

gelten und nur wenige Fachleute interessierte. Bei normalem Konsum fachlicher Literatur blieb nur hängen, dass sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in der Jurisprudenz mit großer Vorsicht zu verwenden sind. Üblicherweise hieß es, über die Verwendung entscheide allein die rechtswissenschaftliche Seite, weil es eben eine Angelegenheit der juristischen Methodologie sei. Nur manchmal klang es anders: »Methodenfragen sind keine rein akademischen Steckenpferde, sondern auch historisch kontextabhängige Machtfragen, ein Seismograph für den zeitgenössischen Blick auf die öffentliche Gewalt.«<sup>63</sup>

(59) *Elastische Vokabulare erleichterten die Rezeption.*

Die von Niklas Luhmann ebenso gemeinverträglich wie unaggressiv formulierte Systemtheorie bot ein elastisches Vokabular. Ohne an die sonstige soziologische Terminologie zu erinnern, konnte hiermit die reine Rechtsdogmatik aufgebrochen werden.

Ein weiterer Zugang öffnete sich mit dem Aufstieg der Kategorie ›Kultur‹, ein noch offeneres Konzept als ›System‹. In den Schriften des Rechtssoziologen Erhard Blankenburg und der Hallenser Rechtsethologen fand sich vieles, was einem rechtsdogmatischen Kopf zu denken gab, ohne dass er sich angegriffen fühlen musste. Hans-Albrecht Hesse entwickelte ein Konzept der »Kultivierung juristischer Praxis«. Mit Berufung auf Max Weber verabschiedete er das Bild vom juristischen Praktiker als einer »juristischen Denk-Maschine«, also vom reinen Fachmenschen. Juristisches Handeln solle ein ›kultiviertes‹ sein, fähig zum Perspektivwechsel, damit es unterschiedliche Problemdeckungs- und -lösungsversuche ausprobieren kann.<sup>64</sup>

(60) *Als unentbehrlich erwies sich die Soziologie in der Selbstreflexion des Rechts.*

Wird die gesamte Jurisprudenz als gesellschaftliches Konstrukt gesehen, lässt sich ihre soziale Praxis wissenschaftstheoretisch durchleuchten. Da dies nur von Denkpositionen außerhalb des Rechts geschehen kann und die diskurstheoretischen sowie praxeologischen Ansätze sich dafür geradezu anbieten, lassen sich Überlegungen zur sozialen Funktion des Rechts usw. anstellen.

(61) *Die alten Argumente und Reformideen gelten fort.*

Die damalige Faszination und die nicht ausgeräumten wissenschaftstheoretischen Argumente galten fort, aber ohne die Rechtsdogmatik erneut herauszufordern. Das erforderte manchen Balanceakt. Beispielsweise

63 Gärditz 2017: 113.

64 Hesse 1985: 573–575.

wollte Joachim Rückert zwischen juristischer Ausbildung einerseits und »Jurisprudenz als Theorie und Praxis« andererseits trennen; nur die Azubis dürften dem Recht im Blickwinkel »einer normativ angeleiteten Sozialphilosophie«, auch genannt »Sozialwissenschaft«, begegnen<sup>65</sup> – gewissermaßen als didaktische Konzession an die politische Begeisterungsfähigkeit junger Leute.

## Die juristische Ausbildung

### *(62) Die Integration der Sozialwissenschaften beschäftigte zentral die Reformen der juristischen Ausbildung.*

Ein dauerhaftes Resultat ist allerdings nicht zu vermelden. Zum Auftakt des Reformdiskurses um 1970 hatte dessen Akteur Rudolf Wassermann geschrieben: »Es gibt eine Geschichte der Ausbildungsreform, die ganze Bände füllt, aber die Reform selbst findet nicht statt.«<sup>66</sup> Eine Diskursphase später ist auf weitere Anläufe zurückzublicken, und es füllt diese Geschichte bereits eine ganze Bibliothek; aber die Reform selbst blieb aus. Einige ihrer zentralen Forderungen waren bereits zu Ende des 19. Jahrhunderts erhoben worden. Ganz ungnädig verfuhr Simon mit der Ausbildungsreform: Halbherzig seien die Versuchsmodelle der Juristen gewesen, und daher »war das Experiment zum Scheitern verurteilt«. Es lag an der »Unbeweglichkeit der Justizprüfungsämter« und »hochnäsigen Entrüstung der Professoren«.<sup>67</sup> Die an manchen Stellen des Diskurses explizit erhobene Forderung, dass die Ausbildung auch sozialwissenschaftlich sein sollte, ist heute an das Ende einer möglichen Agenda gerutscht und versteckt sich dort innerhalb längerer Aufzählungen sowie unter dem Label der Interdisziplinarität.<sup>68</sup>

### *(63) Die Ausbildungsreformen der 1970er haben nachhaltig gültige Vorlagen hervorgebracht.*

Obwohl die Reformmodelle bis zum Abbruch des Experiments nur wenige Durchgänge abschließen konnten, hinterließen sie nachhaltige Spuren »in der sozialwissenschaftlichen Problematisierung des Rechtsstoffes«. Es wurde gezeigt, wie sich die Rechtsdogmatik unbefangen auf die »soziale Realität« beziehen kann, als sei das selbstverständlich.<sup>69</sup>

65 Rückert 2020: 1265.

66 Wassermann 1969: 35.

67 Simon 1990: 161 f.

68 So bei Kahl 2020: 163–165.

69 Zitate bei Rinken 1985: 606 bzw. Drosdeck 1992.

## Was seitens der Sozialwissenschaften geschehen könnte

### (64) *Zur Frage der Interdisziplinarität wurden Antworten auch seitens der Soziologie erwartet.*

»Wir brauchen eine jurisprudentielle Soziologie, eine Sozialwissenschaft des Rechts, die zu den Problemen spricht und durch die Ideen der Jurisprudenz informiert wird.«<sup>70</sup> Der amerikanische Jurist Philippe Nonet, der dies schrieb, wünschte sich damit etwas, das für die Rechtswissenschaft mehr leisten könne als eine bloß ›angewandte Soziologie‹. Wir sehen hier das Spiegelbild zur Soziologischen Jurisprudenz, einen weiteren Versuch der wechselseitigen Durchdringung.

### (65) *Die Sozialwissenschaften machten sich für die Jurisprudenz eher verwendbar, wenn sie sich mit dem Recht beschäftigten.*

Wenn Wissenschaftsdisziplinen wechselseitig mit dem mahnenden Finger auf die jeweils andere zeigen, bleibt die Kommunikation in dieser Situation stecken. So befand Alfons Bora, nicht die Jurisprudenz sei zu borniert gewesen, um die Rechtssoziologie zu rezipieren.<sup>71</sup> Eher hält sich die Soziologie gegenüber dem Recht zurück.

### (66) *Was das Prinzip der Wertfreiheit besagt.*

Max Webers überscharfe, nur für damals nachvollziehbare Trennung von Wertbezug und Wirklichkeitserkenntnis hat die gegenseitige Abkapselung der geschichtlich und sachlich aufeinander bezogenen Sozialwissenschaften eingeleitet und verfestigt.<sup>72</sup> Da die entscheidungsvorbereitende Rechtswissenschaft nicht wertungsfrei betrieben werden kann, musste jene ›Wertfreiheit‹ die Wege trennen, auch wenn die Soziologie den Weber'schen Weisungen längst nicht mehr folgt.

### (67) *Sozialwissenschaft oder Common sense?*

Oftmals wurde vermerkt, und jede Textanalyse konnte es bestätigen, dass juristische Thesen voller empirischer Prämissen über soziale Sachverhalte stecken, die in den *Obersatz* des Syllogismus eingehen, also die normative Ableitung auf den Einzelfall vorbereiten. Da hierzu fast nie eine sozialwissenschaftliche Quelle angegeben bzw. benutzt worden ist, entstammten derart quasi-soziologischen Entscheidungsprämissen dem quasi-sozialwissenschaftlichen Denken des Entscheiders, meistens aus seiner Allgemeinbildung und Lebenserfahrung. Dieses ubiquitäre und

<sup>70</sup> Nonet 1976: 543.

<sup>71</sup> Bora 2023: S67.

<sup>72</sup> Vgl. S. Augsberg 2009: 166.

in allen Methodenlehrbüchern umschriebene Verfahren wurde in der Rechtssoziologie gern aufgespießt – als Alltagswissen bzw. ›Laientheorien‹ in juristischen Aussagen.<sup>73</sup> Genau hier liegen aber mögliche Einsatzpunkte für eine professionelle Soziologie, die nun also das Gespräch mit der Jurisprudenz hätte suchen können. Juristische Entscheidungen kommen ohne jene Obersätze nicht aus, und diese Einsicht hat zur Rede von ›Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft‹ geführt. Die Formel stammte zwar aus dem Fusionsdiskurs, konnte aber als verständnisvoller Befund über das Aufeinanderverwiesensein gelten.

(68) *War die Systemtheorie ein Danaergeschenk?*

Von der Soziologie wurde seit 1970 fast ausschließlich die systemtheoretische Richtung rezipiert. Sie eignete sich gut dafür und brachte viele Publikationen hervor. Eine theoretisch *und* empirisch gesättigte Bezugnahme auf die soziale Wirklichkeit blieb jedoch aus, weil dafür andere Varianten der Soziologie hätten benutzt werden müssen. Luhmann hat seine (genial gehandhabte) Erkenntnisstrategie des Ich-mach-alles-anders selbst eingestanden, gerade hinsichtlich des Imports von Soziologie in die Rechtswissenschaft.<sup>74</sup> Diese vielzitierte Position hat er später relativiert bzw. zurückgenommen. Sie stand einer Rezeption zusätzlich im Wege. – Schelskys 1968 vorgetragener Ansatz (Kap. 12) richtete sich unverhohlen gegen den universalistischen Charakter des Systemdenkens, und zwar konkret bei Luhmann (den Schelsky schätzte, d.h. als gleichrangig ansah). Das hochgeneralisierende Systemkonzept (auch wenn es später auf Interaktionen herunterzubrechen versucht wurde) ging an der Struktur von sozialen Situationen und Konflikten vorbei, auf welche die Rechtsnormen sich doch beziehen. Luhmann hatte ›die Person‹ aus seiner Konzeption ausgeschlossen und negierte damit die Anschlussfähigkeit für soziales Handeln, mit dem aber die Jurisprudenz unaufgebbbar befasst ist. Eine Soziologie, die auf die Kategorie des Individuums verzichtete, war für die juristische Arbeit absolut unbrauchbar und wollte das ja auch sein.

(69) *Gunther Teubner erfüllte die Nachfrage nach Soziologie in der Jurisprudenz.*

Das eindrucksvolle Korpus an Veröffentlichungen von Gunther Teubner hat einen Diskurs hervorgebracht, innerhalb dessen der Bezug auf ›das Soziale‹ stets sichtbar geblieben ist. Verwundern muss, dass die Jurisprudenz sich damit begnügte, also kaum andere soziologische Perspektiven auf ihre Verwendbarkeit geprüft hat, abgesehen von gelegentlichen

73 Vgl. hierzu Rottleuthner 1973 b: 83–86.

74 Vgl. Luhmann 1974: 7.

Anleihen bei Bourdieu und Foucault. Von denen, die sich überhaupt um die Sozialwissenschaften bemühten, gaben sich die meisten mit der Rezeption systemtheoretischer Sprechweisen zufrieden. Offen blieb, inwieweit sich dadurch etwas am Ergebnis ihrer Normauslegungen änderte.

(70) *Wer hätte die Methodik einer Integration sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse zu liefern?*

Es wird heute allgemein und beinahe unbestritten angenommen, dass sozialwissenschaftliche Erkenntnisse überall im Recht gute Dienste tun könnten, nur fehle es leider an einer Methodik, sie in normative Urteile einzufügen. Einerseits darf das als ein Entwicklungsschritt gelten, der in der Streitphase noch nicht denkbar gewesen ist. Andererseits bleibt die Aufgabe unerfüllt, eine geeignete Methodologie zu entwickeln. Dass hierfür die Jurisprudenz zuständig ist, sollte nicht zweifelhaft sein, und zwar schon deswegen nicht, weil nur die juristische Methodenlehre in der Lage ist, die Rechtspraxis zu beeinflussen. Mit der Verwendung könnte übrigens durchaus begonnen werden, ohne dass Leitfäden und Bücher darüber schon vorliegen. Auch die positivistische Methodentheorie wurde nämlich erst *ex post*, entlang bereits gepflogener Praktiken entwickelt, und dies oft genug in Reaktion auf die extrajuridischen Herausforderungen seit 1900.

(71) *Das wechselseitige Enttäuschtsein ist ein circulus vitiosus.*

Die Positionen zeigten wechselseitig mit dem Finger aufeinander: Juristen meinten, anwendbare Soziologie sei kaum zu finden, und deren Vertreter fühlten sich nicht gefragt oder gar zurückgewiesen. Beide Seiten konnten passende Erfahrungen vorweisen, und keine von beiden durchbrach den Zirkel. Nicht geklärt wurde, wer den Anfang zu machen habe. Fast schien es, als hätten diejenigen etwas zu verlieren, die sich zuerst bewegen würden (und dann vielleicht den Offenbarungseid ablegen müssten).

\* \* \*

Das nun folgende Schlusskapitel wirft einen Blick auf die Gegenwart und verlässt somit die historische Rekonstruktion. Ohne die Absicht, sich in ein noch offenes Diskursgeschehen einzumischen, wird gefragt: In welches Verhältnis zu den Sozialwissenschaften tritt die juristische Methodologie im ersten Viertel des neuen Jahrhunderts?

## Kap. 15

# Der fortlaufende Methodendiskurs – Vorschau auf die Gegenwart

Ein Diskurs kann verlässlich nur für zurückliegende Zeitperioden untersucht werden; alles andere bedeutet Spekulation oder Mitwirkung. Die Themenexplosion von 1970 samt ihren Nachwirkungen endete um die Jahrtausendwende, ohne dass eine Zäsur feststellbar wäre. Ein abrupter Abbruch wie 1914, 1933 oder 1945 hatte sich jetzt nicht ereignet. Bereits vorher hatten sich einige Akteure verabschiedet (darunter der Verfasser dieses Buchs), wohingegen andere unverdrossen weiterarbeiteten; die Zeiten waren friedlich. Der juristische Methodendiskurs nahm erneut Fahrt auf – nunmehr nicht mehr als Nachfolger des Streits aus den Jahrzehnten nach 1970, sondern aus sich heraus. Denn die verschiedenen Gesellschafts- und andere Grundlagenwissenschaften behelligen die Jurisprudenz, seit diese sich als eigenständige Disziplin konstituiert hat. Noch hat sich kein neuer Schwerpunkt herausgebildet. Zur gegenwärtigen Abwartesituation seien einige Beobachtungen angestellt – gewissermaßen im Vorgriff auf eine kommende Analyse aus historischer Distanz.

Wer immer sich zuletzt dazu äußerte, konstatierte, dass das Verhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaften auf der Agenda geblieben ist. Im Duktus verläuft der Diskurs ruhig; im Inhalt blieb der juristische Zweifel am *Wie* erhalten, während das früher so häufige Nein zum *Ob* verstummt ist. Konkrete Versuche, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in die Rechtsdogmatik einzubauen, behielten ihren Seltenheitswert. Einige sozialwissenschaftliche Publikationen, die im Bildungspublikum auf breites Interesse gestoßen sind, fanden auch in den Rechtswissenschaften einen Widerhall, der offensichtlich vom massenmedialen Erfolg verursacht wird. Solche Wahrnehmung erzielten die Autoren Ulrich Beck (»Risikogesellschaft«), Michel Foucault (»Dispositive der Macht«), Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Andreas Reckwitz und weitere »öffentliche Intellektuelle«, die im Feuilleton besprochen werden und mit Interviews hervortreten, ohne ihren wissenschaftlichen Rang einzubüßen. Rechtstheoretisch geforscht wird dann nach den möglichen Bezügen und Konkordanzen.<sup>1</sup> Nur selten schafft es diese Art juristischer Rezeption bis in konkrete Entscheidungen, und sie erlischt auch wieder, sobald die Prominenz jener Texte nachlässt.

1 Vgl. die Beispiele aus der Privatrechtstheorie in der kommentierten Textsammlung von Grundmann u.a. 2015.

Der Diskurs der 1970- bis 1990er Jahre hatte zwar einen spürbaren Impact gezeitigt, aber sein Ziel nicht erreicht. Es wurden und werden Anläufe einer Integration unternommen, nur springen sie zu kurz. In einer längeren Liste von Mängelrügen hieß es, in den Rezeptionsvorgängen mache sich nicht selten so etwas wie Wahllosigkeit und Willkür breit, nachbarwissenschaftliche Lesefrüchte würden theoretisch unzubereitet als juristisches Argument serviert, inkompatible Versatzstücke aus verschiedenen paradigmatischen Kontexten würden rhetorisch gewaltsam zusammengeleimt, die Grenzen der verwendeten Modelle würden kaschiert.<sup>2</sup> Diese harsche Kritik wollte nicht das Integrationsthema erledigen, ganz im Gegenteil: Es wurde eine ›Rezeptionstheorie der Rechtswissenschaft‹ gefordert, um dem eigenen Anspruch an methodologischer Reflektiertheit gerecht zu werden. Damit war das vielleicht zentrale Thema für den gegenwärtig laufenden Diskurs gesetzt, in dem sich die Versuche einer erneuten Grenzbefestigung einerseits und die Nachrichten über eine bevorstehende Auflösung der Fachidentität andererseits eigenartig mischten.

Wenn ›das Recht‹ ein Ergebnis von Vergesellschaftungsprozessen ist – eine nicht nur in soziologischer Sicht völlig triviale und oft verkündete Feststellung –, dann blieb zu fragen, warum die Rechtsdogmatik die Genese ihres Erkenntnisstoffs so vollständig ignorieren konnte bzw. nur nach Belieben selektiv berücksichtigte. Die Rechtsgeschichte, die an einer Antwort ebenso wie die Soziologie interessiert sein musste, fand ein praktikables Arrangement, indem Rechtsdogmatiker sich in Personalunion als Historiker betätigten. Auch der in diesem Buch gegebene Überblick zu den vielen Ereignissen, Personen und Diskussionen seit Ende des 19. Jahrhunderts historisiert das Thema.<sup>3</sup>

Seit der Aufspaltung der Gesellschaftswissenschaft in mehrere Einzeldisziplinen im 19. Jahrhundert suchen diese nach einer Abgrenzung untereinander. Meist bleiben die Grenzen geöffnet, ohne dass die Fachkerne im Ungewissen verharren; denn die Überschneidungen sind ebenso zahlreich wie offensichtlich – Grenzdebatten lohnen nicht. Manchmal wird ohne irgendein Aufheben die Fachzugehörigkeit gewechselt; beispielsweise ordnete sich die Soziologin Renate Mayntz – in den 1980ern auch in der Verwaltungsrechtswissenschaft stark beachtet – später der Politikwissenschaft zu.<sup>4</sup> Ähnliche Durchlässigkeiten können für die Kopplungen der Soziologie mit der Ökonomie, Psychologie, Ethnologie u.a. beobachtet werden. Nur die akademische Jurisprudenz hütet das ›Eigene‹ wie ihren Augapfel. Die Gründe dafür sind hier nicht zu untersuchen, wohl aber der Diskurs. Das Bemühen um Abgrenzung kennzeichnet die

2 So Lüdemann 2007 b: 49.

3 Erste Versuche einer solchen Zusammenschau lieferte Steffen Augsberg 2009.

4 So Mayntz in Leendertz/Schimank 2019: 59.

juristische Methodendebatte der jüngsten Zeit und wird im Folgenden dargestellt unter den Topoi Rechtsdogmatik, Selbstand und Normativismus.

## Rechtsgewinnung durch Dogmatik

Die Rechtswissenschaft gelangt zu ihren autoritativen Vorschlägen durch kommunikativen Konsens. Alle Meinungen können geäußert werden, eine davon etabliert sich. Wenn sie von Stimmen mit Gewicht vertreten wird – obere Gerichte, verbreitete Kommentarbücher, angesehene Rechtslehrer:innen –, entsteht ›juristische Wahrheit‹. Mit zahl- und umfangreichen Texten wird die Aussage begründet; darin besteht die dogmatische Arbeit, welche die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz untermauert. So gilt für den (auch international) vielgelesenen Rechtsphilosophen Robert Alexy, »dass die juristische Argumentation [...] das von der Rechtsdogmatik erarbeitete System des Rechts beachten muss«.<sup>5</sup> Der Weg, auf dem die Einheitlichkeit der normativen Antworten erreicht wird, ist wenig erforscht. Man könnte hier das Betriebsgeheimnis der Jurisprudenz sehen – ›geheim‹, insofern darüber kaum gesprochen worden ist und die nicht juristisch ausgebildeten Beobachter:innen wahrscheinlich den Gedankengängen nicht zu folgen vermögen. Im Fach missfällt das nicht; Anna-Bettina Kaiser hat zum dogmatischen Arbeiten bemerkt: »Unsere Methode bleibt in gewisser Weise geheimnisvoll.«<sup>6</sup> Vermöge des Dogmatismus kann für jede Konfliktsituation eine normative Antwort (›Lösung‹) bereitgestellt werden, hinter der die Kraft der ganzen Rechtswissenschaft steht und die nur ein diktatorischer Gegenbefehl ausbremsen könnte. Falls es zu einem Gerichtsprozess kommt, fallen die Kapitalkraft und die anwaltliche Munitionierung der Streitparteien ins Gewicht; nicht gekauft werden kann, abgesehen von bestellten Gutachten, die Stellungnahme der Jurisprudenz.

Rechtsdogmatik als Sammlung und Ordnung vorhandener juristischer Erkenntnisse ist »die Beschreibung einer institutionalisierten Praxis«.<sup>7</sup> Ihre Produkte wollen innerhalb der juristischen Arbeit verwendet werden und durch breite, eventuell höchstrichterliche Anerkennung eine normative Geltung erlangen. Die rechtssoziologische Analyse dieser Vorgänge stellt eine Beobachtung dar, ohne selber in das Geschäft einzugreifen, etwa ein bestimmtes dogmatisches Verfahren als richtig oder falsch zu markieren. Wohl aber hält sie den juristisch Tätigen einen Spiegel vor, der ihnen ein Bild zeigt, durch das sie sich bestätigt fühlen oder

5 Alexy 2009: 163.

6 Kaiser 2023: 31.

7 Boulanger 2019: 176.



zum Nachdenken angehalten werden können. Und alle Übrigen – ›die Gesellschaft‹ also – können beurteilen, ob sie mit dieser Art von Rechtsfindung einverstanden sind. Die Rechtsdogmatik kann (und sollte) von der Soziologie beobachtet und untersucht werden.<sup>8</sup>

Pierre Bourdieu sprach mit geradezu verzweifelten Worten über die Ohnmacht von Reforminitiativen, wenn es zu Kämpfen innerhalb des juristischen Bereichs kommt. Denn der Kult des Textes, das Primat der Doktrin und der Exegese, der Theorie und der Vergangenheit gingen einher mit der Weigerung, der Rechtswissenschaft auch nur die geringste schöpferische Kraft zuzugestehen, und damit mit einem faktischen Verleugnen der sozialen und wirtschaftlichen Realität und einer Ablehnung jeglicher wissenschaftlicher Erfassung dieser Realität.<sup>9</sup> Er verglich das Rechtsdenken in Deutschland und Frankreich mit dem in Großbritannien und den USA. Mit seinem Habitus- und Feldkonzept durchleuchtete er den Einfluss und großen Erfolg, ja die ›symbolische Gewalt‹ der Jurisprudenz in den gesellschaftlichen Verhältnissen.<sup>10</sup> So gewiss dies allerbeste Rechtssoziologie ist, so wenig vermöchte die Rechtsdogmatik daraus Hinweise zu beziehen, wie sie es anders, beispielsweise ›soziologischer‹ machen könnte. Denn sie wird in ihrem Ist-Zustand genommen, wie schon bei M. Weber, N. Luhmann und J. Habermas. Eine sozialwissenschaftliche Kritik am Formalismus der kontinentalen Jurisprudenz wird dort nicht rezipiert bzw. mit einem gelangweilten *déjà raconté* beiseitegeschoben.

