. Richterliche Rechtsschöpfung ist im hergebrachten Methodenmodell allenfalls in Ausnahmefällen anders nicht behebbarer Rechtslücken akzeptabel, ansonsten jedoch dem erklärten Anspruch nach unzulässig.¹¹⁹ Grundsätzlich daselbe gilt insoweit – und dies unterstreicht die Universalität des zugrundeliegenden philosophischen Problems – auch für die nicht auf legislative, sondern auf judikative Quellentexte abstellende Methodentradition des Common Law.¹²⁰ Die „Lesbarkeit“ als hermeneutisch vermittelte Sinnzugänglichkeit autoritativer Rechtstexte wird letztlich von allen Methodenmodellen als notwendige und nicht weiter hinterfragbare Bedingung vorausgesetzt.

Bei genauerer Betrachtung lässt sich dieses Sinnentstehungsmodell indessen nicht halten. Fundamentale Kritik daran wurde bereits um die Wende zum 20. Jahrhundert von den freirechtlichen Kritikern des zeitgenössischen Gesetzespositivismus mit seinen teilweise utopischen Vollständigkeits- und Lückenlosigkeitspostulaten geübt. Bis heute

118 Linguistische Grundlagen und poststrukturalistische Kritik bei *Birnstiel*, Gesicht im Sand (Fn. 107), 49 ff., 115 ff.

119 Repräsentativ *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, 560 ff. (Rn. 936 ff.); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 53), 232 ff.

120 Dazu nur *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 17), 255 ff. (Rn. 21 ff.).

kaum verstanden wird dabei, dass es insbesondere *Hermann Kantorowicz* entgegen dem, was mit dem Begriff „Freirecht“ meist assoziiert wird, gerade nicht darum ging, die richterliche Bindung an das Gesetz durch Betonung der eigenschöpferischen Qualität der richterlichen Interpretationsleistung in Abrede zu stellen. *Kantorowicz*’ Freirechtslehre enthält vielmehr den Entwurf einer Rechtstheorie, der von der fundamentalen, letztlich unüberbrückbaren Bedeutung der Differenz zwischen Gesetz und Gesetzgeberwille ausgeht und damit bis heute den Finger in die Wunde solcher Methodenkonzeptionen legt, die sich dieser texttheoretischen Einsicht verschließen.¹²¹ Nach *Kantorowicz* ist ein methodenehrliches Verständnis von Gesetzesbindung nur möglich, wenn man anerkennt, dass eine Rechtsfindung niemals allein auf der Autorität des Gesetzes, sondern stets auf einer autonomen Interpretationsleistung des Rechtsanwenders beruht und damit *notwendig* richterliche Rechtsschöpfung voraussetzt. Es ist gerade die *Achtung* vor der Gesetzesbindung, die es gebietet, jegliche rechtserzeugende Interpretation als autonome Rechtsschöpfung und nicht nur als gebundene Rechtsfortbildung oder Fortentwicklung der im Gesetz bereits angelegten autoritativen Wertentscheidung zu deuten.¹²²

Bestätigung findet diese Grundthese des Freirechts in der seit einiger Zeit von der Rechtstheorie entdeckten oder wiederentdeckten Interpretationskultur des jüdischen Rechts, die seit Jahrhunderten auf dem Meinungpluralismus rabbinischer Interpreten aufbaut und in diesem „anarchischen“ Verständnis von Sinnstiftung durch divergierende, ja inkonsistente Interpretationsstandpunkte kein Defizit, sondern im Gegenteil eine vernunftbegründende Qualität erkennt.¹²³ Das jüdische Gesetzesverständnis lehrt, die richterliche Begründungsleistung als

121 Zum Ganzen ausführlich *Auer*, ZEuP 2015, 773 ff.; kritisch dazu, jedoch ohne neue Erkenntnisse zu *Kantorowicz* *Klaus F. Röhl*, Freirecht und rabbinische Interpretationskultur. Zu einer These von Marietta Auer, <http://www.rsozblog.de/tag/rabbinische-interpretationskultur> (zuletzt abgerufen am 20.11.2017).

122 So ausdrücklich *Hermann Kantorowicz*, Probleme der Strafrechtsvergleichung, MSchKrimPsych 4 (1907/8), 65, 76 f.; dazu *Auer*, ZEuP 2015, 773, 786 f.