Im ersten Jahrzehnt nach der Tausenderwende verdichtete sich der Diskurs zur Rechtsdogmatik. Es fanden mehrere Tagungen statt, die Vorträge wurden veröffentlicht, die Rechtswissenschaftstheorie besänftigte die aufgetauchten Zweifel am Erkenntniswert und hatte damit anscheinend Erfolg. Zutage getreten waren merkwürdige Wege der Rechtsinterpretation, wie es sie offenbar nur in diesem Fach gibt. Am Horizont erschien eine vierte Kraft in der herkömmlichen Dreiteilung der staatlichen Gewalten, als gebe es neben Legislative-Exekutive-Judikative auch eine juristische ›Prudentive‹ – eine Rechtsgewinnung aus der Dogmatik. Manche Dogmatiker zielen darauf, »kraft wissenschaftlicher Überlegenheit an der Rechtsgewinnung beteiligt zu sein«, schrieb Matthias Jestaedt an einer wenig beachteten Stelle.<sup>11</sup>

Im (deutschsprachigen) juristischen Diskurs besteht heute Einigkeit – keineswegs selbstverständlich in diesem Feld – über den Primat des Dogmatikstils. »Die Dogmatik ist das ›Herzstück‹ der deutschen

8 Vgl. dazu Schulz-Schaeffer 2004: 149–152, 164.

9 Bourdieu 1987: 850.

10 Vgl. dazu die instruktive Darstellung von Nour Sckell 2020: 244–256; ferner Kretschmann 2019.

11 Nämlich in einer österreichischen Festschrift, vgl. Jestaedt 2011: 180.

Rechtswissenschaft. Juristisches Arbeiten in Deutschland heißt in erster Linie dogmatisches Arbeiten.«<sup>12</sup> Sie gilt als der »Markenkern deutsch(sprachig)er Rechtswissenschaft«.<sup>13</sup> Soweit das Selbstverständnis juristischer Tätigkeit – und wie in der Fremdbeobachtung? Die Außenperspektive kann auch von Jurist:innen angelegt werden, beispielsweise von historischer oder methodologischer, d.h. rechtsphilosophischer Warte aus. Ideal und Realität eines sozialen Handelns decken sich wohl niemals vollständig. Daher untersucht die Soziologie empirisch getrennt die Prozesse des Herstellens und des Darstellens von Entscheidungen. Angesichts der in der juristischen Ausbildung vermittelten Virtuosität im Begründen – Beispiel: die strenge Trennung von Gutachten- und Urteilsstil – steht die Sozialforschung vor nicht unerheblichen Problemen und unterlässt es lieber, eine juristische Selbstdarstellung genauer zu betrachten (methodologisch einmischen dürfte sie sich ohnehin nicht).

Mit ihrer »verdrängenden Dominanz« avancierte die Dogmatik zur »juridischen Hauptdisziplin« und gilt als »spezifisch deutsch(sprachiger) Beitrag zum sich internationalisierenden rechtswissenschaftlichen Diskurs«.<sup>14</sup> Die Ursache »dieses spezifisch deutschen Rechtswissenschaftsstils« sah Marietta Auer in »der tradierten Fachkultur auf der Basis von Habilitations- und Planstellenzuschnitten«.<sup>15</sup> Darin lag ein vornehmer Hinweis auf institutionelle Privilegien und das Interesse an deren Fortbestand. Die, wie es manchmal hieß, in aller Welt bewunderte deutsche Rechtsdogmatik beansprucht einen Eigenwert, der sogar in ästhetischen Analysen und im Konzept einer *elegantia juris* zum Ausdruck kam. Das wurde aber nicht überall so gesehen. Bei Stephan Tontrup hieß es nüchtern: »Dogmatische Theorien entstehen durch Arbeitsteilung zwischen Praxis und Wissenschaft. [...] Was diese Arbeitsteilung funktionieren lässt, ist die Anwendbarkeit der Ergebnisse der dogmatischen Theorie in der Praxis.«<sup>16</sup> Hier bezog die Rechtsdogmatik ihren Sinn und Wert aus der Verwendbarkeit bei den Aufgaben des juristischen Arbeitsalltags. Gesättigt mit Bezugnahmen auf die Wirklichkeit und zugänglich vor allem in Kommentarwerken, erleichterte sie nun das Begründen guter Empfehlungen und Entscheidungen.

Dogmatik hat erst in der jüngsten Phase, beginnend gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, den Aufschwung zu heutiger Prominenz erfahren. Als Treiber dieser Entwicklung werden der Wunsch nach Professionalisierung der Rechtswissenschaft, Furcht vor Politisierung im Gefolge der 1970er Jahre (vgl. Kap. 11 und 12) und der Zugewinn an Einfluss auf

12 Stark 2020: 21, mit vielen Belegzitaten.

13 Jestaedt 2014: 4, mit weiteren Nachweisen.

14 Jestaedt 2011: 170 f.

15 Auer 2021 a: 301.

16 Tontrup 1998: 118.

die Praxis genannt. Die frisch gewonnene Anerkennung der Dogmatik rechtfertigt es schließlich, »sich mit sozialwissenschaftlichen Fragestellungen nicht beschäftigen zu müssen«. <sup>17</sup> Dogmatik gilt vielen Beobachtern als unvermeidbar sowie als unverzichtbar. Wenn dem so ist, dann bleiben immer noch Fragen wie: Welche Dogmatik? Woher bezieht die Rechtsdogmatik ihre Aussagen – etwa ausschließlich aus den Wortlauten gegebener Gesetze? Wie geschieht Auslegung?

Da sich keine einheitliche und exakte Definition von Dogmatik durchgesetzt hat, <sup>18</sup> gibt es nur Charakterisierungen, wovon hier einige Beispiele genannt seien. Polemisch wird sie seit Jhering (Kap. 1) als *Begriffsjurisprudenz* geschmäht, eine zuspitzende, mehr rhetorisch als inhaltlich zutreffende Bezeichnung; denn allein mit Begriffsanalysen arbeitet die geläufige Rechtsdogmatik ja keineswegs. Sodann heißt sie *Positivistische Rechtswissenschaft*, <sup>19</sup> insofern ständig versucht wird, die eigene juristische Aussage – woher diese motivational auch stammen mag – als in einem festen Rechtsgefüge (bestehend aus Gesetz, Judikat, Gewohnheitsrecht) gegründet darzustellen. Gesprochen wird auch von der Rechtswissenschaft als *allein anwendungspraktischer Dimension*. <sup>20</sup> Hier »geht es um Fragen der richtigen Rechts- und Gesetzesanwendung, d.h. um Jurisprudenz im Sinne einer *praktischen Kunstlehre*«, auch »Rezeptwissen« genannt. <sup>21</sup> Schließlich ist zu lesen von der Dogmatik im Sinne »eines dem Anspruch nach konsistenten Systems von Begriffen, Strukturen und Prozessen der Rechtsfindung«, als »widerspruchslose Ordnung und Einheit des Zusammenhangs einzelner Argumente«. <sup>22</sup>

Wie diese Denkweise im Einzelnen verfährt, ist nicht leicht auszumachen. Sie gilt sogar als eine Black Box, »über deren Inhalt nur implizites Wissen existiert«. <sup>23</sup> Denn die soziale Praxis der Rechtsdogmatik wandelt sich ständig. <sup>24</sup> Schon innerhalb des mitteleuropäischen Rechtskreises, dessen Tradition die Länder zu einem gewissen Grad vereint, unterscheiden sich die Dogmatikstile, sowohl zwischen den deutschsprachigen Ländern als auch zu den romanischen Ländern. <sup>25</sup> »Rechtsdogmatik ist eine spezifisch deutsche Begriffsprägung.« <sup>26</sup> Wenn »Dogmatik als deutscher Sonderweg«

17 Vgl. Lepsius 2012: 48–53 (52).

18 Jestaedt 2011: 172.

19 So etwa bei Krüper 2015: 150.

20 Vgl. Krüper 2015: 144.

21 Schulze-Fielitz 2015: 158.

22 Vgl. Schulze-Fielitz 2015: 158; Rinken 1996: 249 f.

23 Bumke 2017: 2.

24 Vgl. dazu Lepsius 2012: 48–52.

25 Vgl. Boulanger 2019: 180.

26 Waldhoff 2012: 36.

bezeichnet wird,<sup>27</sup> dann klopft man sich wenig überzeugend auf die eigene Schulter. Mit der Figur eines ›deutschen Sonderwegs‹ hat sich die Geschichtswissenschaft darum bemüht, die katastrophalen Ereignisse hierzulande zu erklären, und dies weitgehend erfolglos.

Bis zum 19. Jahrhundert, zu vorkodifikatorischen Zeiten, hatte die Rechtswissenschaft aus römischen und altdeutschen Vorlagen das anzuwendende Recht destilliert, sodass sie als ›Rechtsquelle‹ angesehen werden konnte. Mit den Reichsgesetzen änderte sich das; Aussagen aus der Wissenschaft durften nur noch beim Erkennen helfen. Diese methodologische Weisung war das eine, das tatsächliche Vorgehen beim praktischen Entscheiden das andere. Der normative Status rechtsdogmatischer Erkenntnisse blieb seltsam unbestimmt. In einer streng rechtsstaatlichen Sicht dürfen sie keine Letztbegründung juristischer Entscheidungen sein, nur wird das weder allzu deutlich ausgesprochen noch im Entscheidungsverhalten befolgt. Die Rechtsdogmatik, die ja ihre eigene Methodologie schreibt, geriet in einen Zwiespalt: Sollte sie ihren mühsam errungenen Einfluss auf die Rechtspraxis selbst entwerten? Das forderte die Rechtswissenschaftstheorie zu einem Manöver heraus, in dem sie das Dilemma mit den gewohnten Mitteln bearbeitete: mit Unterscheidungen, Metaphoriken und neuen Begrifflichkeiten. Schon das Wort ›Quelle‹ enthielt ein vielfältig ausdeutbares Bild – was entsprang da woher, und wer schöpfte daraus was und wofür?

Es heißt, dass »die Rechtswissenschaft nicht als normativ bindende Rechtsquelle angesehen wird«, aber als »Rechtserkenntnisquelle« dient sie schon. »Der Rechtsanwender ist hiernach an die Gesetze gebunden, über deren Inhalt indes Prinzipien, richterrechtliche Präjudizien und *vor allem die rechtswissenschaftlichen Dogmatiker* entscheiden. Sie [...] beurteilen *ex cathedra*, was der richtige Inhalt der Gesetze ist.«<sup>28</sup> Oder zugespitzt, wie das Strafgericht ›aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung‹ den Beweis würdigt: »Sie konstruieren in einem mentalen Prozess diesen Brunnen als den Inbegriff, und dieser Brunnen ist gefüllt. Womit, bleibt durchaus offen.«<sup>29</sup>

Als rechtserzeugende Instanzen ausdrücklich gleichgesetzt wurden Dogmatik und Legislative zwar nicht. Aber auf bemerkenswerte Weise rückten die Institutionen einander nahe. Eine Gleichsetzung wäre bedenklich gewesen, da die Rechtslehre, unter dem Grundrechtsschirm der Wissenschaftsfreiheit arbeitend, nicht politisch, allenfalls disziplinarrechtlich verantwortlich ist. Viele vage Formulierungen kamen in Umlauf, um die Nähe oder gar Identität zwischen dogmatischer Rechtsforschung und

27 Lepsius 2012: 47. Vgl. a. Hertig Randall 2023.

28 Fischer 2007: 108, 147; hier kursiv.

29 Legnaro/Aengenheister 1999: 90.

praktischer Rechtsverwirklichung zu benennen. Die gefundenen Bilder und Umschreibungen sind beeindruckend; sie verbergen durchaus nicht die Grenzüberschreitung.

Marietta Auer sprach von einer »Diskursverschleifung zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis«.<sup>30</sup> Für Michael Pawlik prägt die Dogmatik »die Gestalt des geltenden Rechts mit und übt dadurch eine informelle Herrschaft aus«.<sup>31</sup> Alexander Somek fand nichts daran auszusetzen, wenn die Rechtsdogmatik »sich als Teil des Rechtserzeugungsprozesses versteht und das Recht auch als Subjekt seines Wissens begreift«.<sup>32</sup> Bei Christoph Möllers hieß es: »Rechtswissenschaft scheint das Recht nicht nur zu beschreiben, sondern auch zu vertreten. [Mit der Folge,] dass im Umgang mit Normen nicht immer klar zu unterscheiden ist, ob eine normative Ordnung nur beschrieben oder durch diese Beschreibung auch aktiv vertreten wird.«<sup>33</sup> Matthias Jestaedt resümierte, die Wissenschaft erwecke »zumindest den Anschein geltenden Rechts [...]«. Es wird also in den Kategorien der Dogmatik nicht (oder doch nicht ernsthaft) unterschieden zwischen Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung«.<sup>34</sup> »Aufgrund der Verwissenschaftlichung des Rechts sind Recht und Rechtswissenschaft nicht mehr voneinander ablösbar«, schrieb Wolfgang Ernst; für ihn hat »die rechtswissenschaftliche Erkenntnis in einer eigentümlichen Weise auch am Geltungsanspruch des Rechts teil«.<sup>35</sup> »Die rechtsprägende Wirkung der Dogmatik« hieß es bei Thomas Lobinger.<sup>36</sup> Und ausführlicher bei Jannis Lennartz: »Das Recht ändert sich durch Literatur – und zwar ohne dass diese Literaturmeinung in einem Urteil aufgenommen werden müsste. [...] Das Recht gilt so, wie es kommentiert wird. [...] Die wissenschaftliche Beschreibung einer normativen Vorgabe wird schnell selbst normativ.«<sup>37</sup> Deutlicher hatte es bereits Niklas Luhmann ausgedrückt, der die innerjuristischen Diskurse eigentlich nur beobachten wollte. Zwar blieb ihm der Begriff »Rechtsquelle« fragwürdig. Aber er konstatierte schon, dass »die Rechtsdogmatik selbst als »Rechtsquelle« behandelt werden kann« und seit dem 19. Jahrhundert auch so auftritt.<sup>38</sup>

Die mangelnde Distanz bzw. die Konvergenz zur Rechtsquelle äußert sich auch darin, dass Dogmatiktexte in derselben Sprechweise formuliert

30 Auer 2021 a: 301.

31 Pawlik 2015: 372.

32 Somek 2023: 26.

33 Möllers 2008: 167, 171.

34 Jestaedt 2011: 181, 185.

35 Ernst 2007: 10.

36 Lobinger 2016: 52, vgl. a. 47.

37 Lennartz 2017: 115 f.

38 Vgl. Luhmann 1993: 290, 366, 387, 525.

werden wie Entscheidungsgründe<sup>39</sup> – *copy & paste* kann genutzt werden. In den heutigen Großkommentaren schreiben Wissenschaftler und Praktiker ungetrennt nebeneinander. Damit betreiben sie keine Systematisierung, sondern leisten Praxishilfe und möchten damit in höchstgerichtlichen Urteilen auftauchen. Unübersehbar herrscht das Bemühen, dogmatische Erkenntnisse umstandslos für die Entscheidung realer Konflikte einzusetzen. Nicht ohne Grund ist die Dogmatik institutionell ausdrücklich in den Universitäten angesiedelt und soll sich nicht an die Judikatur anlehnen.<sup>40</sup> Jedoch die Mitwirkung an den Erläuterungsbüchern »zielt ihrer Anlage nach nicht auf neue Erkenntnisse, sondern auf die aktualisierende Administration von im Kern bekanntem Wissen«; sie dreht sich daher statt um Wahrheit eigentlich um Geltung.<sup>41</sup>

Dort freilich, wo ein Rechtsgebiet aus analytischer Distanz, also »wissenschaftlich«, betrachtet und bearbeitet wird, etwa mit historischen, soziologischen, philosophischen u.a. Ansätzen, da sehen sich die Resultate in die »Grundlagenfächer« abgeschoben; eine »dogmatische« Relevanz wird ihnen durchwegs abgesprochen. Diese Tendenz hat sich in der Rechtswissenschaftstheorie der jüngsten Zeit immer weiter verstärkt. Vorsichtiger wurde verfahren, wenn man den Rechtsquellencharakter der Dogmatik erkenntnistheoretisch betrachtete, dabei ihn allerdings bloß konstatierte, doch nicht zurückwies.

Das bürgerliche Recht sei seit jeher von akademischen Eliten entwickelt worden.<sup>42</sup> Komplizierter klang es in diesem Satz: »Dogmatik ist die praxisorientierte Reflexion des Rechtssystems, eine Reflexion erster Ordnung, aus der Perspektive nicht des Beobachters, sondern des Teilnehmers.«<sup>43</sup> Das führte zu einer interessanten Differenzierung, wonach es zwei unterschiedliche Dogmatiken gebe: eine zielt auf Rechtserkenntnis, die andere auf Rechtserzeugung.<sup>44</sup> Eine wissensdynamische Ursache dafür scheint darin zu liegen, dass es in der Rechtsdogmatik »keine Unterscheidung von Theorie und Objektbereich gibt«, wie Hubert Rottleuthner konstatiert. Wenn hier eine »Theorie« aufgestellt werde, gelte die Frage nach dem juristischen Endergebnis als beantwortet; die dogmatische »Theorie« decke sich mit der Problemlösung. Rechtswissenschaft will praktisch werden und möchte ihre Resultate unmittelbar in Einzelentscheidungen umgesetzt sehen. »Rechtswissenschaftstheorie und theoretische Rechtswissenschaft geraten in den Sog der Rechtspraxis.«<sup>45</sup>

39 Wie Rottleuthner bemerkt, 2021: 250.

40 Lobinger 2016: 101–104.

41 Jansen 2018: 630.

42 Jansen 2010: 138.

43 Gutmann 2013: 697.

44 Jestaedt 2011: 185 f.

45 Zitate bei Rottleuthner 2021: 246 f.

Ein Skeptiker verglich es mit einem alchimistischen Kunststück, wie die doppelte Transmutation gelingt: zuerst aus dem Recht eine Wissenschaft zu machen und aus dieser anschließend wieder Recht zu gewinnen.<sup>46</sup> Fürwahr ein geheimnisvoller Vorgang, der allenfalls in der Theologie eine Parallele findet. Die neue Rechtswissenschaftstheorie bemüht sich nicht ohne Erfolg, die erkenntnistheoretischen Aporien aufzulösen, wozu spitze Begrifflichkeiten und Theorie-Praxis-Differenzierungen eingesetzt werden. Als unbeabsichtigtes Nebenprodukt dieser Selbstbefestigung bauen sich frische Bollwerke gegen Öffnungsinitiativen auf.

Das große Rätsel, auf welchen Wegen die vorherrschende Rechtsdogmatik das juristische Geschehen beeinflusst, treibt heute die vielfältigen Fragen nach ihrer Funktionsweise hervor; es dürfte bereits am Ursprung des ›Kampfes um die Rechtswissenschaft‹ (Kap. 2) gestanden und die zeitweilige Aggressivität der Meinungsfronten verursacht haben. Immer häufiger wird jetzt nach dem Zustandekommen und der Legitimation des rechtsdogmatischen Wissens gefragt.<sup>47</sup> Die Rechtstheorie hat zwar immer über die gehörigen Methoden diskutiert, aber im Rahmen ihrer eigenen Ziele und Voraussetzungen und nie mit einem Außenbezug, wie er sich im Hinblick auf die Rechtsnutzer und die Gesamtgesellschaft herstellen müsste. Viel, außerordentlich viel ist zur Rechtfertigung der Institution Rechtsdogmatik gesagt worden. Man hat sich mit dem Aufzählen positiver Funktionen überboten; sie sind anscheinend so zahlreich, dass sie sich kaum resümieren lassen.<sup>48</sup> Der Überblick bei Christian Boulanger nennt diese Gruppen: Stabilisierung durch Berechenbarkeit, Anpassung und Transformation, Erhaltung der Autonomie des Rechtssystems sowie Entlastung,<sup>49</sup> wohinter ganze Bibliotheken stehen.

Wenn Dogmatik »das Gesetz hinter dem Gesetz ist«, wie es bei Susanne Baer heißt,<sup>50</sup> dann hat sie tatsächlich ein handfestes Problem: Wie rechtfertigt sich dieser herausgehobene Status in einer verfassten Demokratie? Reicht es, auf Tradition, Professionalität und mangelnde Kritik hinzuweisen? Müssten nicht die intellektuellen und sozialen Kosten der hier neben dem obersten Verfassungsorgan agierenden Jurisprudenz offengelegt werden? Erzeugt die Position ›Hinter-dem-Gesetz‹ nicht einen Nebel der Verantwortlichkeit? Ein Nebel, der sich durch die relative Uneinsehbarkeit der Jurisprudenz und Richterentscheide noch einmal verdichtet.

46 Jestaedt 2011: 175 f.

47 Der Öffentlichrechtler Lindner sieht die »Rechtswissenschaft als Machtwissenschaft« und spricht von einem Legitimations- und Demokratieproblem, 2017: 62–66, 69 f.

48 Bei Kahl 2020 wird im Index etwa ein Dutzend aufgeführt.

49 Boulanger 2019: 183–188.

50 Baer 2017: 98.

In der Politikwissenschaft ist man auf das demokratiethoretische Defizit der Rechtsdogmatik längst aufmerksam geworden.<sup>51</sup> Könnte eine sozialwissenschaftliche Anreicherung des Argumenten-Inventars das Defizit beheben? Die Öffnung würde jedenfalls die In-sich-Kommunikation der Rechtswissenschaft beenden. Gerade die so oft befürchtete Uferlosigkeit, Umstrittenheit und Uneindeutigkeit sozialwissenschaftlicher Denkweisen heben die Geschlossenheit auf, was sich mit demokratischen Idealen gut vereinbart. Wäre dies nun ein legitimatorisches Defizit oder eine Vermeidung gesellschaftlicher Partizipation?

Lepsius benennt das »Geltungsproblem« der Rechtswissenschaft: »Mit Hilfe der Dogmatik versucht sie sich einen Anteil an der Rechtserzeugung zu sichern und zu behaupten, dass ihre Aussagen über das geltende Recht eine rechtliche Geltung besitzen. [...] Man könnte es auch eine Strategie zur Selbstermächtigung nennen, die aber nur im Zusammenwirken [mit der Praxis, RL] funktioniert. [...] Rechtsdogmatik hat epistemologisch daher einen äußerst prekären Status. Sie kennt keinen Urheber, sondern ist selbstreferentiell.«<sup>52</sup> Die Frage nach dem Wie juristischen Entscheidens betreffe Probleme der Demokratiethorie, heißt es. »Sie führt am Ende zur Frage, wie viel Einfluss die Berufsgruppe der Juristinnen auf zentrale gesellschaftliche Entscheidungen hat und wie dieser Einfluss gerechtfertigt werden kann.«<sup>53</sup>

Nutzung und Betonung des Dogmatikstils ebenso wie dessen Problematisierung und methodologischer Ausbau unterliegen Diskurskonjunkturen. Zurzeit steht dieser Stil hoch im Kurs. Es könnte seine letzte Blüte sein, bevor er verwelkt; eine Tradition von – *immerhin* oder *nur* – zweihundert Jahren wird sich zur Wehr setzen. Die historische Wandelbarkeit der Präferenz für rechtsdogmatisches Denken wird gelegentlich beschrieben.

Für die Verfassungsrechtswissenschaft beobachtete Jonas Plebuch einen Schub in den 1980er Jahren. Als charakteristisches Merkmal benannte er die Entkontextualisierung, d.i. »erstens Abstrahierung von dem zuständigkeitsauslösenden Sachverhalt und zweitens Abstrahierung von dem breiteren politisch-sozialen Kontext, in dem die Entscheidung steht.«<sup>54</sup> Dazu gehöre das »Folgerichtigkeitsgebot«. Dogmatisierung sei erkennbar an der Zunahme von entscheidungsorientierter juristischer Literatur (Lehrbücher, Kommentare, teilweise auch Handbücher). »Dem dogmatisierenden Jahrzehnt der 1980er Jahre folgte das

51 Vgl. Frick 2017: 139.

52 Lepsius 2012: 44 f.

53 Boulanger 2019: 174.

54 Diese und folgende Zitate bei Plebuch 2021: 285, 298, 301, 329, mit Bezug auf Lepsius 2011.



dogmatische Jahrzehnt der 1990er Jahre.« Die Redogmatisierung der 1980er Jahre erklärte Plebuch aus dem Wechsel in der Regierungskoalition, der Hochschulexpansion, der Abschaffung der Einstufigen Juristenausbildung sowie der fachlichen Profilierung einzelner Sozialwissenschaften, die nunmehr den sozialen Bereich selbständig interpretierten.

War der Aufschwung rechtsdogmatischer Denkweisen also eine paradoxe Folge der Aufregungen von 1970? Nach den stürmischen Debatten (Kap. 11 und 12), in denen der Erkenntniswert *überkommener* Rechtswissenschaft in Zweifel gezogen worden war, wurde das Thema Rechtsdogmatik für geraume Zeit gemieden, ebenso aber auch das Thema einer Soziologisierung. Ob dies nun auf Ermüdung, Verwundung, Entpolitisierung, Unklarheit usw. beruhte – den Stimulus für den Abschwung dürfte der vorangegangene Methodenstreit gesetzt haben. Nichts Ungewöhnliches, denn in »den letzten 150 Jahren wechselten sich Phasen der Offenheit und Phasen der Geschlossenheit im Umgang mit anderen Wissenschaften kontinuierlich ab«.<sup>55</sup> Der Methodenstreit von 1970 gilt heute oft als eine überwundene Episode – wie eine überstandene Krankheit, nachdem die Infektion durch den sozialwissenschaftlichen Virus abgewehrt war. In seiner Diskursgeschichte des rechtsdogmatischen Denkens vermerkte Philipp Sahm als einzigen Effekt, die klassisch juristische Arbeit am geltenden Recht genauer zu definieren.<sup>56</sup> Tatsächlich war damals hauptsächlich über das Primat dogmatischer Begründungen gestritten worden. Wenn es indessen jetzt an derselben Stelle hieß, nun werde »Rechtsdogmatik nicht mehr gleichbedeutend mit Rechtswissenschaft oder Jurisprudenz verstanden«, dann dürfte sich die juristische Arbeit ja doch von der früheren Art entfernt haben. Weder der Gesamtcharakter von Rechtswissenschaft und insonderheit Rechtsdogmatik noch deren Praxiswirksamkeit sind festgeschrieben, sondern historisch kontingent; sie wandeln sich mit dem sozialen Kontext, also beispielsweise mit der Industrialisierung vom 18. zum 19. Jahrhundert<sup>57</sup> oder mit der Demokratisierung im 20. Jahrhundert. Im angelaufenen 21. Jahrhundert wird sich der Bedeutungswandel fortsetzen.

Die Brauchbarkeit, ja Notwendigkeit dogmatischen Denkens kommt dort an eine Grenze, nach den von ihr gesetzten Bedingungen, wo die teleologischen Grundlagen einer Rechtsfigur in Vergessenheit geraten; es steigt die Gefahr begrifflicher Deduktionen.<sup>58</sup> Dann wird nicht nur eine Rechtsfortbildung als schlüssige Konsequenz vorhandener Normen verschleiert, sondern auch der Einsatz wirklichkeitswissenschaftlicher Expertise abgeschnitten, wie sie im Rahmen teleologischer Argumentation

55 Stark 2020: 12.

56 Sahm 2019: 38.

57 Zu dieser Epoche vgl. Stichweh 1992.

58 Hoffmann 2016: 165 f.

zwanglos möglich wäre. Da die Jurisprudenz einen starken Einfluss auf das reale Rechtsgeschehen auszuüben vermag bzw. das anstrebt, wird sie ihr Arkanum schützen, wird ihre Sprache und Methoden schwer zugänglich gestalten, wird sie Einblick und Mitwirkung anderer Wissenschaften möglichst begrenzen. Hier könnte die effektivste Ursache für das Abstandhalten zu den Sozialwissenschaften zu suchen sein.

## Der Selbstand der Rechtswissenschaft

Ein merkwürdiges Wort – *Selbstand*.<sup>59</sup> In der Wissenschaftsforschung war es unbekannt, bis die Rechtswissenschaftswissenschaft – noch so ein merkwürdiger Ausdruck – es einführte. Die Verwendung des Worts und seiner Bedeutung signalisiert ein Risiko, etwas Gewagtes, verweist auf etwas, das nicht ohne Weiteres von selbst aufrechtsteht, wie es beispielsweise eine Staatsverfassung vermag, obgleich sie immer von Änderungswünschen umgeben ist. Mit dem ›Selbstand der Rechtswissenschaft‹ wird postuliert, dass dieses Fach prinzipiell keine Zufuhr oder Stützung von außen brauche. So heißt es einmal zur Reinen Rechtslehre, sie setze »auf disziplinären Selbstand statt auf disziplinären Synkretismus«. <sup>60</sup>

Die Wahl eines wenig gebräuchlichen Terminus – als Fachbegriff taucht er heute nur gelegentlich in philosophisch-theologischen Texten auf – deutet auf eine ungewöhnliche Unternehmung hin. Wir haben es mit Bemühungen der akademischen Jurisprudenz zu tun, sich des eigenen Wissenschaftscharakters zu vergewissern, obwohl dieser ihr angesichts ihrer Tradition und Institutionalisierung kaum je ernsthaft bestritten worden ist. Allerdings müssen sich alle an Hochschulen gelehrt Fächer, sofern sie sich an einem etablierten Berufsbild orientieren und auf die praktische Arbeit hinführen, mit Zweifeln an ihrer Wissenschaftlichkeit auseinandersetzen. Auch das Fach ›Jura‹ musste sich schon öfters als Kunstlehre eingeordnet sehen, wie auch die Medizin, Pädagogik usw. Mit ausgedehnten Erörterungen und Vokabularen wird dagegengegangen, beispielsweise mit den Differenzierungen zwischen ›Jurisprudenz‹ und ›Rechtswissenschaft‹ sowie zwischen Praxis und Theorie. Die vorhandenen Vermischungen und Personalunionen sprechen dann allerdings gegen diesen Lösungsweg.

Historisch gesehen gelte, »dass die Autonomie des Rechts nicht einfach existiert, sondern sie ein Konstrukt oder eine Fiktion darstellt«. Gemeint ist damit, dass die Autonomie nicht ontologisch gegeben ist, sondern eine handlungsleitende Idee im juristischen Beruf ist. Dabei

59 In Grimms Wörterbuch noch *Selbststand* geschrieben.

60 Jestaedt u.a 2006: XVII.

gehe es um professionelle Inklusionsvorgänge in »einer Berufsgruppe, die mit ganz handfesten materiellen und Status-Interessen dieser Zunft verbunden sind«. <sup>61</sup> Günther beruft sich dafür auf die Entwicklung seit dem Hochmittelalter. Erst allmählich hätten konkurrierende Gruppen wie Adel und Theologen als Sprecher im juristischen Feld ausgeschaltet und der Zugang über Staatsexamina eingeeengt werden können.

Zahlreiche metarechtswissenschaftliche Ansätze, zusammengenommen die Rechtstheorie i.w.S., haben sich seit Beginn des 20. Jahrhunderts zu dem Ziel aufgemacht, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz abzusichern. Ein facheigener Kritiker kleidete das Konvolut der höchst unterschiedlich bezeichneten Unternehmungen in das Bild »eines Urwalds von juristischen Nachtschattengewächsen« und warnte vor »der immer weiteren Zersplitterung des Wissens«. <sup>62</sup> Im Blickwinkel dieses Buches erscheinen diese Studien, deren Zahl neuerdings angeschwollen ist, oftmals wie eine Ablenkung von der Integration erfahrungswissenschaftlicher Prämissen.

Um einen ›Selbststand‹ zu begründen, begab man sich auf die Suche nach dem ›Proprium‹ der Rechtswissenschaft. Der so überschriebene Sammelband dokumentierte die Referate aus einer Runde juristischer Ordinarien, die sich 2006 in einem bayerischen Kloster versammelt hatten. <sup>63</sup> Mit *proprium*, lat. das Eigene, war so etwas wie das unverwechselbare Charakteristikum oder Alleinstellungsmerkmal gemeint. Das Eigentümliche an der juristischen Eigentümlichkeit war die Nähe zur *self-fulfilling prophecy*. Die Frage, von Juristen an Juristen gestellt, forderte positive Reaktionen heraus. Wer, zumal als Professor, würde seinem Fach den unverwechselbaren Kern absprechen? So enthielten denn auch die 300 Seiten des Berichtsbandes eine Fülle von ›Propria‹.

Nur der Einlader, Christoph Engel, hielt ein sehr engagiertes Plädoyer für die Sozialwissenschaftsverwendung. Zu einer Zeit, als der Fokus (noch) auf Steuerung lag, wagte er sich am weitesten vor: »Die Verwaltungsrechtswissenschaft und die Sozialwissenschaften unterscheiden sich nicht mehr durch ihren Gegenstand.« Bei allen Ausflüchten des Dogmatikers könne stets auch von ihm verlangt werden, »dass er die sozialwissenschaftliche Konzeption und die empirischen Befunde erst einmal verstanden und ihr normatives Gewicht bestimmt hat«. <sup>64</sup> Gleichwohl bemühte sich Engel um ein ›Proprium‹, ein Kriterium für die Eigenart der Jurisprudenz. Er beschrieb es als »Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition«.

61 Günther 2018: 87.

62 Lahusen 2007: 19, 22.

63 Engel/Schön 2007.

64 Engel 2007: 230; das folgende Zitat 239.

Vorangegangen waren die vielen Debatten zur ›Interdisziplinarität‹ und zum Verhältnis gegenüber ›Nachbarwissenschaften‹; doch um eine späte Nachwirkung der Unruhe von 1970 konnte es sich, angesichts des Generationsabstands, jetzt nicht mehr handeln. Eher ging es um Besonderheiten der hiesigen Rechtskultur im europäischen und globalen Vergleich. Die Rechtswissenschaft demonstrierte ihre Resilienz gegenüber Erosion und Infiltration, obwohl die durch den dogmatischen Denkstil und die lange Ausbildung gebildeten Zugangshürden jede ernsthafte Einmischung bereits im Vorfeld verhindern konnten. Auch war die Institutionalisierung aller Rechtsberufe nirgends angetastet oder infrage gestellt worden; die gesetzlich festgelegte Formalqualifikation für Anwälte und Beamte, die reiche Ausstattung der Fakultäten, die breite Landschaft fachlicher Medien sowie das von der Bevölkerung zugemessene Prestige taten ein Übriges. Es musste wohl ein Frühwarnempfinden sein, das die Frage nach dem Proprium damals aufs Tapet brachte. Realiter war die Gefahr gering; denn ein, zwei Jahrzehnte später gibt es noch immer keinen Vorstoß gegen die abgeschottet-privilegierte Position der etablierten Rechtswissenschaft hierzulande. Und nach einem Proprium wird gegenwärtig auch nicht mehr ausgeschaut.

Die argwöhnisch beäugten Nachbargebiete sicherten ihre Fachidentität meist über metatheoretische und methodische Konzepte ab, wie intern umstritten auch immer. Die Jurisprudenz hatte das ebenfalls vorzuweisen, nur war ihr Anspruch auf Eigenständigkeit aus der Rechtstheorie allein nicht zu begründen. Der Verweis auf die so genannten Grundlagenfächer – die disziplineigenen Ausgründungen einer Rechtsgeschichte, -philosophie, -soziologie, -psychologie, -ethnologie und anderer mehr – verfiel nicht, weil diese erstens nur die in den jeweiligen Bezugsfächern betriebene Forschung anwenden wollten, zweitens in der Blickverengung auf den juristischen Gegenstand keine neuen Grundlagenerkenntnisse hervorbringen konnten. So ging die kurze Debatte über das ›Proprium‹ in die Geschichte der Versuche ein, die Rechtsdogmatik reformiert zu erhalten und die juristischen Auslegungsmethoden mit wirklichkeitswissenschaftlichen Elementen entweder anzureichern oder das Einsickern historisch hinauszuzögern.

Oft begegneten in rechtsdogmatischen Texten der Gegenwart die Wörter ›sozial‹, ›gesellschaftlich‹ u. dgl., ohne dass sich damit eine veränderte Methodik verband. Das verbale Vorkommen allein gewährleistete zwar ein modernes Vokabular, hob aber die Kontinuität der Denkweise nicht auf. So stellte der sehr scharfsinnige und belesene Günther Jakobs – der auch mit der systemtheoretisch argumentierenden Figur eines ›Feindstrafrechts‹ von sich reden machte –, das ›Proprium‹ des Strafrechts in den Kontext gesellschaftlicher Funktionalität. Ihm zufolge kann die Rechtswissenschaft »an den Wirklichkeitsbedingungen des Rechts nicht vorübergehen, sondern hat diese zu berücksichtigen«.

Doch schien er diese Orientierung nur »auf die Frage nach der zeitgemäßen Legitimation, nach der Wahrheit des Strafrechts« zu beziehen.<sup>65</sup> Hierzu lautete der Grundgedanke, das Strafrecht habe die Aufgabe, die normative Struktur der Gesellschaft zu stabilisieren – sicherlich keine soziologische Idee. Jakobs bemerkte in einem Interview: »Die Gesellschaft kann man einerseits als Soziologe, andererseits auch als Philosoph betrachten.« Er entschied sich für die philosophische Begründung.<sup>66</sup> Es war also eine juristeneigene Vorstellung von Gesellschaft, keine der soziologischen Analysen dazu, die hier angewandt wurde.

In seiner These zur Doppelnatur des Rechts versuchte Robert Alexy, das ›Ideale‹ mit dem ›Realen‹ zu versöhnen. Dazu berücksichtigte er zwar die sozialen Fakten, allerdings begrenzt auf das Zustandekommen einer Norm und deren Wirkungen.<sup>67</sup> Aber für diese beiden Teile juristisch richtiger Argumentation stand der Rekurs auf die Faktizität nie in Zweifel. – Eine andere Diskussionslinie, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz betreffend, befasste sich mit Charakter und Qualität juristischer ›Theorien‹, mit denen in der juristischen Literatur unbefangen gearbeitet wird. Was hat es mit diesem Gebilde auf sich?

Beispielsweise las man, Theorien im Recht »enthalten in generalisierter Form Aussagen zur Dogmatik des geltenden Rechts, die in einer rechtlichen Begründung als Argument verwendbar sind«. <sup>68</sup> Rottleuthner zufolge deckt sich, wie oben erwähnt, die dogmatische Theorie mit der Problemlösung, sodass es keine Unterscheidung von Theorie und Objektbereich gibt.<sup>69</sup> Von anderen wurde moniert, »indem darunter bereits Antworten auf interpretatorische Detailfragen verstanden werden«, werde »der Begriff ›Theorie‹ in juristischen Arbeiten inflationär verwendet«. <sup>70</sup> Ein »Befund der maximalen Inflationierung und folglich Ubiquität des Theoriebegriffs und damit fast vollständigen Verlustes seiner Spezifikationskraft« wurde beklagt.<sup>71</sup>

Allzu schnell war eine ›Theorie‹ erblickt worden, sobald ein generalisierbarer Gedanke in der Rechtsdogmatik auftauchte. ›Theorien‹ über Recht bzw. im Recht sind also normative, d.h. gelten wollende Aussagen und damit Versatzstücke der dogmatischen Argumentation, vielfach einsetzbare Verallgemeinerungen. Sie können nicht wahr oder unwahr sein, wie es bei Theorien im Sinne der Wissenschaftstheorie der Fall ist.

65 Jakobs 2007: 133 f.

66 Vgl. Jakobs 2008: Rn. 31.

67 Alexy 2009: 151; ferner ders. 2011: 396–404.

68 Calliess/Kähler 2019: 7.

69 Rottleuthner 2021: 246 f.

70 Calliess/Kähler 2018: 15.

71 Von der Pfordten 2018: 73.

Stattdessen sind sie richtig oder falsch (andere Formulierungen in der juristischen Literatur: zutreffend/unzutreffend, angemessen/unpassend, brauchbar/ungeeignet, überzeugend/abwegig u.v.a.), und ob sie das sind, bemisst sich nach dem Grad ihrer Akzeptanz in der *communis opinio* der juristischen Zunft. Ein tatsächlich sehr spezieller Begriff von Theorie, für den die Rechtslehre eine andere Bezeichnung wählen müsste, wenn sie im allgemeinen Wissenschaftsdenken anschlussfähig bleiben wollte. Aus spitzen Differenzierungen entstehen innerjuristische Diskurse, denn selbstverständlich sehen andere das anders (wie auch ich hier). Eine Nebenwirkung dürfte sein, nichtjuristische Aussagen draußen zu halten, weil sie ja nicht normativ sind, begründet mit einer *Petitio Principii*: Juristische ›Theorien‹ sind normativ richtig/unrichtige Aussagen; soziologische Theorien sind empirisch wahr/unwahr, nicht aber richtig/falsch. Diese Wahrnehmung wird von dem an dieser Stelle üblichen Argumentengewitter vernebelt; jedenfalls vermittelt die Lektüre methodologischer Texte zu ›Theorien‹ im, über, zum usw. Recht äußerst seltsame Eindrücke, die wiederzugeben hier erspart bleibe. Die Jurisprudenz sichert ihre Grenze ab und macht sich unzugänglich.

Der erwünschte ›Selbststand‹ der Rechtswissenschaft gerät von drei Diskurslinien her unter Druck: durch die wachsende Internationalisierung des juristischen Gesichtskreises, durch die unvermindert anhaltende Aufforderung zu einer Interdisziplinarität sowie durch die vergleichende Betrachtung der Rechtskulturen.

Der Globalisierung des Warenaustauschs und den politischen Zusammenschlüssen in Europa wird ein Effekt zugeschrieben, der die deutschsprachige Rechtswissenschaft verändern könnte. Ein ›Transnationales Rechtsdenken‹ bahne sich an, und die ihm zugeordnete Dogmatik werde nicht diejenige einer einzelnen Rechtskultur sein können. Die Internationalisierung verstärke den Bedarf an Interdisziplinarität, weil erst der kulturelle und soziale Kontext der nationalen Rechtsordnungen den Rechtsvergleich und die Vereinheitlichung zum Erfolg führen kann.<sup>72</sup>

Das analytische Instrumentarium, meinte Thomas Duve, könne »nur über einen empirischen Zugang gewonnen werden«, und dazu bedürfe es ethnologischer, soziologischer usw. Expertise.<sup>73</sup> Und Andreas Voßkuhle zitierte die Anfangssätze aus Gnaeus Flavius/Kantorowicz' *Kampf um die Rechtswissenschaft* und unterstrich »die darin zum Ausdruck kommende Leidenschaft, mit der schon vor mehr als hundert Jahren über das Leitbild des Juristen gestritten wurde«. Voßkuhle zeichnete ein Leitbild der Juristenausbildung, das nicht mehr der subsumierende Richter sein könne. »Paradigmatisch und zukunftsweisend ist vielmehr der vielfältig einsetzbare Rechtsgestalter, der über

72 Vgl. dazu Grimm 2016: 30–32.

73 Duve 2015: 180 f.

Orientierungs- und Verfügungswissen für soziales Handeln in einer komplexen Welt verfügt«. <sup>74</sup>

Wenn plurale Teilrechtsordnungen von staatlichen Instanzen zu koordinieren sind, gelangt die herkömmliche Dogmatik an ihre Grenze. In den multinational beschickten Rechtsfeldern kann eine nationale Wissenschaft ohnehin nicht mehr allein maßgebend sein. Hier ereignen sich die zu entscheidenden Konfliktfälle unter Beteiligung von Rechtskulturen, in denen pragmatisch statt doktrinal gedacht wird. Überdies tritt der Einfluss staatlich gesetzten Rechts zurück, sodass Normbestände verschiedener Provenienz zusammenspielen – eine für unsere Rechtsdogmatik ganz ungewöhnliche Herausforderung. Dazu zwei Beispiele aus dem Wirtschafts- bzw. Verwaltungsrecht.

Die Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen hat einen Bedarf für Konfliktbeilegung geschaffen, für den es an anwendbarem Recht fehlt. Die am Gütertausch Beteiligten finden keinen normativen Rahmen vor, um ihre Beziehungen zu gestalten. Wenn ein Streit ausbricht, ist der Geltungsraum des innerstaatlichen Rechts verlassen. In dieses Vakuum strömen Regeln ein, deren Rechtsqualität zweifelhaft ist. Daher wurde schon ein Bedeutungsverlust des Rechts insgesamt befürchtet. Soziologische Analysen konnten demgegenüber zeigen, dass die Erosionswarnung vorschnell war, weil sich neues Recht herausbildet. Nun ist die Normgenese zwar von den üblichen erkenntnistheoretischen Bedenken gegen sozialwissenschaftliche Mithilfe nicht erfasst; doch rücken die neuartigen Formen der Rechtsentstehung den Anspruch des dogmatischen Normativismus in ein anderes Licht. Denn es zeigten sich informelle Regelungsstrukturen verschiedener Provenienz, die nicht als unvollkommenes, defizitäres Recht abqualifiziert werden dürfen, sondern »in ihrer jeweiligen Eigenlogik und ihrem spezifischen Problemlösungspotential ernstzunehmen« sind. Interpretative Methoden der empirischen Sozialforschung konnten dabei helfen, indem sie subrechtliche Regelbestände zutage förderten und als anwendungsfähig formulierten. <sup>75</sup>

Dazu liegen einige Studien vor; sie betrafen das Agieren von multinationalen Konzernen, von Verwaltungsnetzwerken und die Arbeit transnationaler Rechtsberatung. Untersucht wurden die größten deutschen Chemieunternehmen, alle international tätig und exportintensiv. In jeder dieser Firmen zeigte sich ein enges Geflecht organisatorischer und technischer Standards, die zum Teil in konzern-internen Dokumenten und Richtlinien festgeschrieben sind, zum Teil erst aus den Interviews mit den Praktikern erschlossen werden konnten. Die normative Verankerung der Selbstverpflichtungen benutzte neue juristische Formate;

74 Voßkuhle 2010: 326, 335.

75 Herberg 2008: 118.

»ihre Geltungsgrundlagen sind durchaus autonom; eine Form der Herstellung von Ordnung, die als wichtiges und Sozialität stiftendes Potential in den allgemeinen Strukturen der Lebenswelt verankert ist«. Das staatliche Recht, sofern überhaupt vorhanden, wird nicht außer Kraft gesetzt, sondern es initiiert und flankiert die Selbstregulierung. Dabei muss es »intensiv auf die Intelligenz und die Problemnähe gesellschaftlicher Akteure zurückgreifen«. <sup>76</sup> Herausgefunden wurde für »die quasi-rechtlichen Regime ein hoher Grad an Dauerhaftigkeit und ein enormes Steuerungspotential«. Hier muss die überkommene Routine – zuerst das positive Recht, sodann dessen »Anwendung« auf den Konfliktfall – versagen, und zwar wegen »des Verzichts auf eingeschlifene privatrechtliche Formate (etwa Vertrag; Satzung)«. Es regieren informelle Mechanismen im Sinne »ungeschriebener Regeln, impliziter Wissensbestände und tiefer liegender Erzeugungs- und Handlungsschemata«. Für die Ordnungskonstitution und das Konfliktmanagement tritt das »emergente« Recht an die Stelle des »positiven« Rechts. Ohne sozialwissenschaftliche Empirie lasse sich der Stand der Regelbildung nicht verlässlich ermitteln. Nur so könne vermieden werden, »den Gegenstandsbereich vorschnell auf die formal fixierten und nach außen sichtbaren Elemente der Steuerungssysteme einzuengen«. Es sei »exakt zu rekonstruieren, wodurch die Bindungskräfte im transnationalen Raum in Gang gebracht werden«. Für den Geltungsgrad sei zu ermitteln, ob »die Normstrukturen akzeptanzfähig und vernünftig erscheinen [und] einen gewissen Konsolidierungs- und Stabilitätsgrad aufweisen«. Eine besondere Herausforderung für eine rechtlich geordnete Konfliktlösung bedeuten solche Regeln, »die nicht schriftlich fixiert sind und die stellenweise weniger im diskursiven, als vielmehr im praktischen Bewusstsein der Akteure verankert sind, denen für die Herstellung von Ordnung aber dennoch ein zentraler Stellenwert zukommt«. <sup>77</sup>

Für die Frage nach dem Verhältnis von Jurisprudenz und Sozialwissenschaften folgt aus dem Geschilderten: Was dem »Reich des Rechts« entglitten schien, lässt sich mit rechtssoziologischer Expertise zurückholen, und zwar indem das Recht »veranlasst wird, sich immer wieder seiner Gesellschaftsnähe, seiner Aktualität und Problemadäquanz zu versichern«. <sup>78</sup> Um die interessebasierten und deswegen konfliktanfälligen Handlungen von Privatleuten in einen rechtlichen Rahmen »einbetten« und beurteilen zu können, bedarf es eines entsprechend gerüsteten Zugriffs.

Die Regulierung von Verwaltungsvorgängen auf EU-Ebene – als zweites Beispiel – ist mit klassisch-rechtsdogmatischen Denkweisen allein nicht nachzuvollziehen. Das Verwaltungsrecht in der Europäischen

<sup>76</sup> Zitate bei Herberg 2005: 404 f., 414.

<sup>77</sup> Zitate bei Herberg 2008: 129; 2007: 232 f., 235.

<sup>78</sup> Herberg 2007: 242.



Union lässt sich vielfach nicht, wie aber bei den innerdeutschen Gesetzen üblich, von den Normen her verstehen; vielmehr ist der Ausgangspunkt »ein spezifisch funktionaler Gesamtzusammenhang, der die Elemente der Institution verklammert«. <sup>79</sup>

Hierfür nutzt Martin Nettesheim das Konzept ›Verwaltungsregime; das sind »Institutionen, die sich aus einem Bestand von Rechtsnormen, einem oder mehreren Handlungsakteuren und den von diesen ergriffenen Maßnahmen zusammensetzen«. Es dominieren eigentümliche, weitgehend ungeschriebene Regeln. »Überkommene normative Konzepte werden demgegenüber verdrängt.« Stattdessen erscheint es sinnvoll, »auf einer Meso-Ebene typische Konfliktlagen zu behandeln, in denen es um die Sicherung der Effektivität von EU-Verwaltungsrechtsregimen geht«. <sup>80</sup> Das scheint keine rechtsdogmatische, sondern einer betriebswirtschaftliche, soziologische usw. Aufgabe zu sein. Die Verwendung des Funktionsbegriffs verlangt allerdings begriffliche Präzision; und hinsichtlich der Kausalzusammenhänge »beruht die Analyse oft auf zweifelhafter Empirie. [...] Statt nach Funktionen sollte besser nach Auswirkungen der Verfahrensmodalitäten erforscht werden.« <sup>81</sup>

Die Einschätzung, gute Rechtswissenschaft müsse interdisziplinär aufgestellt sein, wird heute weithin geteilt. Wie aber wird sie exekutiert? Die abstrakte Idee lässt viele Ausführungsweisen zu, wovon sich keine einzelne durchgesetzt hat. Helmuth Schulze-Fielitz zeichnete (für die Staatsrechtslehre) das Bild einer Vielfalt, wie sie nur selten nach außen hin sichtbar gemacht wird. Hierin bilden sich die Faktoren ab, deren Kräftefeld die zukünftige Entwicklung bestimmt und damit auch das Schicksal sozialwissenschaftlicher Beeinflussung des Rechtsdenkens.