123 Dazu etwa *Suzanne L. Stone*, In Pursuit of the Counter-Text. The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory, 106 Harv. L. Rev. (1993), 813, 828 ff.; *Justus v. Daniels*, Religiöses Recht als Referenz. Jüdisches

notwendig eigenständiges, heteronomes normatives Datum zu begreifen, das sich vor den autoritativen Gesetzestext schiebt und diesen in einer fundamentalen Weise normativ unverfügbar macht. Irrationalität und Richterwillkür folgen nach diesem Modell nicht aus der Vielfalt diverser und methodisch unterschiedlich begründeter Rechtsstandpunkte, sondern vielmehr im Gegenteil aus dem Anspruch, für einen *bestimmten* Standpunkt die unmittelbare autoritative Legitimation der angeblich größten Gesetzesnähe in Anspruch zu nehmen. Dieser Anspruch ist jedoch unerfüllbar, da kein der allgemeinen interpretativen Vernunft anheimgegebener Gesetzestext divergierende Interpretationen ausschließen oder deren interpretatorische Qualität unmittelbar autoritativ beglaubigen kann. Das entscheidende Element rechtlicher Bedeutungsentstehung ist nicht der autoritative Gesetzestext, sondern der von diesem unabhängige, normativ eigenständige Lese- und Interpretationsvorgang; die Autorität des Gesetzes ist selbst dann, wenn sie zentraler methodischer Bezugspunkt rechtsanwendender Interpretation ist, radikal *abwesend*.¹²⁴

Mit *Robert M. Cover* lässt sich diese Einsicht noch dahingehend erweitern, dass sich der Begriff des Rechts und die Entstehung rechtlicher Bedeutung überhaupt nur angemessen verstehen lassen, indem man sich vom hergebrachten staatszentrierten Verständnis des Rechtsbegriffs löst und akzeptiert, dass staatliches Recht stets nur einen kleinen Teil des *Nomos* oder „normativen Universums“ ausmacht, das sämtliche Bereiche sozialer Sinnstiftung zwischen Menschen umfasst, zu denen neben dem Rechtssystem stets auch vielfältige andere normative Sinnspären kultureller, religiöser, familiärer oder konventioneller Prägung gehören.¹²⁵ *Cover* begreift die gesamte sozial erfahrbare Welt als normgeprägt, durch ihren *Nomos* zusammengehalten und

Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich, 2009, 129 ff.; zum Ganzen *Auer*, ZEuP 2015, 773, 789 ff.

124 *Auer*, ZEuP 2015, 773, 794 f. m.w.N.

125 Grundlegend *Robert M. Cover*, The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, 97 Harv. L. Rev. (1983), 4 ff.; dazu *Stone*, 106 Harv. L. Rev. (1993), 813, 823 ff.; v. *Daniels*, Religiöses Recht (Fn. 123), 195 ff.; *Auer*, ZEuP 2015, 773, 795 ff.

in allen Bereichen nur durch Interpretation bzw. Narrative verständlich und vermittelbar – man könnte dies das interpretatorische *a priori* der menschlichen Existenz nennen.

Interessant wird es nun, wenn man beide Erkenntnisse – also die texttheoretische Einsicht in die Differenz von Zeichen und Sinn und das zuletzt beschriebene interpretatorische *a priori Robert Covers* – zusammennimmt und dabei wieder auf harten philosophischen Untergrund stößt. Wenn *Jacques Derridas* Vermutung zutrifft, dass die Illusion der Präsenz von unmittelbar zugänglichem Sinn in der Schrift nicht ohne Bezug zur spezifisch abendländischen, phonetischen Schriftkultur gesehen werden kann, in der sich durch die imaginäre Einheit von Stimme, Schrift und Sein der Logozentrismus der abendländischen Metaphysik forschreibt,¹²⁶ ist man auch in der Rechtstheorie wieder zurückgeworfen auf diesen letztlich partikulären Rahmen der abendländischen Metaphysik, der die gesamte westliche Kultur prägt. Und damit gelangt man wieder zum interpretatorischen *a priori* der westlichen Moderne und der Frage nach dem konkreten So-Sein von rechtlichem Sinn in *dieser* Gesellschaft, die sich wie bereits ausgeführt zwar unter Verdrängung ihrer metaphysischen Prämissen beantworten lässt, sich von diesen dadurch aber keineswegs befreien kann:

„Daß der Zugang zum geschriebenen Zeichen die geheiligte Macht gewährt, die Existenz in der Spur fortduern und die allgemeine Struktur des Universums erkennen zu lassen; daß der ganze Klerus, ob er über politische Macht verfügte oder nicht, zur gleichen Zeit entstand wie die Schrift und sich mit Hilfe der in der Schrift angelegten Herrschaft durchsetzen konnte; daß die Strategie, die Ballistik, die Diplomatie, die Agrikultur, das Steuerwesen und das Strafrecht in ihrer Geschichte und ihrer Struktur an die Herausbildung der Schrift gebunden sind; daß der der Schrift zugeschriebene Ursprung in den verschiedenartigsten Kulturen nach immer analogen Schemata oder Ketten von Mythen verlief, und daß dieser Ursprung in sehr komplexer, aber dennoch geregelter Weise mit der Aufteilung der politischen Gewalt und der Struktur der Familie verknüpft war; daß die Möglichkeit zur Kapitalisierung und für die politisch-administrative Organisation immer über die Hand der Schreiber verlief, welche zahlreiche Kriege ins Rollen

126 Dazu instruktiv *Birnstiel*, Gesicht im Sand (Fn. 107), 124 ff.

brachte und die in ihrer Funktion nie beschnitten werden konnte, wie auch immer der Vorbeimarsch der Delegation sich gestaltete, in denen man sie am Werke sah; daß durch die Verschiebungen (décalages), die Ungleichmäßigkeiten der Entwicklung, das Spiel von Beharrlichkeiten, Verzögerungen, Weitschweifigkeiten usw. hindurch der enge Zusammenhang zwischen dem ideologischen, religiösen und wissenschaftlich-technischen System und den Schriftsystemen ungebrochen fortbesteht – Schriftsystemen, die folglich immer mehr und zugleich etwas anderes waren als bloße ‚Kommunikationsmittel‘ oder Vehikel des Signifikats; daß gerade der Sinn der Macht und der Effizienz im allgemeinen, der als solcher, das heißt als Sinn und (idealisiert) als Herrschaft nur zusammen mit der sogenannten ‚symbolischen Gewalt‘ in Erscheinung treten konnte, immer an die Verfügung über die Schrift gebunden war; daß die monetäre und vormonetäre Ökonomie und die schriftliche Berechnung gleich-ursprünglich sind; daß es ohne die Möglichkeit der Spur [...] kein Recht gibt – all das verweist auf eine gemeinsame und radikale Möglichkeit, die als solche von keiner Einzelwissenschaft und keiner abstrakten Disziplin gedacht werden kann.“¹²⁷

Womit der Kreis zum Ausgangspunkt geschlossen wäre.

127 *Derrida, Grammatologie* (Fn. 58), 168 f.