Schulze-Fielitz sieht die Schar deutschsprachiger Staatsrechtslehrer in fünf »Denkkollektive« bzw. »Richtungen oder Wissenschaftsstile« geteilt. Es dominiere weiterhin ein rechtsdogmatischer Ansatz. Daneben gebe es zunehmend Wissenschaftler, »die sich dezidiert mit Hilfe der empirischen Grundlagen des Rechts i.S. einer sozialwissenschaftlich-interdisziplinär angereicherten Jurisprudenz zentrale Einsichten erhoffen«. Ein dritter Zug sucht metadogmatischen Rückhalt in gesellschafts- und verfassungstheoretischen Überlegungen. Die vierte Gruppe konzentriert sich aufs Europa- und Völkerrecht mit komparatistischem Blick. Eine fünfte, zu den vorigen vier querstehende, Kennzeichnung verläuft entlang der politischen Links-Rechts-Achse. <sup>82</sup> Die Sammlung seiner Abhandlungen untertitelte Schulze-Fielitz, der immer wieder mit Initiativen zur Interdisziplinarität hervorgetreten ist, als »Soziologie und Theorie

<sup>79</sup> Nettesheim 2021: 450.

<sup>80</sup> Nettesheim 2021: 450 f., 465.

<sup>81</sup> Winter 2023: 98.

<sup>82</sup> Schulze-Fielitz 2013: 169–171.

der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht«. Im Buch fungierte die Sozialwissenschaft dann vornehmlich als Lieferantin von Empirie. Rechtsdogmatische Arbeit überzeuge vor allem dann, »wenn sie durch Folgenorientierung den jeweiligen Sachstrukturen angemessen ist«; dazu diene ein »metadogmatisch, sozialwissenschaftlich informierter Blick«. Metadogmatisch – hier wohl im Sinne von »über den Tellerrand hinaus«. <sup>83</sup> Allerdings wird in dieser Begrenztheit der Nutzung soziologischer Expertise das Pulver der Rechtsdogmatik trocken gehalten. Vorwärtsweisend ist die Idee, das Recht nicht nur objektiv, sondern auch »aus der Handlungsperspektive des Juristen« zu betrachten. <sup>84</sup> Hier deutete sich die Kritik an einer normativistischen Verkürzung und die Präferenz für eine pragmatisch gestimmte Rechtsfindung an.

Interessanterweise hielt Schulze-Fielitz die Staatsrechtslehre für einen Sonderfall; sie lasse sich »nur schwer in die üblichen Erscheinungsformen der Systematisierung einordnen«. <sup>85</sup> Er nannte sie – anscheinend anders als die anderen juristischen Teildisziplinen – eine »Realwissenschaft mit erklärendem und prognostischem Anspruch«. Um diesen erstaunlichen Anspruch zu verkräften, folgten dann allerlei argumentative Verrenkungen, wie man es wohl nennen muss, um die Konnektivität zum herrschenden Selbstverständnis der Rechtswissenschaft nicht zu gefährden. Einfacher wäre es, Schulze-Fielitz' Ideen auf das gesamte juristische Denken zu übertragen, für das sie zweifellos ebenso zutreffen.

Bereits seit Ende des vorigen Jahrhunderts hielt sich ein zunehmender Teil des juristischen Nachwuchses zu ausgedehnten Studien und Forschungen in anglophonen Ländern auf und wurde mit den dortigen Rechtskulturen vertraut. Ihnen musste der im Weltmaßstab ungewöhnliche Charakter der mitteleuropäischen Jurisprudenz auffallen, wie immer sie das – geprägt durch die hiesige Ausbildung – bewerten mochten. Nicht wenige aus den jüngeren Generationen akademisch etablierter Rechtswissenschaftler:innen nennen Studienabschlüsse aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum.

Wer einmal anglo-amerikanische Rechtsfakultäten kennengelernt hat, bestätigt: Hier herrscht Offenheit gegenüber den Sozialwissenschaften. <sup>86</sup> In dem Maße, wie die Denkweisen der anglo-amerikanischen Rechtskulturen bei uns rezipiert werden – worauf zahlreiche Umstände verweisen –, verändern sich die »axiologischen Grundprinzipien deutscher Dogmatik«. <sup>87</sup> Das Bemühen der deutschen Rechtswissenschaft

83 Schulze-Fielitz 2013: 357.

84 Ebda.: 142.

85 Schulze-Fielitz 2002: 16.

86 Vgl. z.B. Wrase 2013: 72.

87 Stürner 2012: 18.

»um fast schon kompromisslose Konsistenz, ihre dogmatische Leistungsfähigkeit, ihre konsequentes Systemdenken, ihre präzise Rechtsprache«<sup>88</sup> geraten dort unter Druck, wo transnationale Kommunikationsfähigkeit verlangt ist.

Wenn die ausländische Forschungsliteratur verwertet wird, gelangen Denkansätze und Erkenntnisse der *socio-legal studies* zu uns, die immer schon Soziologisches zwanglos rezipiert und verwendet haben. Dieser Transfer füllt inzwischen spürbar die Lücken deutschsprachiger Interdisziplinarität und verstärkt in unauffälliger Weise einen Trend, dem sich die Majorität noch entgegenstellt. Auf internationalen Rechtsfeldern arbeitende Rechtswissenschaftler:innen sehen den Einbezug sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse als etwas völlig Selbstverständliches und Notwendiges an. Sie sind der Enge der kontinentalen Rechtskultur entkommen und argumentieren gleichsam von außen her. So haben spätestens seit Ende des 20. Jahrhunderts die Europäisierung und Globalisierung den Blick auf andere Rechtskulturen, die den zwanglosen Umgang innerhalb sämtlicher Sozialwissenschaften im erweiterten Sinne gewohnt sind, auch etlichen unserer Dogmatiker die Augen geöffnet. Mit ihnen beginnt nun ein veränderter Diskurs zum Platz des Sozialen im juristischen Denken, ein Platz, der vor dem neuen Erfahrungshintergrund nicht mehr erkämpft werden muss. Und die Rechtstheorie braucht sich nicht für ein »Proprium« oder den »Selbstand« zu plagen.

## Grade des Normativismus

In ihrer Selbstdeutung fixiert sich die Rechtswissenschaft auf die Auslegung der gültigen, vom Staat erlassenen Gesetze sowie gleichwertiger Normen, die zusammen das positive Recht ausmachen. Dieser »Normativismus« wurde bald nach 1900 als kräftigste Denkbarriere gegen die Mitwirkung sozialwissenschaftlicher Einsichten in juristischen Entscheidungen aufgebaut. In der Reinen Rechtslehre fand der Normativismus seine radikalste Ausformung, in der Freirechtslehre seinen vielstimmigen Gegner. In der juristischen Methodenlehre dominierte zwar stets die Ablehnung *beider* Extrempositionen; im Einzelnen jedoch neigte man mehr oder weniger deutlich zu dem einen oder anderen Pol. Dergestalt munitionierte der Normativismus die in diesem Buch geschilderten Auseinandersetzungen und formatiert immer noch das vorhandene Meinungsspektrum. Wie steht es darum in der Gegenwart?

Repräsentativ für den Fortbestand des Normativismus in der Privatrechtslehre heißt es bei Thomas Lobinger, nachdem er die Kritiken des

88 Duve 2015: 185.

Wissenschaftsrats (2012) zurückgewiesen hat: »Unter alleinigem Rückgriff auf die aktuelle Legalordnung« solle die Dogmatik dem Rechtsanwender die Regel zur Verfügung stellen, um »die aufgeworfene Rechtsfrage durch einfachen Subsumtionsschluss zu beantworten.« Auch alle weiteren Grundannahmen der herkömmlichen Diskursmajorität werden aufgerufen: Es sei »etwas Gegebenes zu erkennen und nicht etwas Neues zu schaffen,« das geltende Recht sei vollständig in dem Sinne, »für jede nur erdenkliche Rechtsfrage eine Antwort zu enthalten«. Diese Annahmen immunisieren nach Lobinger die Dogmatik »gegen einen unmittelbaren Rückgriff auf außerrechtliche Kriterien«, außer dass diese »auch tatsächlich verrechtlicht wurden«. Insgesamt markiert das »den starken begriffsbildenden, ordnenden und systematisierenden Zug der Rechtsdogmatik«. Die Gegenposition wird als »kadijustizartiges Richterkönigtum« bezeichnet.<sup>89</sup>

Der Ausdruck *freirechtlich* erwuchs im 20. Jahrhundert zu einer Art Beelzebub im Methodendiskurs und ist das unverändert geblieben. Es genügt die Erwähnung, bei Verzicht auf nähere Begründung, um die abgründige Ablehnung eines Arguments zu artikulieren und die Abwehr des Publikums zu schüren. Die mit Soziologie sympathisierenden Vorschläge der Freirechtler werden fast nur noch als Freiheit-gegen-das Gesetz betrachtet. Ignoriert werden die ursprünglichen Erkenntnisziele, etwa inwieweit das positiv gegebene Recht richterlich fortgebildet werden dürfe, welche Wertungsgrundlagen akzeptabel seien und wie das Ziel der Gerechtigkeit zu verwirklichen sei. Und doch wurden seither die Fragen, ob es ein ›Richterrecht‹ geben könne und ob juristische Entscheidungen aus vielfältigem Normenbestand schöpfen, nachhaltig bejaht und zu Ende diskutiert – übrig geblieben sind nur Bezeichnungs-, also Nominalprobleme. Damit wurde der seinerzeit viel breiter angelegte Diskurs in das ausgebaute Kanallbett juristischer Eigenbetrachtungen hinübergeleitet, während die Thematik des Sozialen in einem stillen Seitenarm vermoderte.

Beispielhaft stehe dafür die grundlegende Studie von Jan Schröder, der als »konstruktives Hauptanliegen« der Freirechtsbewegung »keine Theorie der Interpretation, sondern eine der freien richterlichen Rechtsschöpfung« sah.<sup>90</sup> Noch verengter klangen die zahlreich wiederkehrenden Beschwörungen der *Contra-legem*-Fabel. Meist hob man auf eine buchstäblich verstandene ›Gesetzestreue‹ ab, die vor allem verbal hochgehalten wurde, vergessen die an anderer Stelle selbst vollbrachten Interpretationskunststücke.

Die Kritiken der Freirechtslehre an einer lebensfremden, soziologiefernen Rechtsdogmatik werden heute für gegenstandslos erklärt, weil es

89 Zitate von Lobinger 2016: 36–39, 42, 51; vgl. a. 79 f.

90 Schröder 2020: 339.

einen »blinden Formalismus oder eine unkritische Dogmatik«, wie ihn die Freirechtslehre anprangerte, in Deutschland nie gegeben habe und insoweit gegen einen Strohmann gekämpft worden sei.<sup>91</sup> Also »viel Lärm um Nichts«? Wie dumm müssen die damaligen Kontrahenten gewesen sein, um das nicht zu bemerken und sich daraufhin in Scheinkontroversen zu verstricken? Diese Annihilierung eines Diskurses kann nur bedeuten, dass dessen manifeste und latente Inhalte nicht als das genommen werden, was sie waren, sondern so rekonstruiert werden, dass sie den gegenwärtigen Bedürfnissen der Jurisprudenz entsprechen. Das liefe auf eine Dogmatik der Rechtstheorie hinaus, die neben der Geschichte der Rechtstheorie steht. Zugleich würde dadurch die Freirechtslehre hypothetisch in die Gegenwart geholt; denn deren Verkünder würden sich nicht zufriedengeben, ein Scheingefecht geführt zu haben – sie würden erneut antreten. Auch würden sie es kaum auf sich sitzen lassen, wider besseres Wissen – so beschreibt Katharina Isabel Schmidt es vorsichtig<sup>92</sup> – Mythen und defizitäre Ideen vorgebracht zu haben. Mit anderen Worten, für die heutige Rechtswissenschaftstheorie sind einige Teile des Freirechtsdiskurses auf widerständige Weise relevant geblieben.

Kann die Rechtswissenschaft offenlegen und eine Methodik entwickeln, dass sie sich überaus häufig und unvermeidlich bei außerrechtlichen Wissensfächern bedient? Hans Kelsen hatte das noch als einen »Methodensynkretismus« gescholten, der dem damals von ihm vertretenen Prinzip logischer Reinheit zuwiderlief.<sup>93</sup> Eine krude Trennung zwischen Sein und Sollen prägt weiterhin das rechtstheoretische Allgemeinwissen. Dabei ist der Neukantianismus in der Philosophie bereits in den 1920er Jahren von anderen Strömungen verdrängt worden. Seine frühere Prominenz verdankte sich der zeitbedingten Abwehr von materialistischen und religiösen Grundhaltungen; heute ist er nur noch *eine* philosophische Strömung und beileibe nicht mehr dominierend.<sup>94</sup> Aber das methodologische Basisargument, losgelöst von jeglicher philosophischen Grundierung, funktioniert als brauchbares Rüstzeug gegen soziologische Entscheidungsprämissen.

Kant und Kelsen, also der Sein-Sollen-Dualismus, »bilden bis heute die entscheidende logische Trumpfkarte, um die rechtstheoretische Überlegenheit, ja geradezu Alternativlosigkeit eines aufgeklärt rechtspositivistischen Verständnisses von staatlichem Recht zu begründen.«<sup>95</sup> Die erkenntnistheoretische Rückendeckung liefert die analytische Rechtsphilosophie von H.L.A. Hart bis Norbert Hoerster, wonach die

91 Schmidt 2014: 446.

92 Schmidt 2014: 465.

93 Kelsen 1934: 2, 9–11; vgl. Stark 2020: 323–329.

94 Vgl. Krijnen 2020.

95 Auer 2018 a: 138.

juristische Argumentation sowohl von realistischen (sprich: sozial-empirischen) ebenso wie von idealistischen (sprich: ethisch-religiösen) Prämissen freibleiben muss. Für Marietta Auer prägt diese Schule auch »die gegenwärtige Rechtsdogmatik einschließlich ihrer Methodenlehre, deren Ziel erklärtermaßen bis heute in der Interpretation eines Kanons autoritativer Rechtsquellen mit dem Ziel möglichst authentischer Anwendung des geltenden Rechts liegt.«<sup>96</sup> Die Gegenposition eines realistischen, auf Soziologie, Ökonomie, Psychologie usw. gestützten Denkstils verfällt ebenso Auers Ablehnung. Joachim Rückert – Professor auch für Rechtsphilosophie – versuchte, »wenigstens einige Regeln für die Verbindung von Sein und Sollen zu finden«, und bekannte nicht ohne Ironie, er habe »leider in dieser Dunkelheit noch kein Licht gefunden«.<sup>97</sup>

Wenn diese Bestandsaufnahmen zutreffen, dann ist daraus ein niederschmetternder Schluss zu ziehen: Die Rechtswissenschaft hat sich seit zweihundert Jahren auf den Logizismus festgelegt, und die Idee des Sozialen kann keinen Zugang zu ihr finden. Symptomatisch für die fortdauernde Abgrenzung sind die Bemühungen um eine »Reinheit des Rechts«, wie der Titel eines Sammelbands von Depenheuer (2010) lautet. Allein die unzweifelhaft hohe Wertschätzung für das Puritätsideal adelt solche Bemühungen; eine ›Vermischung‹ des Normativen mit dem Sozialen rückt in die Nähe von Schmutz.

Otto Depenheuer findet dafür scharfe Charakterisierungen: »Reinheit ist nur um den Preis des Empirischen zu haben, [...] einer prinzipiellen Distanz zum realen Dasein.« Die ›Reinigung‹ führe zu manichäischem Denken und könne in lebensfeindliche Tyrannei umschlagen; »die Hypertrophie des Gesetzesvorbehalts führt zu einer verwaltungsmäßig nicht mehr umsetzbaren Normenflut«. Er votiert für einen Kompromiss »mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens«, also »für das Recht als pragmatische, d.h. lebensdienliche Ordnung«. »Das Leben muss der Unreinheit Nischen geben, damit das Leben mit all seinen Widersprüchlichkeiten gelebt werden kann.«<sup>98</sup> Dreimal wird der Vitalismus beschworen (der bei Georg Simmel eine philosophisch-soziologische Ausprägung gefunden hat); aber methodologisch wird keine weitergehende Konsequenz gezogen. – Für Ulfried Neumann ist ein konsequenter Methodendualismus nur um den Preis zu haben, dass die soziale und kulturelle Wirklichkeit des Rechts ausgeblendet wird. »Aber dieser Preis wäre hoch.«<sup>99</sup> Auch die vorrechtliche Normativität institutioneller Tatsachen (also ein Resultat soziologischer Analyse) gehöre in die juristische Entscheidungsfindung.

96 Auer 2021 b: 135.

97 Rückert 2022: 78.

98 Depenheuer 2010: 12–19.

99 Neumann 2023: 130.

Die Ratlosigkeit zeigte an, dass die Aufgabe nicht richtig gestellt sein konnte. Nur wenn die Relevanz und erkenntnistheoretische Reichweite des Arguments von Sein-oder-Sollen neu bestimmt wurde, ließ sich das Dunkel lichten. Es fehlte ja nicht an Ansätzen, den Dualismus zu überwinden. Beispielsweise wandte sich Friedrich Müller gegen einen »abstrakten Dualismus von Sein und Sollen«; vielmehr seien beide in der Normativität verschränkt. »Das differente Benennen kann beiden Faktorengruppen keinen de facto getrennten operativen Status verschaffen; tatsächlich *wirken* sie miteinander, mag man sie noch so gravitatisch als ›auseinander unableitbar‹ titulieren.«<sup>100</sup> War denn die Trennung von Sein und Sollen ein Gebot der Logik (und damit auf den Bereich des juristischen Syllogismus beschränkt), oder besaß sie gar einen ontologischen Charakter und schuf zwei durch einen tiefen Grabenbruch getrennte Kontinente des Seienden? In den meisten Texten war das nicht geklärt.

Selbst bei Kelsen war das Verbot einer ›Vermischung‹ von Sein und Sollen, der sog. Naturalistische Fehlschluss, nicht begründet, sondern vorausgesetzt worden.<sup>101</sup> Alfons Bora sah, dass Kelsen »den Neukantianismus ontologisch überstrapazierte, ihn also nicht als eine Bestimmung der Ableitbarkeit von Sätzen aus Sätzen, sondern als Aussage über Weltausschnitte verstand und dabei die Möglichkeit ausklammerte, Normen und Recht als empirische Gegenstände zu beobachten«.<sup>102</sup>

Auch Jürgen Habermas, als Philosoph zuhause in der Erkenntnistheorie, hat sich mit dem juristischen Methodenkonflikt befasst, ohne Partei zu ergreifen. Die beiden Grundpositionen – rechtsrealistisch versus hermeneutisch-positivistisch – verabschiedete er mit Gründen. Dem Realismus wurde vorgehalten, er stelle das Recht »als ein Medium ohne eigene innere Struktur den Zielsetzungen der politischen Herrschaft zur Disposition« – ein Verdacht übrigens, der auch schon gegen den Positivismus erhoben worden war. Habermas suchte nach einer Lösung für das Rationalitätsproblem, »wie die Anwendung eines kontingent entstandenen Rechts intern konsistent vorgenommen werden und extern rational begründet werden kann, um gleichzeitig *Rechtssicherheit* und *Richtigkeit* zu garantieren«. Dazu formulierte er seine »Diskurstheorie des Rechts, die die rationale Akzeptabilität von richterlichen Urteilen nicht nur von der Qualität der Argumente, sondern von der Struktur des Argumentationsprozesses abhängig macht«.<sup>103</sup> Die akademische Rechtsdogmatik mit ihren Prozeduren des offenen Meinungsaustauschs konnte sich bestätigt sehen.

<sup>100</sup> Müller u.a. 2013: 438 f. (Rn. 423); H. i. O.

<sup>101</sup> Vgl. Vosgerau 2010: 74.

<sup>102</sup> Bora 2023: 1/85.

<sup>103</sup> Vgl. Habermas 1992: 243–248, 256, 277, H.i.O.

Nun wurden und werden auch unter dem Diktat des Normativismus in der Rechtswissenschaft einige Versuche unternommen, sich zu den Sozialwissenschaften hin zu öffnen. Eine kaum zu überhörende, freilich im Gewicht nicht klar einzuschätzende Stimme erhob der (deutsche) Wissenschaftsrat, der 2011 eine ambivalente Bestandsaufnahme zur Rechtswissenschaft erarbeitete. Darin wurde wortreich über Interdisziplinarität, Öffnung und Austausch »mit den geistes- und sozialwissenschaftlichen Nachbarfächern« gesprochen. Die Empfehlungen nannten erstens »eine Akzentverschiebung von spezialistischem Anwendungswissen auf ein übergreifendes Wissen über die fachlichen und außerfachlichen Kontexte« und zweitens »eine Verstärkung der Interdisziplinarität bzw. der Öffnung für und der Einbeziehung von Perspektiven der Nachbardisziplinen«. <sup>104</sup> Welchen Formelkompromissen sich diese etwas gewundenen Formulierungen verdanken, wurde nicht deutlich. Die Empfehlungen erzeugten allerlei Verbeugungen und auch ernsthafte Bemühungen. »Es geht um die Einfügung von Fremdwissen in den juristischen Prozess, das dabei seinen fremdartigen Charakter erhalten und doch zugleich für die systemeigenen Operationen anschlussfähig gestaltet werden soll.« <sup>105</sup> Das erkenntnistheoretische Problem wird allerdings mitgenommen bzw. wiedergeboren, wenn Wissen als *fremd* vs. *eigen* klassifiziert wird. Und am Ende wird stehen, dass das Fremde und fremd Bleibende abgestoßen wird, weil es nimmer heimisch werden kann.

Mit vielschichtigen Überlegungen wurde erneut versucht, sozialwissenschaftliche Erkenntnisse mit rechtsdogmatischen Wertungen kompatibel zu machen, sodass sich ein einheitliches juristisches Urteil ergeben könne. Allerdings waren solche Textpassagen, gemessen am Umfang der jeweiligen Abhandlung, ziemlich kurz. Bezüglich einer Integrationsmethode blieben sie stumm, das überkommene Vorgehen innerhalb der Rechtsdogmatik stellten sie nie infrage. Eine Schule ergab sich aus den Befürwortern nicht. Befürchtungen klangen an, bei zu viel Prosozialität bei der Fachgemeinschaft Anstoß zu erregen. Die bösen Erfahrungen mit den Diskursstreitigkeiten von 1910 und 1970 mahnten zur Vorsicht und standen erkennbar Pate bei der eigenen Zurückhaltung. Die alten Positionen wurden nicht wiederbelebt, sondern als »ideologisch« abgetan.

Wie eine Öffnung der Methodik, zumindest als Einstieg in eine Diskussion klang es, als kürzlich eine weithin wahrgenommene Monographie zur Rechtsdogmatik befand: »Mit den meisten Dingen lässt sich rechtlich erst angemessen umgehen, wenn man sie versteht.« Und deswegen gebe es ein Bedürfnis nach außerrechtlichem Wissen sowohl bei der Anwendung als auch bei der Bildung der rechtlichen Maßstäbe. Etwas ernüchtert aber registrierte man, dass diesem Thema nur knapp vier von über zweihundert

<sup>104</sup> Zitate in Wissenschaftsrat 2012: 7 f., 36. Vgl. dazu Auer 2018 b.

<sup>105</sup> I. Augsberg 2013: 24.



Druckseiten gewidmet sind, es also nicht allzu ernst gemeint sein konnte bzw. noch nicht ausgearbeitet war. Erst wenn das Alltagswissen nicht ausreicht, werde »man bei anderen Disziplinen um Rat fragen« – und erhalte dann »unterschiedliche Erklärungen« sowie ein »Sammelsurium an Daten«. <sup>106</sup> Keine verlockende Situation, aber immerhin eine offene Frage an die Methodologie. – Bumke ging dieser Frage ein kurzes Stück nach und explizierte das Denkmodell einer »Inkorporation« von Außerrechtlichem. Am Anfang stehe »die Suche nach Aufklärung und am Ende die Rezeption der gewonnenen Informationen, Einsichten und Erklärungen«, Zeitlich und logisch finde eine »Übernahme und Einbindung in das Recht« statt. Das entsprach der geläufigen Priorisierung (die Norm ist schon da) und Privilegierung (von der Norm her wird entschieden, ob überhaupt Soziales hinzugezogen wird). Bei einer Gleichrangigkeit der Wissensbestände müsste die Interpretation der Norm anders verlaufen. Bumke schien den Widerspruch zu seiner vorherigen Aussage – erst die soziale Situation *verstehen*, dann sie juristisch *beurteilen* – zu erkennen, als er fortfuhr, man gerate »oft in die Situation, dass sich der rechtliche Maßstab erst unter Rückgriff auf die außerrechtlichen Einsichten entwickeln lässt«. <sup>107</sup>

Wir sind hier tatsächlich ganz nahe vor einer Kehrtwende in der gewohnten Methodologie, die noch auf jener Priorisierung und Privilegierung des normativen Ausgangspunkts beharrt. Bumke wollte sich nicht von der »Sorge um die Eigenständigkeit der Rechtsdogmatik« beirren lassen, wenn »die Beziehungen zwischen Recht und Wirklichkeit« erneut untersucht werden. Das musste er auch nicht; denn allemal bestimmt die Rechtsdogmatik ihre Methodik selbst, sodass sie in jedem Fall die Oberhoheit behält. Eine Zusammenarbeit von Rechts- und Sozialwissenschaften gefährdet keineswegs notwendig den Eigencharakter der juristischen Arbeit, noch muss sie die Aussagekraft der soziologischen Erkenntnisse verzerren und damit trivialisieren.

In der Konzeption von Alexander Stark wird die Rechtsdogmatik nicht (mehr) abgeschottet, sondern sie bestimmt selbst, ob und welche nachbarwissenschaftlichen Bestände sie heranzieht. Kurz ausgedrückt, »ist die rechtsdogmatische Vorgehensweise bezogen auf die Selektionskriterien autonom, bezogen auf den potenziellen Inhalt der Argumentation jedoch heteronom«. <sup>108</sup> Danach kann soziologisches Wissen verwendet werden, aber in seiner originalen Gestalt und nicht nach Belieben umgeformt bzw. verflacht.

Die sehr voraussetzungsreichen Methodendiskussionen, die heute zu unserem Thema zu lesen sind, führen m.E. zu keinen zwingend argumentierten

<sup>106</sup> Bumke 2017: 157 f.

<sup>107</sup> Bumke 2017: 159 f. Das folgende Zitat ebd.: 160.

<sup>108</sup> Stark 2020: 321.

Resultaten. Eher ist es so, dass man bei der Lektüre abwartet, welche Schlüsse am Ende des jeweiligen Beitrags gezogen werden – oft so unvorhersehbar wie bei einem Gerichtsprozess. In dieser Irritation stellt sich sogar die Frage, ob die Rechtsmethodologie einem ähnlichen Integrationsproblem ausgesetzt ist, wie sie hier für Sozialwissenschaft und Jurisprudenz diskutiert wird, betreffend die Vereinbarkeit von Philosophie und Rechtsdogmatik – will sagen: die Antwort sollte von der Fachphilosophie (Abt. Erkenntnistheorie, Wissenschaftslehre, Meta-Ethik usw.) kommen und nicht von einer juristischen Eigenphilosophie.<sup>109</sup> Einige Teile der Rechtswissenschaftstheorie verstärkten sogar ihre Anstrengungen, die Abgeschlossenheit und Eigenständigkeit der juristischen Denkweise mit einem neuen Wortgewand aufrechtzuerhalten.

In jüngerer Zeit wurde ›Dekontextualisierung‹ zum Stichwort, um den hermeneutischen Logizismus abzuschirmen. Dogmatisches Denken folge dem Dreischritt von »der Dekontextualisierung über die Konsistenzialisierung zur Rekonkretisierung«; damit verkoppele sich das Recht mit der Wissenschaft vom Recht auf »ebenso sonderbare wie effektvolle Weise«. Die ›Konsistenzialisierung‹ betreibt ganz unverhohlen die begriffsjuristische Methode, wie sich an den erläuternden Wörtern Hierarchie, Widerspruchsfreiheit, Vollständigkeit und Systematisierung zeigt.<sup>110</sup> Da die Rechtsdogmatik einen angemessenen Begriff von ›Daten‹ entwickeln müsse, um die sozialen Funktionen der entsprechenden Eigentumsrechte rechtlich herauszufinden, sowie den Platz von ›Daten‹ in der sozialen und rechtlichen Eigentumsverfassung zu bestimmen – wie es bei Teubner/Golia heißt<sup>111</sup> –, steht hier eine nur interdisziplinär zu bewältigende Aufgabe an.

Sogar die Figuration von ›Begriffsjurisprudenz‹ und ›Subsumtionsautomaten‹, die ein ganzes Jahrhundert lang einmütig abgelehnt worden ist, gewinnt heute dort wieder Sympathien, wo es um die Automatisierung, sprich Digitalisierung juristischen Entscheidens geht.<sup>112</sup> Der Binarismus von richtig/falsch ermöglicht eine Technisierung, die den Einsatz von Algorithmen und Robotern erlaubt. Eine dadurch bedingte Rückkehr zum Formalismus würde den Argumentationen aus dem Bereich des Sozialen die Mitwirkung zumindest erschweren.

Denn Interpretation und Konkretisierung einer Rechtsnorm beruhen auf Sinndeutungen, deren Resultat im Einzelfall nie von vornherein feststeht. »Algorithmen enthalten technische Regeln zur automatisierten

<sup>109</sup> Auch andere machen diese Unterscheidung in »Juristen-Rechtsphilosophie und Fach-Rechtsphilosophie«, so Funke 2015: 49.

<sup>110</sup> So bei Jestaedt 2014: 6.

<sup>111</sup> Teubner/Golia 2023: 623 f.

<sup>112</sup> Vgl. Meder 2020: 127–145.

Bewältigung einer Aufgabe. Sie beruhen auf einer spezifischen technischen, nicht textförmigen Sprache.« Dergestalt erzeugte Entscheidungen haben, wie Hoffmann-Riem zeigt, »eine andere Qualität als die auf sozialer Interaktion beruhende und/oder auf sie gerichtete sozial eingebundene Sinndeutung und Entscheidungsbildung durch Menschen«. <sup>113</sup>

Der Prozess einer Digitalisierung verläuft in der Sozial- und in der Rechtswissenschaft mit verschiedenem Tempo. In dem einem Bereich erstreckt sie sich auf das riesige Feld menschlichen Tuns, im anderen auf den vergleichsweise überschaubaren Rechtsstoff, zudem angetrieben von den arbeitsökonomischen Interessen juristischer Berufe. Eine Künstliche Intelligenz (KI) bedient sich der jetzt schon leicht zugänglichen Informationen aus Gesetzesvorschriften, Präjudizen und Fachliteratur. Die digitale Hilfestellung vermag eine kaum überwindliche Wand schlagkräftiger Informationen zu schaffen, wonach die Entscheidung vorgegeben bzw. vorhersagt wird. Freilich würde dies »die Hinwendung zu einem die Komplexität der Rechtsanwendung negierenden digitalen Neopositivismus bedeuten«. <sup>114</sup> Um dieser Gefahr zu entgehen, genügen allerdings wohl kaum plausible Warnungen; erforderlich wäre die Kooperation seitens der Sozialwissenschaften, ihre Erkenntnisse in digital aufbereiteter Form zur Verfügung zu stellen.

Zur Frage, wie die soziale Realität methodisch richtig in die juristische Entscheidung eingeht, gibt es bis heute keine Antwort. Bumke resümiert dazu in der aktuell gründlichsten Bestandsaufnahme: »Das Rätsel um die Verknüpfung zwischen Einsicht in die tatsächlichen Gegebenheiten und Zusammenhänge und Verständnis eines rechtlichen Maßstabes konnte nicht gelöst werden.« <sup>115</sup> Muss nun, nach jahrzehntelanger Diskussion, ein solcher Befund enttäuschen – oder ist vielleicht die Frage falsch gestellt? Norm und Wirklichkeit derart *gegeneinander* zu positionieren, anstatt von einem *Ineinander* auszugehen, könnte der erkenntnistheoretische Schritt vom Wege gewesen sein. Ein anderer Ausgangspunkt würde die Norm als Bestandteil der realen Konfliktsituation betrachten und die (antizipierten) Konflikte als Bestandteil der Norm. Damit würden die Realvorgänge und die juristische Intervention viel näher zusammenrücken, als dies in der heute herrschenden (neukantianischen) Betrachtung üblich ist. Die Abspaltung einer rein-normativen Dimension erschuf zwar (in Deutschland) die juristische Professionalität, entfremdete aber das Rechtshandeln von seiner sozialen Einbettung – Bumke spricht hier vom »Fachfremden« <sup>116</sup> – und erzeugte das Problem der ›Transformation‹, das aber ebenfalls ungelöst ist.

<sup>113</sup> Hoffmann-Riem 2017: 30.

<sup>114</sup> Hoffmann-Riem 2022: 280.

<sup>115</sup> Bumke 2017: 153.

<sup>116</sup> Ebd.: 159.

An zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wo dieses einen rechtlichen Wandel eingeleitet hat, demonstrierte Bumke, »wie vertrackt und facettenreich sich das Zusammenspiel gestaltet«. Er kam zum Ergebnis, es lasse »sich im Rahmen der Maßstabsbildung der Umgang mit der Wirklichkeit nicht methodisch disziplinieren«.<sup>117</sup>

An den heutigen Diskursen beeindruckte wiederum die Gründlichkeit und gedankliche Tiefe, mit der die Methodenthematik behandelt wurde. Allerdings nur am Rande wurde erwogen, ob die Art der Fragestellung einer Lösung vielleicht im Wege stehe. Stephan Kirste schrieb zu einem von ihm organisierten gehaltvollen Dialog, Interdisziplinarität sei notwendig und schwierig, aber möglich; zuvor jedoch müssten die erkenntnistheoretischen Fragen geklärt werden.<sup>118</sup> Durch solche Vorbehalte geriet der Diskurs immer wieder auf das Glatteis einer Prinzipiendiskussion, deren Pirouetten naturgemäß die Beteiligten auseinanderdriften lassen mussten. Indem die Rechtstheorie ihre Eigenheit beschwor und dazu den Normcharakter ihres Gegenstands hypostasierte, erschien alles andere als ein Außen und damit als rechtsfremd. Grenzen wurden gezogen; die vormals einheitliche Aufgabe (der friedlichen Lösung von Konflikten) spaltete sich auf und verteilte sich auf verschiedene Professionen – das Problem einer Kooperation war in die Welt getreten. Die Aufmerksamkeit verlagerte sich auf Meta-(meta-)Theorien, die als intellektuell feinsinnig sowie aufwändig und zeitintensiv nachzuvollziehen nur wenige Fachleute interessierte. Im alltäglichen Konsum fachlicher Literatur blieb nur hängen, dass eine Verwendung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse juristisch anfechtbar macht.

Dem aktuellen Diskursstand haftet etwas Halbherziges an. Zu lesen waren Stellungnahmen, die sich weder auf die eine noch auf die andere Seite des Methodenkonflikts stellten, was meist auf ein unverbindliches Sowohl-als-auch hinauslief.

So sprach Jan Schröder von einer »soziologischen Wendung der westdeutschen Rechtswissenschaft« seit Mitte der 1960er Jahre. »Aber die Grenze zwischen Faktum und Recht wird trotz aller Annäherungen nicht überschritten«.<sup>119</sup> Und Eric Hilgendorf registrierte einen »kurzen, aber ungemein intensiven Austausch zwischen dem Recht und den Sozialwissenschaften«; seinerseits verstand er »das Recht als (angewandte) Sozialwissenschaft«. Zuvor aber hatte er der »Verschwisterung von Rechts- und Sozialwissenschaften«, wie sie in den 1970er Jahren propagiert worden war, ein arges Zuviel an Utopie, Theorie-lastigkeit, Praxisferne, an »eigenen politischen oder moralischen Stellungnahmen« attestiert. Einerseits sah Hilgendorf viele Felder für eine

<sup>117</sup> Bumke 2017: 154–156.

<sup>118</sup> Kirste 2016: 37.

<sup>119</sup> Schröder 2020: 160.

Zusammenarbeit, andererseits galten ihm die Sozialwissenschaften als eine neue »Modedisziplin« der 1960er Jahre. Das Sowohl-als-auch der rechtstheoretischen Positionierung zeigte sich in Formulierungen wie: »Die Kritik am selbstgenügsamen Formalismus der Juristen war zum Teil berechtigt, zum Teil schoss sie jedoch weit über ihr Ziel hinaus.« Und doch war es für ihn »sozusagen ein Flirt mit Folgen. Vor allem hat das Bewusstsein der Juristen von den empirischen Bedingungen und Folgen ihres Tuns wesentlich zugenommen«.<sup>120</sup>

Auch andere Rechtstheoretiker und -historiker äußerten zu jeder Streitseite ein bisschen Zustimmung, ein bisschen Ablehnung, vielleicht froh darüber, sich nicht entscheiden zu müssen. Entgegen der dogmatischen Sitte, sich in die Tradition der Denkentwicklung einzureihen, wird speziell hier auf den Anschluss an früher erzielte Integrationsresultate gern verzichtet; eine Kumulation sozialwissenschaftlich informierter Rechtsdogmatik findet kaum statt.

Symptomatisch dafür ist das Vergessenwerden der Reformliteratur aus den Jahrzehnten 1970 bis 1990 (vgl. Kap. 12). Die Rückblicke auf die vorangegangenen Diskurse fallen verschieden aus. Für die Verwaltungsrechtswissenschaft wenig Effekt sah Gärditz, einen »weithin sichtbaren Wandel« hingegen Ruffert.<sup>121</sup>

Wie gering die zeitliche Haltbarkeit rechtstheoretischer Positionen anzusetzen ist, ergibt sich aus dem Wechsel der dominierenden Meinungen im historischen Ablauf. Und es wechseln auch die Fächer eines Bezugs zum Sozialen. »In jüngerer Zeit hat die Ökonomie die Soziologie als sozialwissenschaftliche Leitdisziplin abgelöst«, heißt es.<sup>122</sup> Es gibt noch weitere Belege dieser Art. Für Auer ist das illusionslos der »nahezu zyklische Verlauf der Rezeptionsgeschichte unterschiedlicher realistischer Methodenmodelle, die während des 20. Jahrhunderts alle irgendwann zugunsten noch exakterer, noch modernerer Methoden fallengelassen wurden, ohne dass sich die versprochene Exaktheit in der Rechtswissenschaft je eingestellt hätte«. Fast scheint es, als befände das jeweilige Angesagtsein darüber, von welchem Fach die Jurisprudenz ihre realwissenschaftlichen Informationen bezieht. Nur ist die Ökonomie ebenso eine Sozialwissenschaft wie die Soziologie, und ihre juristische Verwendung bekommt es mit den gleichen methodologischen Problemen zu tun. Das Taktieren in der Auswahl einer für relevant befundenen »Nachbarwissenschaft« lässt sogar an der Ernsthaftigkeit der Absicht zweifeln.

Wie weiter mit dem Normativismus? Die langlebigen Debatten um die Kluft bei Sein-und-Sollen sowie die politische Perhorreszierung der

120 Hilgendorf 2005: 47–51.

121 Vgl. Gärditz 2017: 143 f. bzw. Ruffert 2017: 165.

122 Auer 2021 b: 135.

Soziologie haben die Interdisziplinarität mit einem Problemgehalt aufgeladen, der ein unbefangenes Verknüpfen belastet und erschwert. Alle Seiten haben sich in einer Besonderheit stilisiert, die allerdings nur auf dem Papier anzutreffen ist, nämlich in den jeweiligen Metatheorien der Einzeldisziplinen, wohingegen der Alltag juristischen, soziologischen usw. Tuns davon kaum angekränkt ist. Die wechselseitige Abschottung kennzeichnet tendenziell ›nur‹ den Methodendiskurs (Soziologie sei wertfrei, Jurisprudenz rein normativ usw.), nicht aber die Praxis der Themenbearbeitung. Von der nunmehr ein Jahrhundert lang sattsam geführten Allgemeindebatte mit ihren Beschwörungen oder Bausch-und-Bogen-Verdammnissen ist fortzukommen, wenn konkrete Probleme angegangen werden, was auch vermehrt geschieht. Erneut empfehlen sich sozialwissenschaftliche Theorien der ›mittleren Reichweite‹, weil ihnen ein empirisches Bewährtsein und eine größere Erklärungskraft zukommt.<sup>123</sup>

Die noch im 1970er-Diskurs geläufige Abwehr, juristische Kompetenz könne neben der Beherrschung des Rechtsstoffs nicht auch noch das unübersehbare Feld der Sozialwissenschaften umfassen, verliert seine Überzeugungskraft, wenn die Integrationsaufgabe aufgeschlüsselt wird. Soweit Sozialwissenschaftler:innen in die juristische Disziplin eingelassen wurden, unterzogen sie sich einer Transformation, von Tontrup so beschrieben: Sie »haben sich in Zuarbeiter zu einer genuin juristischen Dogmatik verwandelt, die die Hoheit über die das Geschäft treibenden letzten Zwecke für sich reserviert«. <sup>124</sup> Seitens der Rechtswissenschaft ging es darum, »das theoretische Wissen der Nachbarwissenschaften in Dogmatik oder zumindest in Argumentationsbausteinen einzufangen und auf diese Weise für den Rechtsanwender zu erschließen«. <sup>125</sup> So ließ sich die Mammutaufgabe vielleicht bewältigen, weil nicht jeder alles können muss, sondern die Aufgaben arbeitsteilig erledigt werden. Der juristische Alltag in Kanzlei, Behörde und Gericht bedient sich der Kommentar- und Fachliteratur, und bei deren Erarbeitung – also entlastet vom Entscheidungszwang und -zeitdruck – wird das Zusatzwissen eingespeist. Und dies alles problemspezifisch, kommentarmäßig nach Paragraphen parzelliert. Derart heruntergebrochen konnte eine Integration als machbar erscheinen, musste aber weiterhin auf integrationsbereite Jurist:innen warten.

Neben der ›eigentlichen‹ Rechtswissenschaft haben sich für einige Felder hybride Vermittlungsdisziplinen etabliert, die sich den Transfer empirischer Erkenntnisse in normorientierte Rechtsaussagen vornehmen: Staatslehre (für das Feld Verfassung), Verwaltungslehre (für

<sup>123</sup> So beispielsweise Lüdemann 2007 b: 37.

<sup>124</sup> Tontrup 2007: 193.

<sup>125</sup> Lüdemann 2007 b: 47 f.

den Behördenapparat des Staates) und Kriminologie (für Verbrechen); dazu einige ganz spezielle wie Forensische Psychiatrie oder Ökonomische Rechtsanalyse. Die Vermittlungsdisziplinen bereiten außerjuridisches Wissen so auf, dass es für juristisches Argumentieren verwendbar wird. Das verlangt meist eine durchgreifende Transformation, die ausgewählt, umformuliert und vor allem befremdliche Details aus dem Diskurs der Nachbarfächer tilgt. In den Vermittlungsdisziplinen ringen juristische und außerjuristische Expertise um Führung und Vorherrschaft.<sup>126</sup>

Im Folgenden werden einige Beispiele für die Verwendung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in juristischen Zusammenhängen angeführt. Wiederum an der Spitze marschiert hier das Rechtsfeld Verwaltung, wofür bereits die vorige Generation von sozialwissenschaftlich interessierten Rechtsdogmatikern die Steuerung von Verhalten und Verhältnissen angesprochen hatte (E. Schmidt-Aßmann, W. Hoffmann-Riem). Vom Recht her sollte das individuelle Handeln normativ ausgerichtet werden, sollten institutionelle Praktiken zielgerecht beeinflusst werden. Auch für Rechtsbereiche, bei denen die Dimension des Steuern-per-Recht nicht so nahe lag, äußerte man sich jetzt so, etwa im Strafrecht.<sup>127</sup> Im Ordnungsrecht wurde die von einem amerikanischen Kriminologen geschaffene *Broken-Windows*-Theorie prominent.

Für das Strafrecht prüft eine rechtsökonomisch angelegte Analyse, ob die Sanktionsdrohungen einen Anreiz in der Kalkulation darstellen, die zur Tathandlung führt bzw. davon zurückhält. Ob Verbrechen sich lohne, fragt die Rational-Choice-Theorie. »Wie viel Ressourcen sollte die Gesellschaft für die Bekämpfung von Kriminalität aufwenden? [...] Um zu verstehen, wie die Institutionen der Kriminalpolitik effizient arbeiten können, ist ein Verständnis des Verhaltens der ihr Unterworfenen unverzichtbar.«<sup>128</sup> Im Forschungsgebiet Prävention kooperiert die (juristische) Kriminologie seit jeher eng mit den nichtjuristischen Wissenschaften, allerdings eher mit individualbezogenen (Psychologie u.a.) als mit sozialbezogenen Fächern, wobei auch die Rivalität dieser beiden Richtungen offen und intensiv ausgetragen wird. Hier mangelt es also nicht an praktizierter Interdisziplinarität.

Dass sich Wirtschaftsrechtsdogmatik und Ökonomik vertragen, versteht sich fast von selbst und wird von einigen Besonderheiten unterstützt: Zum einen betrifft die Kooperation einen eingegrenzten Bereich (Wirtschaftsunternehmen). Zum anderen harmonisieren die Beteiligten in ihren Grundhaltungen, da im Kritischen Rationalismus Empirie vor

<sup>126</sup> Zum Fall der Verwaltungswissenschaft vgl. Braun Binder 2021: Rd.nr. 25–27.

<sup>127</sup> Vgl. Tontrup 2007: 195–197 am Beispiel von Günther Jakobs.

<sup>128</sup> Englerth 2010: 4, 6.

Spekulation rangiert und mit dem Rational-Choice-Ansatz der vielstimmige Theoriechor der Soziologie vermieden wird. So klingen die Kooperationsansätze im Wirtschaftsrecht besonders optimistisch.<sup>129</sup> Interessanterweise entwickelte die juristische Fachdisziplin noch weniger Widerstand, als eine Öffnung zu nichtsoziologischen Nachbardisziplinen wie der Wirtschaftswissenschaft anstand. Über eine ›Ökonomisierung des Rechts‹ wird unverkrampft diskutiert.<sup>130</sup>

Ökonomisch orientierte Analysen zentraler Gesetzesvorschriften mit juristisch verbindlich gemeintem Resultat liegen inzwischen zahlreich im Monographie- und Lehrbuchformat vor.<sup>131</sup> Anne van Aaken markierte Wege und lieferte Beispiele, wie die Sozialwissenschaften (Ökonomie, Soziologie usw.) in die juristische Argumentation gelangen können, ohne mit der Trennung von Sein und Sollen in Konflikt zu geraten. Dazu gab sie eine Reihe von Hinweisen auf eine funktionale und handlungspraktische Rechtswissenschaftstheorie. Sie schrieb, dass die teleologische Auslegungsmethode »als Einfallstor für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse betrachtet werden kann, denn das Zweck-Mittel-Verhältnis ist ein Optimierungsprogramm, bei dem verschiedene Auslegungsalternativen auf ihre Zweckerreichungsgrade geprüft werden müssen.«<sup>132</sup>

Die sozialwissenschaftliche Figur des Netzwerks fand ein rechtsdogmatisches Echo, beispielsweise bei Dan Wielsch für den Bereich Wirtschaft: Die netzwerkförmigen Kooperationen (etwa bei Just-in-time-Zulieferverbindungen, beim Franchising oder beim bargeldlosen Zahlungsverkehr) verlangen von den Beteiligten eine Doppelorientierung der Handlungen. Hierbei verwirklicht dieselbe Handlung eine der Individualorientierungen der Netzknoten und zugleich die Kollektivorientierung des Netzes. Beide Orientierungen haben ihren eigenen normativen Gehalt, und beide müssen rechtsdogmatisch rekonstruiert werden können, ohne dem Netzwerk zu schaden. – Im Bereich Familie: Wenn deren institutioneller Status in eine Vielzahl von subjektiven Rechten einzelner Familienmitglieder abgewickelt wird, bleibt nur noch eine Hülle übrig und das familiäre Sozialsystem wird entleert. Es sollten aber »die sozialen Referenzen vom Recht wiedergewonnen werden.«<sup>133</sup>

Obwohl diese Ansätze gesellschaftspolitisch offensichtlich weniger ›gefährlich‹ sind als die meist links-liberal gestimmten aus der engeren

<sup>129</sup> Etwa bei Renner 2020: 54; Grundmann u.a. 2015.

<sup>130</sup> Beispielsweise bei Stefan Magen (2015: 110–112), bezogen auf das Verwaltungsrecht und das Zivilrecht.

<sup>131</sup> Vgl. dazu Magen 2015: 113–117.

<sup>132</sup> Vgl. van Aaken 2008: 82–85, 91.

<sup>133</sup> Näher zu diesen Beispielen Wielsch 2020: 190–196 (193), der sich dabei auf Vorarbeiten von Gunther Teubner, Karl-Heinz Ladeur u.a. bezieht.