VI. Ergebnisse

Was ist das Erkenntnisziel der Rechtstheorie? Die Ergebnisse der vorstehenden Überlegungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Sucht man auf der Land- oder vielmehr Seekarte der Rechtswissenschaften nach dem Standort der Rechtstheorie, so ist es nicht leicht, fündig zu werden. Bei einer ersten Betrachtung zerfällt die Gesamtdisziplin Rechtswissenschaft in die methodisch und inhaltlich getrennten Bereiche der Rechtsdogmatik sowie der verschiedenen empirisch-deskriptiven und normativ-deontologischen Grundlagenfächer, die den interdisziplinären Anschluss der Rechtswissenschaft zu den Nachbarwissenschaften herstellen. Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Sichtweise allerdings als problematisch, da sie dazu verführt, die Frage nach der eigenständigen Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft entweder ausschließlich der Dogmatik aufzubürden oder sie unhinterfragt mit den fachfremden Methoden und Erkenntniszielen extrajuridischer Grundlagenforschung zu surrogieren. Beides verfehlt jedoch die gesame Tiefe und Breite rechtswissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeiten. Es ist daher nötig, den Blick weg von den juristischen Einzeldisziplinen auf das bislang wenig beleuchtete „Dazwischen“ ihrer intra- und interdisziplinären Verbindung zu richten.
2. Lenkt man den Blick auf dieses „Dazwischen“, so erkennt man dort den Standort einer neuen Rechtstheorie, die sich keinem einzelnen klassischen Grundlagenfach mehr zurechnen lässt, sondern ein eklektizistisches Amalgam aus unterschiedlichen Theoriebausteinen etwa aus den Sprach-, Kultur- und Medienwissenschaften sowie der Soziologie, Geschichte und Ökonomie produziert. Dieser Standort der Rechtstheorie im „Dazwischen“ beruht auf historischen Vorbildern. Bereits im 19. Jahrhundert hatte sich die „Allgemeine Rechtslehre“ als theoretisches Zwischenfach zwischen dogmatischer Rechtswissenschaft und normativer Rechtsphilosophie etabliert. Daraus ist im 20. Jahrhundert die Rechtstheorie hervorgegangen, deren Inhalt sich seitdem immer wieder gewandelt hat. Ob der Theorieeklektizismus der aktuellen Rechtstheorie langfristig als Basis einer multidisziplinär anspruchsvollen Rechtswissen-

schaft fruchtbar sein wird oder nur – zugespitzt formuliert – theoretisch kaschiertes Halbwissen zur Verzierung einer nach wie vor dominanten Rechtsdogmatik darstellt, muss sich allerdings noch erweisen.

3. Die Rechtstheorie verfolgt nach hier vertretener Ansicht ein fruchtbare Erkenntnisziel, wenn sie sich selbst als philosophisch fundierte Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft versteht. Sie besitzt kraft ihrer philosophischen Substanz die Fähigkeit, die intradisziplinären Grenzen der einzelnen juristischen Teildisziplinen sowie die interdisziplinären Grenzen zu anderen Fachwissenschaften zu transzendieren und dort nach den allgemeinen Voraussetzungen jeder Erkenntnis zu fragen. Das ist allerdings nur dann möglich, wenn man auch die Philosophie nicht von vornherein auf den bestehenden Kanon hergebrachter rechts- oder fachphilosophischer Fragestellungen beschränkt, sondern sie als die eigentliche Herkunftswissenschaft multidisziplinären Fragens begreift. Wenn es der Rechtstheorie im Sinne von *Hilgendorf* eingangs zitierter Erwartung gelingt, „die Sackgasse zu verlassen und neue Fragestellungen zu erschließen“,¹²⁸ so beweist sie damit nichts anderes als genuin philosophische Qualität.

128 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 7.



Prof. Dr. Marietta Auer

1972	Geboren in München
1995/1997	Erstes und Zweites Juristisches Staatsexamen in München
2000	Master of Laws (LL.M.) an der Harvard Law School
2003	Promotion zum Dr. iur. in München
2008	Magister Artium der Philosophie und Soziologie in München
2012	Doctor of Juridical Science (S.J.D.) an der Harvard Law School
2012	Habilitation in München
2012	Ruf an die Justus-Liebig-Universität Gießen
Seit 2013	Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen
Seit 2016	Dekanin des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen

Preise und Auszeichnungen

2004	Fakultätspreis der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
2005	Juristisches Buch des Jahres
2005	Promotionspreis der Münchener Juristischen Gesellschaft
2006	Preis für gute Lehre an Bayerns Universitäten
2015	Juristisches Buch des Jahres

- 2017 Preis der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften – gestiftet von der Commerzbank-Stiftung – für herausragende Leistungen auf dem Gebiet der Grundlagen des Rechts und der Wirtschaft

Ausgewählte Publikationen

- Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- Normativer Positivismus – positivistisches Naturrecht. Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik, in: Andreas Heldrich u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, München 2007, S. 931–962.
- Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, S. 517–533.
- Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 208 (2008), S. 584–634.
- Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014.
- Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2015, S. 773–805.
- Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 216 (2016), S. 239–276.
- Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht. Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriwahl in der Privatrechtswissenschaft, in: Marietta Auer u.a. (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin 2017, S. 509–546.
- Cantus firmus der Moderne. Rechtstheorie in der Berliner Republik, in: Thomas Duve/Stefan Ruppert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Berlin 2018, S. 121–146.