Soziologie, verhartet die herrschende Meinung auch hier in Skepsis. Registriert wird eine ganze Reihe von Kooperationen mit der Ökonomik seit den 1980ern, »doch die juristische Kritik an den theoretischen Angeboten der Nachbarwissenschaft ist dadurch nicht verebbt«. <sup>134</sup>

Kurz vor der Jahrhundertwende hatte Christoph Engel die Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft identifiziert, und dies nicht nur *en passant*, sondern in einem ausführlichen Aufsatz. Zwei Jahrzehnte später inspizierte er das zuständige Fachjournal (die *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, ZGR) auf eine Evidenz für seine These und musste erkennen, dass neben einigen Diskussionen zu *Law and Economics* nur schwache Spuren einer Rezeption der Sozialwissenschaften zu finden sind. <sup>135</sup>

Im Privatrecht entwarf Bertram Lomfeld im Anschluss an die Diskurstheorie von Jürgen Habermas eine ›deliberative Dogmatik‹ des Vertrages. Der Brückenschlag zur Soziologie ist einem solchen Ansatz inhärent und kam auch zum Ausdruck, wenn es etwa hieß: »Eine deliberative Rechtstheorie versteht Dogmatik daher immer auch als politischen Kampf um das Recht.« <sup>136</sup> Lomfeld schloss auch an betriebswirtschaftliche und nutzentheoretische Wissensbestände an; das war folgerichtig, denn für Lomfeld »erobern die ›Rational-choice‹-Theorien die Sozialwissenschaften«. <sup>137</sup> Wie schon bei der von Gunther Teubner adaptierten Systemtheorie bot die Nutzentheorie dem Rechtsdenken eine propädeutische Nahbarkeit, hier im Hinblick auf die Präzision, Berechenbarkeit und Reinigung von irrationalen Einflüssen. Auch konnte dogmengeschichtlich an die gut entwickelte ›Ökonomische Analyse des Rechts‹ angeknüpft werden (Kap. 13). Sozialwissenschaftlich i.w.S. war das durchaus, soziologisch i.e.S. nur partiell.

Inwieweit trug nun die sozialwissenschaftliche Lesart rechtstheoretischer Fragestellungen zur rechtsdogmatischen und -praktischen Arbeit bei? Dazu gab Lomfeld eine vielstimmige Fallsammlung für eine »neue Praxis soziologischer Jurisprudenz« heraus (2017). In einem eigenen Beitrag reanalysierte er einen prominenten Rechtsfall, nämlich die Milliardenklage des Filmhändlers Leo Kirch gegen die Deutsche Bank. Er prüfte das OLG-Urteil aus dem Jahre 2012 und verwendete dabei neben juristischen Konzepten solche der ökonomischen Nutzentheorie, der Systemtheorie u.a.; die vom Gericht angeführten juristischen

<sup>134</sup> Lüdemann 2007 a: 1.

<sup>135</sup> Engel 2020; vgl. a. dens. 1998: 39 f.

<sup>136</sup> Lomfeld 2015: 307. Vgl. Reinelt 2023 für eine soziologische Durchleuchtung der Vertragsfigur von anderer, nämlich differenzierungstheoretischer Warte aus.

<sup>137</sup> Lomfeld 2015: 144 f.

Entscheidungsgründe wurden in anderer Sprache mit sozialwissenschaftlichen Anklängen – übrigens überzeugend und ohne anderes Endresultat – rekonstruiert.<sup>138</sup> Nun wird sich erst bei weiteren Versuchen und größerer Verbreitung zeigen können, ob dieser Weg einer Versozialwissenschaftlichung die übliche dogmatische Art praktischer Rechtsfindung bloß verdoppelnd nachvollzieht oder aber für einen Gerechtigkeitsgewinn taugt. Lomfelds Weg einer Versozialwissenschaftlichung hielt vor einer hier doch wohl essentiellen Schwelle an: Sie ließ den rechtsdogmatischen Anteil juristischer Arbeit unberührt und beschränkte sich auf die »selektive Konstruktion des Sachverhalts für die Subsumtion«. <sup>139</sup> Auch wenn Lomfeld anschließend Auswahl und Auslegung der anzuwendenden Normen »im Lichte des ökonomischen Effizienzmaßstabes« vornehmen wollte, galt das nur für die Sachverhaltskonstruktion, die indessen schon immer und unangefochten den sozialwissenschaftlich-empirischen Methoden zugewiesen worden ist.

Eine von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderte Gruppe von Rechts- und Sozialwissenschaftler:innen erörterte untereinander das Thema, wie sich das deutsche Privatrecht im Spannungsfeld zwischen Macht und Freiheit darstellt. Das Dreieck von Recht-Macht-Freiheit neigte sich zwar von vornherein zur normativen Achse hin (Recht, Freiheit), der soziologische Topos Macht erhielt aber große Aufmerksamkeit. Die hier erzielten Einsichten könnten ein Vorbild für weitere Versuche in dieser Richtung abgeben, denn die beteiligten Disziplinen kamen authentisch zu Wort und hörten einander zu.

Der Beitrag des Soziologen Johannes Berger unterließ zwar direkte Empfehlungen, wie sich die soziologisch allgegenwärtige Machtdimension in das juristische Denken eingliedern könnte, brachte aber eine Reihe von Beispielen, wie sich Machtbeziehungen in Rechtsbeziehungen abbilden, so etwa im Konflikt zwischen Privatrecht und wirtschaftlicher Monopolmacht.<sup>140</sup> – Für das Arbeitsrecht boten sich dogmatische Analysen im konzeptuellen Rahmen der Machtverteilung geradezu an, weil hier oft zwei Seiten mit artikuliertem Gegensatz in Interessen und Ressourcen miteinander um Ausgleich ringen. Mit dem in der Jurisprudenz allgegenwärtigen Konzept der Autonomie ist das schon deswegen nicht zu lösen, wie die Rechtssoziologin Eva Kocher darlegte, weil Unternehmen und Beschäftigte ganz unterschiedlich ausgestattete Freiheitsräume einfordern: »Die Machtkonstellationen beeinträchtigen die Gleichwertigkeit der Autonomiepositionen der Vertragspartner.«<sup>141</sup> – In der Figur des Eigentums ließ sich »der Archetyp der rechtlich verfassten

<sup>138</sup> Lomfeld 2017 b.

<sup>139</sup> Lomfeld 2017 a: 9.

<sup>140</sup> Berger 2016: 63.

<sup>141</sup> Kocher 2016: 247.

Macht des Individuums« erkennen, wodurch die gesellschaftlichen Verhältnisse mitbestimmt werden. »Wie das Eigentum aber zu verfassen ist und wie die Beschränkungen aussehen sollen, dazu sagt der Ansatz nichts aus.«<sup>142</sup> – Abgelehnt wurde die Idee, »dass ein soziologischer Begriff wirtschaftlicher Macht im Privat- und Wettbewerbsrecht als rechtlicher Kontrapunkt zum notwendig normativen Freiheitsbegriff taugt«,<sup>143</sup> Allerdings dürfte diese Konfrontation eine verengende Fragestellung sein, die den analytischen Nutzen des sozialen Machtkonzepts nicht ausschöpft. Nach den Einsichten der Forschungsgruppe zu Recht und Privatmacht konvergieren die Typologien, die in den Sozial- und Privatrechtswissenschaften zu den Machtquellen entwickelt worden sind. »Es liegt hierin eine Chance, empirische Phänomene, auf die das Recht reagiert, besser zu verstehen und zu kategorisieren.«<sup>144</sup>

Konzepte wie Macht, Herrschaft, Über- und Unterlegenheit gehören zur genuin sozialwissenschaftlichen Denksphäre, treten aber in juristischen Texten kaum je auf, jedenfalls nicht explizit, während implizit im Recht beständig das Willkürhandeln sozial Mächtiger einzudämmen versucht wird. Die Beziehungen zwischen Macht und Recht eröffnen mithin ein äußerst ergiebiges Feld. Würde sich in einer Zivilgesellschaft die vom positiven Recht entworfene Ordnung restlos durchsetzen, ginge also alles ›mit rechten Dingen‹ zu, bräuchten wir über Macht kaum zu reden. Die Realität aber sieht anders aus, sodass allein schon die vom Recht nicht erreichten bzw. erfolglos intendierten Lebenswelten machtanalytisch zu untersuchen sind. Schon jede einzelne Rechtsnorm kann auf der Folie der durch sie hergestellten Machtbalance gewürdigt werden.

Angesichts einer Denktradition, die es für schlicht unmöglich hielt, empirisch-soziologische mit normativ-juristischen Aussagen zu vereinen, wurde auch nach dem Charakter und Erkenntnisziel der eigentlichen juristischen Arbeit gefragt. Wenn schon nicht die Idee des Sozialen, so könnte sich vielleicht die Kategorie der Kultur dazu eignen, den Normativismus zu relativieren. Gefordert wurde »die Abkehr von einem geisteswissenschaftlichen, philosophischen oder historisch-hermeneutischen Rechtsbegriff als Grundlage der Rechtswissenschaft«; an die Stelle sollten wirklichkeitswissenschaftliche, empirische Rechtsbegriffe treten. »Recht wird dann nicht mehr als ein bloß irgendwie in eine Kultur eingebettetes Phänomen gesehen, sondern es ist Kultur, die Recht produziert.«<sup>145</sup> Die hundert Jahre alte Idee von Max Ernst Mayer, das Recht an den »Lebensbedingungen der Gesellschaft« auszurichten und bei der Anwendung des Strafrechts auf die diesem zugrundeliegende

142 Lehmann 2016: 308.

143 H. Schweitzer 2016: 472.

144 Franck 2016: 561 f.

145 Duve 2015: 181.

Kulturnormen zurückzugreifen, wurde erneut geprüft und für rechtstheoretisch zu schwach begründet befunden.<sup>146</sup> Viele der momentan als kulturwissenschaftlich etikettierten Forschungen sind zugleich Resultate der Soziologie und in unserem Zusammenhang »eine Reformulierung klassischer rechtssoziologischer Fragestellungen«.<sup>147</sup>

Julian Krüper versteht den kulturwissenschaftlichen »Forschungsauftrag als den zu einer theoretischen Distanzierung vom Recht im Sinne einer Überwindung der allein anwendungspraktischen Dimension«. Die einfach klingende Formulierung hat es in sich – was wäre hier zu überwinden? Gemeint ist, dass die Rechtswissenschaft vor allem die Legitimationsnachfrage bedient und hierfür ein Monopol hält. Eine kultursoziologische Fundierung des Staatsrechtsdenkens wird entwickelt mit der Analogie zu Andreas Reckwitz' Postulat, die vopolitischen Horizonte des Politischen offenzulegen. Das reiche »über eine schlichte Rahmung gängiger Verfassungsfunktionen hinaus« und nehme »das konstitutionelle Spektrum in seiner Breite und kulturellen Tiefe insgesamt in den Blick«. Exemplarisch seien Forschungsfelder wie die symbolischen Dimensionen von Verfassung sowie Verfassung und kollektives Gedächtnis.

Es wird heute allgemein und beinahe unbestritten angenommen, dass sozialwissenschaftliche Erkenntnisse überall im Recht gute Dienste tun könnten, nur fehle es leider an einer Methodik, sie in normative Urteile einzufügen. Einerseits darf das als ein Entwicklungsschritt gelten, der in der vorangegangenen Streitphase noch nicht denkbar gewesen ist. Andererseits bleibt die zentrale Frage offen, warum das vorhandene Gebäude der Dogmatik (und nicht nur der Wortlaut des Gesetzes) die unverrückbare Grundlage einer interdisziplinären Kommunikation sein muss. Die Fokussierung auf einen Normativismus im Rechtsdenken steht erneut auf dem Prüfstand – diesmal aber nicht (so sehr) in Abwehrhaltung, sondern mit (berechtigter) Neugier auf Alternativen. Erwogen wird jetzt ernsthaft, ob Rechts- und Sozialwissenschaften sich nicht über den Normbegriff miteinander verbinden. »Die Rechtswissenschaft kann an ein als ›soziale Praxis‹ verstandenes Normkonzept anschließen«.<sup>148</sup> Wenn sie bloß *kann*, dann ist das nur eine Möglichkeit, aber noch keine Empfehlung; immerhin schlägt diese rechtstheoretische Assoziation einen neuen Ton zwischen den Disziplinen an. Dazu wird vorgeschlagen, »Rechtsdogmatik als Deliberation über rechtliche und nichtrechtliche Gründe zu verstehen«.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> Vgl. Pawlik 2023: 149, 156–158, 160–162.

<sup>147</sup> Krüper 2015: 143. Zum Folgenden ebd.: 143–150.

<sup>148</sup> Schaefer 2018: 103.

<sup>149</sup> Stark 2020: 366, vgl. a. 278–296.

Bei Dan Wielsch erkennt Rechtsdenken »den wechselseitigen Zusammenhang von individuellen Rechten und sozialen Institutionen. Entsprechend kann nicht nur die normative Kraft von Rechten für die soziale Praxis betrachtet werden, sondern umgekehrt ist auch die normative Qualität von sozialer Praxis für die Rechte und ihre Auslegung zu berücksichtigen«. Recht müsse die »soziale Praxis verstehen«.<sup>150</sup> Da erscheint sie wieder – die unmittelbar normative Relevanz sozialer (nichtjuridischer) Verhältnisse. Diese Konzeption des dogmatischen Denkens »fasst rechtliche Bedeutung nicht als Gegebenes, sondern als einen Prozess auf, in dem rechtliche Prädikation unter Berücksichtigung anderer Quellen normativer Bedeutung stattfindet«. Zur (heute) richtig betriebenen Dogmatik gehöre, dass »andere Sinnwelten im Recht zur Sprache kommen oder gar von ihm zur Sprache gebracht werden«.<sup>151</sup>

Allenthalben reden derzeit Rechtslehrer:innen (der jüngeren und mittleren Generation) einer innerjuristisch-sozialwissenschaftlichen Normanalyse das Wort. Dan Wielsch wollte die juristische Operationsweise von einem ›subsumtiven‹ auf ein ›formatives Rechtsdenken‹ umstellen und dabei die jeweilige soziale Praxis ›verstehen‹, und zwar durch eine »soziale Hermeneutik im Recht«.<sup>152</sup> Zuletzt suchte man Zuflucht bei der Literaturwissenschaft, um die juristische Methodenlehre zu grundieren.<sup>153</sup> Kritiker reagierten mit einiger Skepsis auf diese Vorschläge; man wisse nicht, wie das gehen solle, und vermisste eine gangbare Methode.<sup>154</sup> Das Argument ist alt, dient aber heute nicht mehr einer Totalablehnung. An den meisten Antworten fiel auf, dass die Herausforderung nicht mehr geleugnet wird. Daher kommt es darauf an, dass konkrete Analysen vorgelegt werden, in den sich eine methodisch an der sozialen Realität orientierte Rechtsauslegung (›Dogmatik‹) zeigt. Solche Analysen werden zunehmend publiziert und in ihrem Erkenntniswert anerkannt. Eine einfache Lösung liefe darauf hinaus: Juristische Aussagen und Entscheidungen beruhen auf normativen, empirischen und strategischen Argumenten gleichermaßen; sie müssen mit dem geltenden Recht übereinstimmen. Allerdings wird verdächtig oft das Besondere einer juristischen ›Theorie‹ beschworen. Begründet wird das entweder mit dem Entscheidungszwang oder mit der Normativität. Der Entscheidungszwang dürfte nichts Einzigartiges sein, viele Fächer stehen ebenfalls unter ihm: Medizin, Ingenieurwissenschaft usw.; es handelt sich schlicht um den Effekt der Praxis, die eine Disziplin ausübt.

150 Wielsch 2020: 188.

151 Wielsch 2020: 200 f.

152 Wielsch 2020: 182, 188, 190; vgl.a. Wagner 2024.

153 So bei Augsberg 2024: 160 f.; vgl.a. Ladeur 2024: 233–286.

154 Beispielsweise Viellechner 2020: 203.

Wie kritisch das hier ›Normativismus‹ genannte Merkmal der Jurisprudenz auch betrachtet wird – es gehört unaufhebbar zu ihr. Nicht die Orientierung an Normen, Gesetzen, Regeln usw. steht zur Disposition, sondern das graduelle Ausmaß und die ungeplanten Wirkungen. Jede Rechtskultur wird sich hiermit auseinandersetzen. Am Horizont tauchen dabei die Ideen des Pragmatismus auf, eines Gegenpols zum Normativismus. Für eine pragmatistisch gesonnene Rechtstheorie besteht die Aufgabe darin, »die vielfältigen sozialen und politischen Kontexte zu erforschen, in die das Recht eingebettet ist und die die Entscheidungen der Rechtsanwender ebenso beeinflussen wie umgekehrt deren Entscheidungen auf die soziale Wirklichkeit zurückwirken«. <sup>155</sup> Zuspitzend verlief eine Debatte im so ganz anders gearteten Common-Law-Bereich. Der Literaturtheoretiker Stanley Fish wollte in der Welt des Rechts keine festgefügte Ordnung aus Regeln und Werten, sondern nur Diskurse und Gewaltprozesse am Werk sehen. Von textwissenschaftlicher Warte aus befasste er sich mit dem Formalismus des Rechts, womit er dem Selbstverständnis der Jurisprudenz schon deswegen nahekam, weil der Normativismus sich auf die Hermeneutik gesetzter Regeln beschränken zu können glaubt.

Fish meinte, die magischen und substanzlosen Worte, aus denen die Jurisprudenz besteht, sollten abgeschafft werden, um einen unverstellten Blick auf die Situation und Probleme zu gewinnen. Er propagierte den Wechsel »von einem Essentialismus, der mit Naturrecht und begrifflicher Logik identifiziert wird, zu einem anderen [...], der im strengen Empirismus der Sozialwissenschaften gesehen wird«. <sup>156</sup> Fish wusste sich in vielem mit den Rechtstheoretikern Richard Posner und Ronald Dworkin einig; er empfahl eine pragmatistische Sicht auf die Rechtsordnung, die damit nicht etwa abgeschafft, sondern nur rekonzeptualisiert werde. Das juristische Vokabular leite nicht Entscheidungen an, vielmehr stelle es sie bloß dar und ermögliche die Kommunikation über sie.

Hier wiederholte sich vieles, und wurde auch zitiert, was der *Legal-realism* und die Freirechtslehre bereits gesagt hatten (vgl. Kap. 3). Die Texte lagen auch auf Deutsch vor (mit Dieter Simon als Mitübersetzer), blieben aber (nach einer vernichtenden Rezension durch Winfried Hassmer) unbeachtet. Niemand mochte die Strukturen des eigenen Feldes derart relativiert sehen. Einer allzu großen Selbstgewissheit wäre Einhalt geboten worden.

<sup>155</sup> Kasiske 2009: 264.

<sup>156</sup> Fish 2011: 212 f.

## Handeln vs. System als soziologische Perspektiven

Der Normativismus verriegelt das Rechtsdenken gegen die Idee des Sozialen. Er fokussiert den Blick auf die Regelrichtigkeit und lenkt ab von der konkreten Situation. Wird aber der zu lösende Konflikt in seinen Kontext eingebettet, dann gibt es keine einzig richtige Antwort mehr. Vielmehr bieten sich verschiedene Perspektiven an, zwischen denen die Auswahl schwerfällt. Wird von der umfassendsten Warte ausgegangen, also der Soziologie, dann stehen zahlreiche Deutungsansätze bereit, wovon hier die beiden meistgewählten näher betrachtet werden: Handeln und System.<sup>157</sup>

Eine lange Tradition, einsetzend mit Max Weber ab etwa 1910, nimmt rechtliche Vorgänge als ein soziales Handeln in den Blick.<sup>158</sup> Nach diesem Ansatz, der ›Verstehenden Soziologie‹, ist die meiste empirische Forschung unternommen worden, etwa zu den Aktionen der juristischen Instanzen und zum Verhalten der Konfliktparteien. Jedes rechtswissenschaftliche Urteil sei als ›juristisches Handeln‹ aufzufassen, heißt es bei Friedrich Müller, und zwar schon deswegen, weil die gesetzlichen Tatbestände in der Form von »Handlungssätzen« erscheinen.<sup>159</sup> In mikrosozialer Sicht wird außer den Akteuren und ihrem Verhalten auch die gesamte Situation betrachtet, in welcher der Konflikt sich abspielt. Dazu gehören die Umstände, aus denen heraus der Streit auf die Ebene juristischer Auseinandersetzung gehoben wurde. Welchen Sinn die in Betracht kommenden Rechtsnormen in dieser Situation annehmen, macht dann den rechtswissenschaftlich zu ermittelnden Beitrag aus, an den die Entscheidung gebunden ist. In dem Schattendasein, das die Soziologische Jurisprudenz in den jüngsten Jahrzehnten fristete, ist allerdings wenig zum Thema geschehen. Wolfgang Hoffmann-Riem hat kontinuierlich formuliert und ausgeführt, die Rechtswissenschaft dürfe »nicht als nur normtext-orientierte Interpretationswissenschaft verstanden werden, sondern muss umfassender als eine kontextbezogene, problemlösungsorientierte, auch Elemente der Rechtserzeugung umfassende, Handlungswissenschaft konzipiert werden«.<sup>160</sup> Gleiches äußert sich in der Direktive, Rechtswissenschaft müsse »akteurssensibel« vorgehen.<sup>161</sup>

157 Eva Kocher unterscheidet mindestens vier Ansätze, neben Handlungs- und Systemtheorie noch Poststrukturalismus und Kulturwissenschaft, 2017: 162–171.

158 »Ist die Rechtswissenschaft die Theorie vom Handeln des Menschen, ist ihr Erkenntnisgegenstand der handelnde Mensch, der sich Zwecke sucht und diese zu realisieren sucht«, hieß es bei Heinz Such, 1947: 231.

159 Vgl. Müller in Müller/Christensen 2013: Rdnr. 423 und passim bzw. Müller/Christensen 2012: Rdnr. 168–175.

160 Hoffmann-Riem 2022: 17.

161 Rentsch 2023: 79.

In einigen Rechtsfeldern wird explizit mit dem Handlungsbegriff operiert. In der Verwaltungsrechtsdogmatik wurde ein Perspektivwandel konstatiert: vom Rechtsschutz zum Handeln und Problemlösen hin.<sup>162</sup> Hier etablierte sich die Lehre von der *Handlungsform*, das ist ein der Verwaltung zurechenbares Tun, unterschieden von der Organisation und deren Maßstäben. Wie in der Rechtsdogmatik üblich, wurde für die neue Lehre eine lang zurückreichende Tradition »gefunden«, im Falle der Handlungsformenlehre bei bedeutenden Autoren des 19. Jahrhunderts wie C. v. Gerber und F.F. v. Mayer.<sup>163</sup> Ein Bezug zur soziologischen Handlungstheorie wurde indessen fast nie hergestellt. Dafür lösten sich durch den Formcharakter mit seinem normativen Klang manche erkenntnistheoretischen Bedenken auf.

Mit den Entdeckungen des informellen Verwaltungshandelns, des Gewichts der Implementation und der Pluralität der Steuerungsebenen im Verwaltungshandeln – und dies nur als Beispiele – habe sich herausgestellt, »dass die herkömmlichen Grenzen zwischen Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft nicht aufrechterhalten werden können«.<sup>164</sup> Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Verwaltungswissenschaft als eine Mischdisziplin anzusehen ist, wie auch die Staatslehre, die Politologie u.a., die normativ-rechtliche Elemente enthält. In ihrem Charakter – Erkenntnisziel und Methoden – gehört die Verwaltungswissenschaft als Fach in den Kreis der Sozialwissenschaften, auch wenn die Verwaltungsjurisprudenz das vorsichtshalber nur ganz selten ausspricht.

Die Figur des Verwaltungshandelns lud sich normativ auf, als »Maßstäbe« benannt wurden, die ihrerseits allerdings nicht dem positiven Recht entstammten. Hier verwirklichte sich eine von der Rechtsdogmatik betriebene Adaptation sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in ein juristisches Resultat.

»Maßstäbe wie Effektivität, Effizienz, Flexibilität, Vertrauen, Innovationsoffenheit oder Akzeptabilität entstammen entweder anderen Disziplinen als der Rechtswissenschaft oder werden jedenfalls auch von dieser thematisiert. Ihr Bedeutungsgehalt kann daher [...] nur mit der Rezeption dieser interdisziplinären Wissensbestände vollständig erschlossen werden. Insbesondere die Wirtschafts- und Sozialwissenschaften werden hier relevant«.<sup>165</sup> Eine derart kooperationsbereite Haltung ist bis heute keineswegs selbstverständlich. So kam eine dogmatische Habilitation zur verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre ohne jeden

<sup>162</sup> Vgl. Lenk 2017: 118.

<sup>163</sup> Vgl. Kahl 2023: 733–736.

<sup>164</sup> Schuppert 2010: 1050–1056 sowie 1072.

<sup>165</sup> Pilniok 2023: 16 f.



Bezug auf die soziologische Handlungstheorie aus, wie sie sich seit Max Weber in Vielfalt und Feinheit entwickelt hat.<sup>166</sup> Leere und Zirkularität der Argumente sowie Alltagssprachlichkeit des verwendeten Handlungsbegriffs waren die Folge.

Ebenso böte sich in der Strafrechtsdogmatik an, ihr zentrales Konzept sozialwissenschaftlich zu unterfüttern.<sup>167</sup> Hier wurde der Gehalt des Handlungsbegriffs immer schon intensiv diskutiert.<sup>168</sup> Denn der Begriff dient als »Anknüpfungspunkt für alle Erscheinungsformen strafrechtlich relevanten Verhaltens. Er ist den strafrechtlichen Bewertungskategorien (Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld und Verantwortlichkeit) grundsätzlich vorgelagert«.<sup>169</sup> Für den ›Tatbestand‹, also die Feststellung des Sachverhalts, wäre das methodologisch allseits unproblematisch. Aber der Handlungsbegriff ist relevant auch auf den Prüfebene wie ›Rechtswidrigkeit‹ und ›Schuld‹, auf denen die Wertprädikate hinzutreten, weil sie sich auf ein faktisches Substrat beziehen. Die zahllosen dogmatischen Kontroversen um diese beiden normativ so aufgeladenen Konzepte würden sich vielleicht entzerren.

Statt auf das soziale Handeln kapriziert sich eine einflussreiche Fraktion in der Rechtsdogmatik auf das Konzept des sozialen *Systems*. Mit der eingeführten Rezeption werden bislang viele Einsatzchancen der Soziologie vernachlässigt. Ideengeschichtlich bilden Handeln und System freilich nicht die Antipoden, als die sie heute gelten. An drei Namen aus aufeinander folgenden Generationen der soziologischen Theorieentwicklung zeigt sich das deutlich: Max Weber (\*1864), Talcott Parsons (\*1902) und Niklas Luhmann (\*1927). Auf Weber geht ›soziales Handeln‹ als Grundbegriff zurück; Parsons transportierte das Konzept in die während der Zwischen- und Nachkriegszeit erstarkte amerikanische Soziologie, überformte es mit der Systemfigur und wurde so seit den 1960ern im deutschsprachigen Raum rezipiert. Luhmann begann mit der verstehend-interpretativen Perspektive, bevor er mehrere Fassungen einer Systemperspektive schuf – von ›klassisch‹ bis ›autopoietisch‹. Die Jurisprudenz, zum Mitdenken und Verwenden aufgefordert, wandte sich der einen oder anderen Version Luhmann'scher Systemtheorie zu (übrigens zumeist der älteren von 1984 und davor).

Auch dort, wo soziales Handeln als die passende Kategorie erkannt wird, modulieren die Texte das in eine Systemsprache, wodurch Einsichtsmöglichkeiten abgeschnitten sind, ohne neue hinzuzugewinnen. Diese heuristische Widersprüchlichkeit zeigte sich aufschlussreich bei Dan Wielsch, einem für Sozialwissenschaftliches explizit aufgeschlossenen

166 Gemeint ist: Glaser 2013: 53–58.

167 Zur strafrechtlichen Handlungszuschreibung vgl. Schulz-Schaeffer 2007: 346–387.

168 Vgl. Ambos 2021: 91 f.

169 Roxin 2020: Rdnr. 129.

Privatrechtler. Er betrachtete die privatrechtlichen Grundkonzepte Vertrag, Generalklauseln und Eigentum in handlungssoziologischer Sichtweise. Auch in späteren Arbeiten demonstrierte Wielsch immer wieder seine Methode an konkreten Rechtsfiguren, wie andere Sinnwelten im Recht zur Sprache kommen können.<sup>170</sup>

Alles komme »darauf an, wie differenziert das Recht die Umwelanforderungen an den Vertrag erfassen kann. Wenn eine soziologische Jurisprudenz den Vertragsschluss als sozialen Sachverhalt rekonstruiert, so macht sie für das Recht sichtbar, was die extrem formale Definition des Vertrages als Übereinstimmung von Willenserklärungen für einen sozialen Effekt hat.« Bei den Generalklauseln könne »eine soziologische Jurisprudenz die Rechtsanwendung präzisieren: Denn ist der Vertrag erst einmal als sozialer Sachverhalt rekonstruiert, können verschiedene Umwelanforderungen an den Vertrag unterschieden werden«.<sup>171</sup>

Da hier ganz viel von der Wortwahl abhängt, muss der Übergang von der Handlungs- auf die Systemperspektive reibungslos gelingen, wie schon beim Klassiker Talcott Parsons. In der Jurisprudenz, die das verbale Changieren meisterlich ausübt, klappt das in wenigen Sätzen.

Am Anfang steht das soziologische Handlungskonzept: »Die Verbindung der Konsistenzanforderungen innerhalb des Rechtsdiskurses mit gesellschaftlichen Umwelanforderungen verlangt im Schuldrecht nach einem veränderten Verständnis des Vertrags. Im Unterschied insbesondere zum Konsensmodell der Rechtsgeschäftslehre, das subjektphilosophisch fundiert ist und mit der Willensreferenz als Grundkategorie arbeitet, ist der Vertrag als eine soziale Handlungsstruktur zu begreifen.« Sodann wird diese Einsicht in die Logik des Systems transformiert: »Durch den Vertragsschluss aber werden die respektiven Handlungsorientierungen integriert in ein neues, gegenüber den Parteirollen eigenständiges Handlungssystem. Nach der Umstellung der Systemtheorie von einer Handlungs- auf eine Kommunikationstheorie ist diese Vorstellung präzisiert und das Sozialverhältnis, das durch einen Vertragsschluss entsteht, als Interaktionssystem beschrieben worden.«<sup>172</sup>

Solche – überaus ernsthaften und fruchtbaren – Manifestationen einer Soziologischen Jurisprudenz amalgamieren die Elemente der System- wie der Handlungstheorie. Interpretierende Begriffe wie Vertrauen, Erwartung, Rolle, Macht, Entscheidung, Kooperation usw. werden ungeachtet ihrer handlungstheoretischen Herkunft ohne weiteres genutzt, schon weil es dazu (frühe) Publikationen von Luhmann gibt.

<sup>170</sup> Siehe dazu Wielsch 2009 und 2020.

<sup>171</sup> Wielsch 2009: 400.

<sup>172</sup> Wielsch 2009: 398.

Die Systemtheorie in ihren verschiedenen Versionen ist seit vielen Jahrzehnten der Platzhalter einer sozialwissenschaftlichen Denkweise in der Jurisprudenz. Dementsprechend viel kann über die aktuellen Verwendungen und Entwicklungen berichtet werden. Die Denkschule zum Recht als Sozialsystem führt in ein Hochgebirge juristischen Rasonnements, der Aufstieg ist beschwerlich, und die Wandergruppe muss gut ausgerüstet sein. Die Sprache dieses Diskurses ist in keiner Gerichtsstube, Anwaltskanzlei oder ministeriellen Behörde zu hören, auch nicht in den Sälen der gefeierten Karlsruher Justiz. Erst wenn versucht würde, jene Gedankenflüge in den Alltag des Rechtshandelns einzuführen, sie also hierher zu übersetzen, würde sich zeigen, was von den sozialwissenschaftlichen Einsprengseln übriggeblieben ist. Festzuhalten bleibt trotz alledem etwas Außergewöhnliches: Zwischen Jurisprudenz und Soziologie hat sich ein Diskurs etabliert, der einstmals von Rudolf Wiethölter ausging (Kap. 11), im Frankfurter Umkreis weitergetragen sowie andernorts aufgegriffen wurde und mit Gunther Teubner über einen Autor verfügt, dessen Arbeiten in die Soziologie hineinwirken – also genau in die noch nie befahrene Richtung. Auch wer den theoretischen Grundlagen oder einzelnen Folgerungen nicht beipflichten will, kommt nicht um das Anerkenntnis herum, dass hier eines der möglichen Modelle für die Verflechtung von Soziologie und Jurisprudenz geschaffen worden ist.

Für die deutschsprachige Rechtsdogmatik ist Niklas Luhmann der Lehrmeister systemtheoretischer Ideen und sein gerade zum Thema Recht überaus reichhaltiges Werk eine gut zugängliche Fundgrube. Zu allen Entwicklungsstufen dieser Theorie hat er dauerhaft verwertbare Texte vorgelegt: zur Vorphase im Strukturfunktionalismus, zur ersten Version mit der Innen-Außen-Differenz sowie zur zweiten, autopoietischen Version. Innerhalb der juristischen Methodenlehre wird über den Einfluss des Systemgedankens gestritten, etwa ob er nur für die engere Dogmatik eine (zentrale) Bedeutung habe oder auch für das gesetzgeberische Vorgehen gelte.<sup>173</sup> Die Systemkonzeptionen der Rechtswissenschaft variieren untereinander, und sie alle unterscheiden sich stark von denen der Soziologie.<sup>174</sup> Die weitreichende Konkordanz im Sprechen vom ›System‹ beruht auf der Äquivokation differenter Bedeutungsgehalte, was den Verdacht weckt, ein Wissenstransfer werde oftmals bloß simuliert.

Anna Beckers analysierte in einer strukturfunktionalistischen Sichtweise den Bestand an Rechtsnormen, um globale Selbstregulierung mit nationalem Privatrecht zu verknüpfen. Ihre »Studie wählt ein funktionales Verständnis der besonderen hier vorkommenden Rechtsbegriffe. Dieses erfasst Rechtsbegriffe und -lehre unter dem Gesichtspunkt, wie sie mit dem speziellen Phänomen Verhaltensregeln für Unternehmen

<sup>173</sup> Vgl. Kaiser 2021: Rdnr. 25, 49.

<sup>174</sup> Kaiser 2021: Rdnr. 51–55.

umgehen. [... Und sie ist] geleitet von der Frage, welche Funktion ein bestimmtes Rechtskonzept hinsichtlich der Unternehmensregeln erfüllen kann und, mit Bezug zum vergleichenden Element, mit einem Blick auf die funktionalen Äquivalente in den verschiedenen Rechtssystemen«. Das war ein Versuch, all den unternehmerischen Bewegungen ein normatives Gerüst zu verschaffen.<sup>175</sup>

Luhmann hat mit seinem geradezu didaktisch geschriebenen Buch von 1993, welches alle Verständnisbarrieren überwindet und auf viele Einwände eingeht, die juristische Zunft geradezu verführt, wie es auch die Vorgängerwerke seit den frühen 1970ern schon getan hatten. Gedankenreichtum, Eleganz der Darstellung und der überaus weite Horizont liegen diesem Rezeptionserfolg zugrunde. Wir können hier nur nachfragen, wie in einer solchen Perspektive das Soziale einen Eingang in das Rechtsdenken gefunden hat.

Luhmann verkündete die »operative Geschlossenheit des Rechtssystems«, womit er nach seinen Worten nur den überlieferten Topos von der ›Positivität‹ des Rechts meinte. Geschlossenheit dürfe nicht als Abgeschlossenheit verstanden werden, es bestünden intensive Kausalbeziehungen zur Umwelt. Autopoiesis und Selbstreferentialität kennzeichnen das geschlossene System. Fremdreferenzen – also kognitive Bezugnahmen auf Außerrechtliches – sind möglich, unterliegen aber der Würdigung durch den innersystemischen Imperativ Recht/Unrecht (›*Re-Entry*‹). All dies geschieht durch ›Beobachtungen‹.<sup>176</sup>

Trotz der vielen vormals ungewohnten Begrifflichkeiten bleiben Luhmanns Überlegungen nahe an den Denkweisen der Rechtstheorie und rekonstruieren diese im Zusammenhang der ausgereiften Systemtheorie. Der Autor sagt, »eine adäquate soziologische Rechtstheorie [dürfe] ihr Objekt nicht verfehlen. Das heißt: Sie muss es so beschreiben, wie die Juristen es verstehen.« Lässt man sich darauf ein, so Luhmann, dann »kommt eine ganze Hierarchie von Bestimmungen zum Zuge«.<sup>177</sup> Sein Buch ist durchzogen von Formulierungen, wie der Engpass zwischen Geschlossenheit und Öffnung zu durchschreiten sei.

Beispielsweise heißt, es, »dass Selbstreferenz und Fremdreferenz in der Form von normativer Schließung und kognitiver Öffnung zusammenwirken müssen, und zwar auf der Basis normativer Schließung«. Die Autopoiesis des Systems sei, »im Recht wie in der Gesellschaft wie im Leben auch, ein ziemlich robustes Prinzip«. Wenn es demzufolge reicht, salopp gesagt, dass das letzte Wort juristisch gesprochen werden muss,

<sup>175</sup> Beckers 2015: 39 (meine Übersetzung).

<sup>176</sup> Luhmann 1993: 38–123; Zitate ebd.: 38, 43 f., 51, 76.

<sup>177</sup> Luhmann 1993: 18, 54.

dann stünde der Berücksichtigung des Sozialen hier nichts im Wege. Luhmann zieht dem allerdings mehrfach eine deutliche Grenze, jedenfalls die vorfindliche Rechtssoziologie betreffend. Er unterscheidet ein formales Argument (ist innerhalb des Rechtssystems beheimatet) von einem substantiellen Argument (wird auch außerhalb des Rechtssystems anerkannt). Das eine praktiziert Selbstreferenz, das andere Fremdreferenz. »Die substantielle Argumentation verhindert, dass das System sich auf diese Weise selbst isoliert.« Das spricht für eine Berücksichtigung des von außen kommenden Sozialen, allerdings nicht um der Gerechtigkeit willen, sondern aus Gründen der Bestandserhaltung. Luhmann diskutiert das Problem anhand der alten Kontroverse Begriffsjurisprudenz/Interessenjurisprudenz. Der einen droht »eine letztlich leerlaufende begriffliche Distinktionstechnik«, die andere tendiert dazu, dass »mehr Varietät in das System eingeführt werden kann«. Juristisch kann nur als rechtens herausgefunden werden (»Selbstbeschreibung des Rechtssystems«), was dem Code Recht/Unrecht entspricht. Luhmann bezweifelt, dass soziologische Theorien etwas »Nennenswertes zur Selbstbeschreibung des Rechtssystems beitragen«. <sup>178</sup>

Trotz dieser Skepsis gibt es in einem Rechtsbereich tatsächlich die ersehnte Annäherung, ja Verflechtung der Fächer. Sie wird innerhalb einer kritisch-aufgeklärten Diskursgruppe von Jurist:innen betrieben; als ihr Stimmführer ist Gunther Teubner zu nennen. Rudolf Wiethölter – der Stifter des einstigen Fusionsdiskurses – wirkt als Doyen und kann hier durchaus die eigenen Anfänge wiedererkennen, wie sich auch der Diskurs mit den Orten des Wirkens von Wiethölter (Frankfurt/M. und Bremen), verbindet und die Berufslaufbahn vieler Autor:innen auf die eine oder andere Weise mit ihm verknüpft ist. Bei allem Erstaunen über die Lebendigkeit und generationsübergreifende Kontinuität bleibt zu fragen, inwieweit die Integration von Jurisprudenz und Soziologie hier gelungen ist. Eine indirekte Antwort auf diese Frage liegt vielleicht darin, dass Teubner die Bedingungen eines *erst zu führenden* Diskurses umreißt. Er will allgemein zeigen, »dass in der Begegnung von Sozialtheorie und Recht ein rechtsdogmatischer Mehrwert dann erzeugt werden kann, wenn das prekäre Verhältnis von Autonomie und Verflechtung in drei unterschiedlichen Dimensionen respektiert wird«. Diese für eine soziojuristische Erkenntnis zu erfüllenden Bedingungen lauten: Transversalität, Responsivität und Eigennormativität. <sup>179</sup> Möglicherweise hat bisher nur der von Teubner angeführte Diskurs die von ihm genannten Voraussetzungen erfüllen können.

Hatte Teubner anfänglich in der Soziologie »eine Methode zur Ermittlung sozialer Normen und Wertvorstellungen« gesehen – also wohl

<sup>178</sup> Zitate bei Luhmann 1993: 83, 396, 400, 540.

<sup>179</sup> Teubner 2015: 164.

nur als Empirische Sozialforschung, die verlässliche Informationen liefert –, so gebrauchte er sie, nach seiner Wende von der empirischen zur theoretischen Soziologie, als »ein Instrument zur Analyse juristischer Entwicklungen«. Anders gesagt, die Soziologie hatte zunächst »der gesellschaftlichen Anpassung der Rechtsdogmatik« gedient – also einem Anliegen des Reformdiskurses. Nach der autopoietischen Wende stand dann für ihn eine Dekonstruktion des rechtswissenschaftlichen Selbstverständnisses an. Damit einher ging die »Autonomie« der Jurisprudenz, wenn sie soziologisches Wissen verwertet – zuvor war noch von »kontrollierter Rezeption« die Rede gewesen.<sup>180</sup>

Damit wurde der Soziologiebezug in die Rechtstheorie eingemeindet, und die »soziologische« Systemtheorie konnte neu formuliert werden, was Teubner tat. Dazu sei bemerkt, dass es völlig legitim ist, wenn eine Anwendungswissenschaft wie die Rechtsdogmatik grundlagenwissenschaftliche Erkenntnisse, hier aus der Soziologie, autonom verwendet. Allerdings wandelte sich dadurch der Kooperationsstil – Vertreter der Grundlagendisziplin brauchten nicht mehr mitzuwirken. Für Teubner zeigte sich hier der Beginn »eines langen Wegs, auf dem die Diskussion rechtsdogmatischer Probleme immer mehr allgemeinen Theoriefragen untergeordnet wird«,<sup>181</sup> Es entstand eine Version der Rechtstheorie, die viele andere zunehmend faszinierte, aber kaum noch innerhalb des Reformdiskurses mit dem Ziel fachlicher Kooperation stand.

Die Luhmann'sche Formel für Gerechtigkeit als »adäquate Komplexität des konsistenten Entscheidens«, von juristensoziologischer Seite heftig kritisiert, wird von Teubner verteidigt. Gerechtigkeit könne heute nicht mehr als rechtliches Entscheidungskriterium dienen, sondern liege im Prozess der juridischen Selbstbeschreibung.<sup>182</sup> Wir befinden uns hier, wie überhaupt auf weiten Strecken dieser Diskurse, im Bereich der Allgemeinen Rechtslehre mit ihren protojuristischen Denkfiguren.

Mit seiner hohen Produktivität, den variablen Themen und theoretischen Wendungen<sup>183</sup> sowie dem auch soziologisch überaus breiten Einzugsbereich der verwendeten Lektüren ist Teubner bis heute eine bedeutende, wenn nicht *die* Figur im sozio-juristischen Diskurs. Allerdings wäre es unangebracht, die von ihm begründete Schule innerhalb eines kursorischen Überblicks kritisch zu würdigen, sowohl was ihre Erfolge wie auch eventuelle Enttäuschungen anlangt.

Von der Systemtheorie (neben dem Poststrukturalismus) geht auch Karl-Heinz Ladeur aus. Bei ihm »beobachten« Wissenschaft und

180 Vgl. für diese Analysen Femia 2019: 106–112, Zitate 196, 110.

181 Femia 2019: 118.

182 Teubner 2008: 9, 17.

183 Geschildert bei Teubner 2022 und 2024: 215–228.

höchststrichterliche Judikatur das Recht,<sup>184</sup> wodurch er selber zum Beobachtungsbeobachter avanciert. Nach einer seltenen Bedeutungsvariante von ›beobachten‹ (lat. *observare*) könnte das sogar stimmen: Dem Recht wird ›gehört‹, wie es in der Rechtsanwendung ja auch zu geschehen hat. Die Ambiguität von ›Observanz‹ – einerseits das sozio-physische Hingucken, andererseits das normative Folgeleisten – scheint die Rezeption dieser Variante des Systemdenkens mitzubedingen. Gesagt wird das nicht – in der Luhmann'schen Systemtheorie ist das Beobachten eine bloße Erkenntnisoperation.

Ladeur widerspricht der Vorstellung, dass die juristisch begründete Macht im Staat der gesellschaftlich begründeten überlegen sei; er sagt, die öffentliche demokratische Legitimation – und das heißt: rechtliche Legalität – nehme keine »höhere Stellung als die Selbstordnung der Gesellschaft durch die Selbstorganisation der ›Mittel‹ ein«. Er hütet sich, die ›gesellschaftlich begründete Macht‹ als normativ zu bezeichnen, wiewohl sie doch, falls generalisiert, Gefolgschaft verlangt. Wenn das ›Juristische‹ neben dem ›Gesellschaftlichen‹ steht, wird dem hier anstehenden Methodenkonflikt ausgewichen, und dies angesichts der unbefriedet gebliebenen Streitigkeiten gewiss mit gutem Grund. In der Dimension der Macht soziologisiert sich allerdings das Thema. Die Institutionen des positiven Rechts bilden eine juristisch begründete Macht im Staat, gleichrangig daneben stehen die sozial vorhandenen Regulationen mit ihren Ressourcen.

Die beiden Normwelten kommen hier miteinander ins Benehmen, weil sie beide Macht sind. Im Abgleich der jeweils ins Feld geführten Bataillone fallen die juristischen Entscheidungen. Als eine *Erklärung* vorfindlicher Rechtsakte leuchtet das sofort ein. Wird es auch zu einer *Leitlinie* juristischen Arbeitens? – Ladeur hat für die beiden Dimensionen Gesellschaft und Recht ein elaboriertes Analysemodell entwickelt. Zum einen sind da die »praktischen gesellschaftlichen *Lebensformen* [mit] den in diese eingetragenen Konventionen und Wissensbeständen, die weitgehend sprachlos bleiben und sich dem Zwang zur Begründung durch ihre eigene Praxis entziehen«; das ist die gesellschaftliche Seite. Zum anderen gibt es die »politisch-rechtlichen Formen der Beobachtung und Reflexion der Gesellschaft innerhalb eines theoretischen Registers der *expliziten Regelbildung* und der Interventionen von oben« – also erklärtermaßen die juristische Seite.<sup>185</sup> Es fragt sich nun, ob beide Seiten zusammenwirken *oder* ob die ihnen zugeordneten Fachwissenschaften nebeneinanderstehen. In Ladeurs Modell können sie getrennt vorgehen; denn die Lebensformen sind sprach- und begründungsfern, wohingegen die

<sup>184</sup> Vgl. Ladeur 2021: 171; das folgende Zitat ebd.: 175.

<sup>185</sup> Ladeur 2021: 8, H.i.O.

juristische Regelbildung das Gesellschaftliche beobachtet und reflektiert. Doch kommt es auch zu Kooperationen, beispielsweise bei der Repräsentation, die hier das Verhältnis der beiden Seiten »orchestriert«, wobei offenbleibt, wer – in dieser Metapher – die Partitur schreibt.

Über die juristische Methodik sagt Ladeur, dass »*praktische Entscheidungsheuristiken* und ihre Verknüpfung mit sozialen Wissens- und Regelbeständen jenseits des formalen Rechts für die Einstellung des Rechts auf den historisch aktualisierbaren Möglichkeitsraum sehr viel wichtiger sind als das geschriebene Recht«. Als empirischer Befund ist das Rechtssoziologie und trifft zweifellos zu. Wie indessen methodologisch vorzugehen sei, bleibt zu präzisieren. »Das Recht einstellen« ist eine Metapher aus der Technik: Maschinen werden »eingestellt«, und zwar auf die Situation, in der sie zu funktionieren haben. Die »Stellschrauben« dafür finden sich Ladeur zufolge weniger im positiven Recht und mehr in »sozialen Wissens- und Regelbeständen« – eine klare Bezugnahme auf die Soziologie. Vermittelt werden die formalrechtlichen und soziologischen Urteilelemente durch »praktische Entscheidungsheuristiken«, womit hier die juristische Arbeit, wie sie tatsächlich ist, charakterisiert wird.<sup>186</sup> »Entscheidungsheuristik« ist ein Konzept der Wirtschaftspsychologie und meint eine schnell arbeitende Denkweise, die viele Informationen ohne abschließende Klärung berücksichtigen muss. In den Erläuterungen dazu taucht das Wort »Bauchgefühl« auf, und es gibt mehrere Typen. »Praktisch« bedeutet hier wohl: handhabbar, vielleicht auch empirisch vorfindlich. Auch wenn »heuristisch« das Gegenteil von »gründlich« ist und das Attribut »praktisch« auf die Begrenzung der zeitlichen und sachlichen Ressourcen verweist, muss Ladeurs Charakterisierung des juristischen Alltagshandelns die professionelle Ehre nicht beleidigen, sondern rückt es bloß in das helle Licht der Realität. Juristische Logik ist all das nicht, eher so etwas wie Judiz und professionelle Erfahrung.

Auch bei Ladeur werden die argumentativen Winkelzüge juristischer Texte mit einer teilweise sozialwissenschaftlichen Nomenklatur nachvollzogen, wobei zum einen rechtssoziologische, zum anderen rechtstheoretische Thesen entstehen. Die Rechtsdogmatik wird hier nicht methodologisch instruiert: »Dogmatik ist vor allem eine Kultur*technik*, und Techniken bedürfen nicht der theoretischen Begründung.«<sup>187</sup> All diese Einordnungen hängen stets von der beim jeweiligen Autor verwendeten Definition ab, sodass sie sich nicht von ihrem Kontext lösen lassen – den zu berücksichtigen allerdings dazu führt, in den juristischen Diskurs hineinzuwutschen.

Die systemtheoretisch inspirierten Hauptwerke von Teubner und Ladeur erschienen bereits seit den 1980er Jahren, gehören also der vorigen

<sup>186</sup> Zitate bei Ladeur 2021: 42, H.i.O.

<sup>187</sup> Ladeur 2021: 32.



Diskursgeneration an. Man *kann* das Recht (Normen, Dogmatik, Instanzen) als autopoietisches System analysieren; der Jurisprudenz zu empfehlen ist das allerdings nur dann, wenn förderliche Einsichten für die ihr gestellten Aufgaben zu erwarten sind. Ob dies bislang der Fall ist, richtet sich nicht nach der Fülle zustimmender Fachliteratur; denn es ist keine normative Entscheidung. Vor allem Texte der allgemeinen Rechtslehre hantieren mit dem Systemvokabular. Neuere Einschätzungen kommen zu skeptischen Resultaten; die Erträge der Systemtheorie hinsichtlich einer Verwendung der Sozialwissenschaften sind sehr rar geblieben.

Joachim Lege glaubt nicht, »dass die Systemtheorie für die juristische Dogmatik von großem Nutzen ist«. Klaus F. Röhl hält die autopoietische Version »für die Jurisprudenz schlicht irrelevant«. <sup>188</sup>

Die Denkfigur ›System‹ fasziniert die Rechtswissenschaft nach wie vor – aber nicht als soziales, sondern als dogmatisches System. <sup>189</sup> Auch in der Gegenwart bleibt dieses Vokabular prägend für die Sprachgestalt der juristischen Methodenlehre, soweit sie sich um den Anschluss an Sozialwissenschaftliches bemüht, was ohnehin nur eingeschränkt geschieht. Zunehmend verbreitern jetzt die grundlagentheoretischen Suchbewegungen ihren Einzugsbereich, wobei die Anregungskraft der Systemfigur – für mehrere Jahrzehnte die soziologische Sphinx der Rechtstheorie – allmählich ausgeschöpft sein könnte.

Der Rezeptionserfolg der Systemtheorie ist regional beschränkt geblieben, wobei der jeweilige ›Provinzialismus‹ der regionalen Rechtsdiskurse mitwirkt. <sup>190</sup> Einige Stimmen bezweifeln die Ertragskraft der Systemtheorie für eine (empirische) Rechtssoziologie. Für den Strafrechtstheoretiker Klaus Lüderssen war die Systemtheorie nur ein Modell; sie müsse sich, um zu bestehen, irgendwie bewähren. Ansonsten bedeute sie Dezisionismus, weil die Ursprünglichkeit des Subjekts verneint würde. <sup>191</sup>

Der Rechtshistoriker Marcel Senn, den sein interdisziplinäres Interesse vor vier Jahrzehnten, wie damals in der ›aufgeschlossenen‹ Jurisprudenz üblich, zu Luhmanns Systemtheorie geführt hatte, verabschiedete sich davon; denn er fand fast nur noch jene »systemtheoretisch angehauchten Aperçus und selbstreferentiellen Déjàvus, die zwar intelligent geschrieben, substantiell aber unergiebig sind«. <sup>192</sup> Der Strafrechtler Peter Kasiske wollte »angesichts der radikalen Selbstreferentialität fast schon

<sup>188</sup> Lege 2011: 44. Röhl 2015: 74.

<sup>189</sup> Beispielsweise bei Hilbert 2015.

<sup>190</sup> Für den Common-Law-Bereich vgl. Michaels 2021.

<sup>191</sup> Lüderssen 1995: 884, bezogen auf G. Jakobs.

<sup>192</sup> Senn 2016: 158–160; mit Nennung weiterer Namen und einiger Ausnahmen.

von einem Autismus des Rechts als sozialem Subsystem sprechen«. <sup>193</sup> Der Rechtstheoretiker Matthias Mahlmann hielt den »Reproduktionsfunktionalismus der Systemtheorie [für] analytisch defizitär«, wenn es nach »Gründen für die normative Institutionalisierung von Menschenrechten« gesucht werde. <sup>194</sup> Der Rechtstheoretiker und *legal sociologist* Roger Cotterrell meinte, dass die weitreichende These von Luhmann und Teubner, das moderne Recht sei unvermeidlich völlig selbstreferentiell, der empirischen Evidenz ermangele. <sup>195</sup> Thomas Vesting registrierte ein »Altwerden der Systemtheorie« und regte an, »Luhmanns Vorstellung der Autonomie der gesellschaftlichen Teilsysteme zu relativieren«. Denn es komme »sehr wohl zu Resonanzen über die Grenzen der Teilsysteme hinweg, die von erheblicher formgebender Bedeutung sind«. <sup>196</sup>

Die Perspektivendifferenz zwischen *System* und *Handeln* (*structure* vs. *agency*) muss nicht unüberwindbar bleiben. Zwar wird die Differenz in der Theorieentwicklung scharf herausgestellt; aber in der Theorieverwendung dürfen die aufgabenspezifisch brauchbaren Teile zusammengesetzt werden. Zuweilen wird dem Systemdenken bloß im verbalen Anschein gefolgt, tatsächlich aber vollzieht die Gedankenführung eine handlungstheoretische Wende.

So wählte Gerd Winter beim Abwägen zwischen einem »konstruierten und einem pragmatischen Zugang zum Klimaproblem« den pragmatischen Weg, weswegen sein systemischer Ansatz theoriwidrig »die Elemente und Operationen des ›Systems‹ nicht nur aus Kommunikation, sondern auch aus Akteuren und ihrem Verhalten« erfasste. <sup>197</sup> Als der Öffentlichrechtler Thomas Wischmeyer die Entwicklung der Denkfigur ›Zweck‹ nachzeichnete, sagte er, dass sich »das Recht als (zweckgerichtete) soziale Handlungsordnung konzipiert [...]. Wo niemand handelt, gibt es kein Recht. [...] ›Handlungen‹ bilden die ›Struktur‹ des ›Rechts‹.« <sup>198</sup> Die Studie folgte dann dem systemtheoretischen Duktus, obwohl es später hieß: »Die gerade auch durch den Zweckbegriff kommunizierte Handlungsorientierung des Rechts wird von der Rechtswissenschaft jedoch vielfach als theoretische Position nicht ernst genug genommen.« Dorthin könnte der Methodendiskurs sich künftig einmal wenden.

Mit der monopolistischen Rezeption des Systemkonzepts hat sich die Rechtswissenschaftstheorie den Blick auf die Soziologie so sehr eingeengt, dass sie deren Nützlichkeit unterhalb abstrakter Erwägungen kaum noch erkennen kann. Erst allmählich findet sie aus diesem

<sup>193</sup> Kasiske 2009: 275.

<sup>194</sup> Mahlmann 2011: 341, 345.

<sup>195</sup> Cotterrell 2020: 24.

<sup>196</sup> Vesting 2018: Nr. 291, 191.

<sup>197</sup> Winter 2011: 4 f.

<sup>198</sup> Wischmeyer 2015: 9, 211; das folgende Zitat 404.

›Gedankengefängnis‹ heraus. So schlug Nils Jansen vor, die Systemtheorie »um eine handlungs- und konflikttheoretische Dimension zu ergänzen«. <sup>199</sup> In diesem Versuch einer Quadratur des Kreises wurden die Sichtweisen von Luhmann und Bourdieu zusammengebracht, was für die Suche nach theoretischer Orientierung reizvoll ist, aber weder in der dogmatischen Arbeit an Einzelfragen noch im juristischen Praxisalltag gelingen dürfte. Dahinter steht die Erfahrung, dass den Bedürfnissen einer Anwendungswissenschaft mit einer sozialwissenschaftlichen ›Großtheorie‹ (Jansen) nicht gedient ist. Für Jansen erschien (in einer etwas schiefen Alternative) »das begriffliche Instrumentarium der empirischen Soziologie, wie es insbesondere Max Weber und Pierre Bourdieu entwickelt haben, hilfreicher als die Systemtheorie«. <sup>200</sup> Auch die Konflikttheorie, als die dritte von ihm genannte Möglichkeit und eine noch schärfere Gegenposition zum Systemdenken, birgt viele Anschlüsse – hat das Recht doch fast immer mit gesellschaftlichen Auseinandersetzungen zu tun, von der Normgenese bis zum einzelnen Gerichtsprozess.

## Kein Ausblick

Das Bild des gegenwärtigen Diskurses, wie es hier umrissweise – mit den Topoi Rechtsdogmatik, Selbstand und Normativismus – gezeichnet worden ist, hinterlässt eine seltsam diffuse Impression. Dieser Diskurs oszilliert zwischen zwei Polen: Abwarten auf etwas Neues – Abwehren eines Umbruchs. Die Pole stoßen einander nicht ab; aber etwas Erregendes kann sich in dem spannungsarmen Feld nicht entwickeln. Ein allerletztes ›Fazit‹ (wie das in Kap. 14) lässt sich zu einem laufenden Prozess naturgemäß nicht ziehen. Nur einige Eindrücke seien herausgestellt. Dass der Diskurs um die dogmatische Rechtswissenschaft hier am Faden der Soziologie aufgerollt worden ist, wird ein wenig eigennützig ausgesehen haben oder auch wie eine arg verengte Perspektive. Wahrscheinlich aber hätten für dasselbe Ergebnis ebenso gut auch andere Fäden erhalten können: das Theorie-Praxis-Verhältnis oder die Stärke der Gesetzesbindung oder die Politikverwendung oder die personale Zusammensetzung juristischer Fakultäten oder die Ausbildung der Jurastudierenden – denn zu diesen Fragen äußerten sich die hier aus 150 Jahren zu Wort gekommenen Rechtswissenschaftler meist ebenfalls. An welchem Faden auch gezogen wurde, es fiel die Masche eines allzu selbstgenügsamen Gewebes. Daher mag der betrachtete Ausschnitt exemplarisch für das Ganze stehen, nämlich für den Diskurs um die erkenntnistheoretische und pragmatische Tauglichkeit kontinental-dogmatischer Rechtswissenschaft. Die problematischen

199 Jansen 2019: 27; zum Folgenden ebd.: 8–12.

200 Jansen 2019: 12.

Seiten juristischer Autarkie sämtlich zugleich zu behandeln, statt sie voneinander abzuschichten, gehört zum üblichen Verwirrspiel in diesem Diskursfeld. Dass beispielsweise die Veränderung des Ausbildungsprogramms nicht an der Dominanz der normlogischen Dogmatik zu rütteln vermag, erwies sich dramatisch in den Experimenten während der 1970er Jahre (Kap. 12). Ein zweites Beispiel zeigt die Freirechtslehre, die mit ihrer Behauptung der Undeterminiertheit juristischer Urteile die Verwendung der Soziologie ebenso unfreiwillig wie nachhaltig diskreditierte (Kap. 3). Erst wenn die Kritiklinien mit ihrer je spezifischen Stoßrichtung getrennt behandelt werden, verwirrt sich nicht mehr der klare Blick.

Dass Analysen des Rechts auch anderen Fächern als der Jurisprudenz obliegen, dass die Resultate miteinander kommunizieren und die juristische Arbeit berühren, all dies wird heute sehr deutlich gesehen. Das zeige die Zunahme der Publikationen, heißt es; zuvor jedoch müssten die erkenntnistheoretischen Fragen geklärt werden.<sup>201</sup> Ohnehin steht heute die Interdisziplinarität ganz generell auf der Tagesordnung für die Diskurse über Forschungs- und Studienstrukturen.<sup>202</sup> Nachdem der Begriff einer Interdisziplinarität nun schon vielleicht zu oft beschworen worden ist, ergreifen andere Konzepte das Wort, beispielsweise eine Transdisziplinarität. Wenn schon die Jurisprudenz sich von der Soziologie nur sehr zögerlich und dann in eigentümlichen Verzerrungen hat beeindrucken lassen, dann könnten ja beide Fächer zugleich studiert werden – ? Hierfür sind Stichwörter wie Hybridisierung, Duales Studium u.a. im Umlauf. Doch stößt ein duales Studium im Bereich der Rechtswissenschaften erkennbar auf »professionspolitische Widerstände«.<sup>203</sup>

Auer hat die Publikationen im Bereich Rechtsphilosophie/Rechtstheorie seit den 1990er Jahren quanti- und qualitativ durchmustert. Der Diskurszustand verschiebe sich mit erheblicher Geschwindigkeit zur Interdisziplinarität mit Tendenz zur Fragmentierung, Pluralisierung und Repolitisierung. Sie nennt dafür u.a. die Stichworte Machtsoziologie, Governance und Risikogesellschaft. Dies entspreche der Vision des Wissenschaftsrats von einer zukunftsfähigen Rechtswissenschaft und habe das Potenzial, »die ›dysfunktionale Gegenüberstellung‹ von Dogmatik und Grundlagenfächern aufzuheben«.<sup>204</sup>

Wie das Rechtsdenken auf die Idee des Sozialen eingeht, geschieht wechselhaft in Diskurskonjunkturen,<sup>205</sup> aber gerade nicht als ›Wendeliteratur‹ und auch nicht zur Sicherung der Fachidentität. Rechts- und

201 Vgl. Kirste 2016: 37.

202 Vgl. Stichweh 2021.

203 Johannsen/Philipp 2021: 85 f.

204 Auer 2018 b: 34 f., 37.

205 Von Lena Foljanty (2013) für das Naturrechtsdenken der Nachkriegszeit untersucht; zum Folgenden ebd.: 4–13.

Sozialwissenschaften sind von ihrem Ursprung her dauerhaft verbunden; wie sie jeweils miteinander auskommen, das hängt nicht nur an der gesellschaftlichen Großwetterlage, sondern auch an den Investitionen beider Fächer in das gemeinsame Projekt individueller und sozialer Gerechtigkeit. – Der Generationenwechsel wird überkommene Debattefronten einfrieren; sie werden beiseitegelassen, ohne überholt zu sein.

»Heute greift die jüngere Rechtswissenschaft den damals prominenten Ansatz wieder auf«, schreibt Johanna Croon-Gestefeld und zitiert Titel wie *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz* und *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*. Sie zeigt an Beispielen, wie sich Gerichte mit den Methoden der Erkenntnisse anderer Disziplinen auseinandersetzen – aber es sind Einzelentscheidungen, Fälle bloß »anekdotischer Interdisziplinarität«, wenn nicht gar »Chimären-Interdisziplinarität«. Croon-Gestefeld versteht das als Auftrag, dass »sich die Rechtswissenschaft über ihre eigenen Methoden und ihr Verhältnis zu ihren Nachbarwissenschaften vergewissert«. <sup>206</sup> Zunächst einmal müsste sie wohl den eigenen Umgang mit dem Recht auf eine neue Grundlage stellen. – Anne von Aaken widmet sich den »sozialwissenschaftlich informierten Auslegungsmethoden« und verwendet zur erkenntnistheoretischen Grundlegung den Trialismus von Kantorowicz (1910). Die Sozialwissenschaften erbringen »nicht Objektivität, sondern Intersubjektivität, die empirisch untermauert sein sollte«. Eine so verstandene Rechtsdogmatik ermögliche es, »den wissenschaftstheoretischen Status der Argumente transparent zu machen und kritisierbar zu lassen sowie von subjektiven Intuitionen und Werturteilen möglichst freizuhalten«. <sup>207</sup>

In einem Vortrag zur »Empirieprägung von Verfassungsrecht« verriet der höchstrangige Richter des Landes, wie in der heutigen Rechtspraxis das methodische Problem wahrgenommen und gelöst wird. Hier räumte er ein: »Dass sich das Recht überhaupt für Wirklichkeit – noch dazu für die Erkenntnisse empirischer Wissenschaften – interessieren darf, wird nach wie vor als begründungsbedürftig angesehen«. Sehr weit konnte es also mit der Selbstaufklärung der Rechtswissenschaft nicht gekommen sein. Für Harbarth war freilich nicht auszuschließen, »dass empirische Erkenntnis und damit Wirklichkeit nur in den »Untersatz« und nicht auch in den Maßstab selbst einflösse«. So gewunden diese Formulierung, so klar wurde darin zugestanden, dass die empirischen Wissenschaften (und nur die können mit »Erkenntnis« gemeint sein) in die eigentliche Normauslegung hineingelangen. Den methodischen Imperativ »Kein Sein im Sollen« überwand Harbarth mit der Vorstellung, die Rechtsanwendung vollziehe sich »in Gestalt einer »Spirale«, einer vom Rechtsanwender zu erklimmenden, sich stetig verjüngenden

206 Croon-Gestefeld 2018: 53, 64, 68 f.

207 Aaken 2023: 366, 368, 381.

›Wendeltreppe‹, um ihn immer enger an immer tiefere Einsichten von Norm und Sachverhalt und schließlich an die Lösung des Rechtsfalls heranzuführen«. Dies entsprach dem hergebrachten ›Hin- und Herwandern des Blickes‹ (einer Formel von Karl Engisch aus der alten Bundesrepublik und davor), was den Synkretismusvorwurf zu überlisten versuchte.<sup>208</sup>

Gibt es noch Dissens? Und ob, aber in verhaltener Intensität. Wer immer sich zuletzt zur Kooperationsfrage äußerte, stellte fest, dass das Verhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaften auf der Agenda verblieben ist. Im Stil verläuft der Diskurs friedlicher; im Inhalt blieb der juristische Zweifel am Wie erhalten, während das früher so häufige Nein zum Ob verstummt ist. Konkrete Versuche, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in die Rechtsdogmatik einzubauen, behielten ihren Seltenheitswert. Doch die Stimmen, die sich für eine Öffnung zum Sozialen einsetzten, erhoben sich in den letzten Jahren wieder zahlreich und waren zu gewichtig, um als ›Lippenbekenntnis‹ abgetan zu werden. Sie benannten genau die Herausforderung und Problematik; anstatt über die Feinheiten der Begründung zu streiten, zitierten sie einander aufbauend. Anscheinend allerdings sind es oft dieselben Namen, die für eine Integration zu nennen sind. Sie erheben eine gut hörbare Stimme, doch ihre Zahl bleibt überschaubar, und nicht alle davon arbeiten auf zentralen Feldern der Dogmatik.

*Theorie – Dogmatik – Praxis: alles in einer Jurisprudenz?* Soziologie und andere Sozialwissenschaften haben im Recht wahrscheinlich nur dann eine Chance, wenn die Jurisprudenz ihren Anspruch aufgibt, beiden Qualitäten genügen zu wollen: Wissenschaft vom Recht *und* Instruktion juristischer Entscheidungen in der Praxis zu sein. Für die szientifische Analyse gilt heute unstreitig, dass Aussagen zum geltenden Recht nicht ausschließlich von Gesetzeswortlauten her zu gewinnen sind, sondern dass dafür und in Übereinstimmung mit diesen aus weiteren Quellen geschöpft wird, wozu u.v.a. die Soziologie gehört. Für die Bereitstellung von Falllösungen indessen hat es sich als kaum durchführbar erwiesen, auf soziologische Expertise zurückzugreifen. Nur als Wissenschaft verfügt Jurisprudenz über die personalen, sachlichen und zeitlichen Ressourcen, um mit den Nachbarwissenschaften zu kommunizieren. Für die Berufspraxis im juristischen Alltag gilt ein anderer Bestimmungsmodus. Rechtswissenschaft i.e.S. und Entscheidungstätigkeit treten also auch methodologisch auseinander, wie es *de facto* immer schon der Fall war. Die schillernde Figur Dogmatik hat die Ebenen verklammert und dabei deren Disparität verhüllt.

Das eine wird in Monographien und Lehrbüchern vermittelt, das andere in Kommentaren und Kompendien, wie sie beispielsweise – *horribile*

208 Harbarth 2022: 157 f.

*dictu* – von Repetitorien herausgegeben werden. Eine diskutierende, pluralistisch offene und mit ihrer intellektuellen Umwelt kommunizierende Wissenschaft befindet sich in einem ganz anderen Diskurszusammenhang als dem zur Berufswirklichkeit. In der Praxis werden Gesetze vorbereitet, Verwaltungsentscheidungen getroffen, Gerichtsverfahren geführt, Klienten und Unternehmen beraten – all dies, ohne zuerst juristische Grundlagenforschung einzuschalten. Es stimmt schon, dass bislang Resultate der Rechtswissenschaft in den genannten Berufswirklichkeiten auftauchen; aber das tun sie weniger erkenntnisleitend als nur begründend und das Ergebnis als ›zwingend‹ darstellend.

Demzufolge befindet sich das strategische Problem, wie es einstmals im *Kampf um die Rechtswissenschaft* (Kap. 2) adressiert worden ist, nicht an der Systemgrenze des Rechts zum Außen anderer Teilsysteme, sondern es befindet sich innerhalb des Rechts, genauer: in der Organisation der Jurisprudenz. Der akademische Anspruch als Rechtswissenschaft hat sich immer gerieben an der Erwartung des Staates und der Berufswelt, ein lösungsorientiertes und entscheidungsbereites Personal hervorzubringen. Zu ihrem Nachteil wurde die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz oft mit dem Hinweis bezweifelt, dass hier doch bloß das Handwerk des ›Herstellens bindender Entscheidungen‹ vermittelt werde. Erst in den letzten Jahren ist eine ›Rechtswissenschaftstheorie‹ entstanden, die sich ernsthaft und ergebnisoffen damit beschäftigt, wie im Dreieck von Theorie – Dogmatik – Praxis zu verfahren sei. Dabei besteht Einigkeit darüber, die drei Ebenen zunächst einmal getrennt zu betrachten und erst dann auf neue Weise in Beziehung zu bringen.

Die (bislang nicht dominante) Strömung in der rechtswissenschaftlichen Selbstreflexion beschäftigt sich mit der Heterogenität des in der Jurisprudenz angehäuften Konglomerats an Erkenntnis- und Handlungszielen – »dieses Arrangement von Theorie und Praxis, Gegenstand und Perspektive, professionalisierter Dogmatik und interdisziplinärer Öffnung«. <sup>209</sup> Ein wahrlich disparates Set von Vorgehensweisen, die sich kaum zu einer einheitlichen Methodik zusammenfügen lassen dürften, das es aber gestattet, zwischen ihnen je nach Anlass hin- und herzuschalten, wobei das Ganze dann unter dem unantastbaren Etikett ›rechtswissenschaftlich‹ unkritisiert ablaufen kann. Um den Verdacht bloß taktischer Cleverness auszuräumen, müssten die einzelnen Denkverfahren expliziert werden.

Begriff und Inhalt der zu differenzierenden Ebenen liegen nicht auf der Hand. Zumal der vieldeutige Begriff ›Theorie‹ lädt zum Aneinander-vorbei-Reden ein. Ich meine nicht die Rechtstheorie im geläufigen Sinne, unter welcher Bezeichnung die Philosophie des Rechts und die Methodologie juristischer Erkenntnis betrieben werden, die also eher

209 Lepsius 2008: 21.

eine Meta-Theorie ist. Auch ein vielbenutztes Werk wie ›Neue Theorien des Rechts‹<sup>210</sup> versammelt in zwanzig Kapiteln überwiegend Außenblicke auf das Recht, die sich allerdings sämtlich erbieten, innerhalb der Rechtswissenschaft mitzuwirken. Unter solcherart Anleitung und mit eigenständigen Methoden würde die theoriebezogene Abteilung der Jurisprudenz ihre – nunmehr zweifellos wissenschaftlich zu nennenden – Aussagen über Normen und Figuren des Rechts erarbeiten.

Aus den Diskursen um 1970 war zu lernen, dass eine Lösung *all-in-all* schwerlich ihr Ziel erreicht. Theorie *und* Praxis, Jurisprudenz *und* Soziologie hatten vereinigt werden sollen, in Ausbildung, Prüfung, Beruf *und* Wissenschaft – alles auf einmal. Es ging nicht: zu aufwändig, zu teuer, zu umstritten in den tonangebenden Institutionen, zu wenig akzeptiert bei den Studierenden. Die Reformziele waren ambitioniert, *zu* ambitioniert. Aus nicht unähnlichen Gründen war schon der Freirechtsdiskurs um 1910 stecken geblieben. In den 2020ern wird die Problematik erneut aufgerollt.

Eine Rechtswissenschaft i.e.S., die ihr Ziehkind der juristischen ›Handwerkskunst‹ in die methodologische und institutionelle Selbständigkeit entlässt, kann sich danach zwar für Grundlagenwissenschaften öffnen und damit für die neu entstandenen Herausforderungen wappnen. Sie büßt aber möglicherweise auch einiges von dem ein, was sie bislang attraktiv gemacht hat. Könnte sie weiterhin so staatsnah sein wie in ihrer bisherigen Geschichte? Gewissermaßen ein Teil der ›Kritischen Infrastruktur‹? Ebenso bewundert wie gefürchtet? Selbstgenügsam und autark (gar als ein ›autopoietisches System‹)? Wohl kaum. Sie rückt dann ein Stück weiter von der Theologie weg und tritt in den Kreis der übrigen Wissenschaften ein; ihre Erkenntnisse werden als ›Wahrheit‹ überprüfbar. Dadurch wird sie verletzbarer, aber leistungsfähiger (wobei von den Gewinnen in Sachen Pluralismus, Offenheit, Demokratie usw. hier geschwiegen sei).

*Der Worte sind genug gewechselt ...*, hub der Theaterdirektor in Faust I (Goethe) an. Nun liegen bereits 150 Jahre Methodendiskurs hinter uns. Die Auseinandersetzung der 1970er Jahre zeitigte einen spürbaren Impact, aber erreichte ihre Ziele nicht. Es wurden und werden also Anläufe einer Integration unternommen, nur springen sie zu kurz. In einer längeren Liste von Mängelrügen hieß es, in den Rezeptionsvorgängen mache sich nicht selten Wahllosigkeit und Willkürlichkeit breit, nachbarwissenschaftliche Lesefrüchte würden theoretisch unzubereitet als juristisches Argument serviert, inkompatible Versatzstücke aus verschiedenen paradigmatischen Kontexten würden rhetorisch gewaltsam zusammengeleimt, die Grenzen der verwendeten Modelle würden kaschiert.<sup>211</sup> Diese harte Kritik wollte nicht das Integrationsthema erledigen, ganz im

210 Buckel/Christensen/Fischer-Lescano 2020.

211 So Lüdemann 2007 b: 49.