

Rechtswissenschafts- theorie

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT
und OLIVER LEPSIUS

Recht – Wissenschaft – Theorie

Mohr Siebeck

Recht – Wissenschaft – Theorie

Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

2



Rechtswissenschaftstheorie

herausgegeben von

Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius

Mohr Siebeck

Matthias Jestaedt, geboren 1961, Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, Professor für Öffentliches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Oliver Lepsius, geboren 1964, Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, München, Chicago, Professor für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre an der Universität Bayreuth.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-149702-5 / eISBN 978-3-16-160625-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2021

ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

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

© 2008 Mohr Siebeck, Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die disziplinäre Binnendifferenzierung der Rechtswissenschaft(en) – sei es jene in die drei „Säulen“ des bürgerlichen, des öffentlichen und des Strafrechts, sei es jene in dogmatische Fächer und Grundlagenfächer – wird als selbstverständlich erlebt und gelebt. Reflektiert, d. h. einer dem Anspruch theoretischer Konsistenz und Konsequenz verpflichteten Betrachtung unterworfen wird sie indes so gut wie nicht. Die Regeln der *intradisziplinären* Gewaltenteilung und Gewaltenzuordnung werden dementsprechend eher intuitiv gehandhabt denn bewusst formuliert, diskutiert und exekutiert. Dies macht sich in doppelter Weise bemerkbar. So pflegen, zum einen, Methodenfragen in der Rechtswissenschaft entweder auf einer abstrakten Ebene – im rechtsphilosophischen oder rechtstheoretischen Diskurs – behandelt oder auf einer konkreten, ausschließlich anwendungsfixierten (Praxis-)Stufe – im dogmatischen Diskurs – thematisiert zu werden. Und Fragen des Verhältnisses unterschiedlicher Disziplinen zueinander werden, zum anderen, ausschließlich als *interdisziplinäre* aufgeworfen, als Fragen des (Außen-)Verhältnisses von Rechtswissenschaft zu Nachbarwissenschaften, nicht aber auch als *intradisziplinäre* Fragen des (Binnen-)Verhältnisses der juristischen (Sub-)Disziplinen zueinander. Die Rechtswissenschaftstheorie, deren Gegenstand nicht das Recht als solches, sondern die Wissenschaft(en) vom Recht sind, will hier Abhilfe schaffen: indem sie zum einen den juristischen Theoriediskurs mit dem Praxisdiskurs zu verbinden sucht und indem sie zum anderen das Verhältnis der einzelnen juristischen (Sub-)Disziplinen zu- und untereinander beleuchtet. Die Rechtswissenschaftstheorie widmet sich also Fragen der Intradisziplinarität.

Seit dem Sommersemester 2003 veranstalten die Herausgeber in Erlangen und Bayreuth im Rahmen des „Intradisziplinäre[n] Forum[s] Franken“ (IFF) Vortrags- und Diskussionsabende mit renommierten Wissenschaftler(inne)n des In- und Auslands zu Fragen der Rechtswissenschaftstheorie. Am 19. und 20. Mai 2006 fand auf Schloss Thurnau, Oberfranken, eine IFF-Tagung zum Thema „Was ist und wozu eine Rechtswissenschaftstheorie?“ statt. Zu ihr waren jüngere Rechtswissenschaftler/innen geladen worden, die sich durch rechtstheoretische und/oder methodische Beiträge in ihren jeweiligen (Sub-)Disziplinen einen Namen gemacht haben. Die nachstehend wiedergegebenen Beiträge dokumentieren diese Tagung. Die Tagungsabfolge orientierte sich an den „Säulen“ – zum Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht trat noch das Völkerrecht hinzu; jedem Hauptreferat war ein Kommentar zugeordnet. Die Beiträge wurden eingerahmt durch ein Einführungs- und ein

Schlussreferat der Herausgeber. Das strafrechtswissenschaftliche Referat von Michael Pawlik ist bereits publiziert worden (Strafrechtswissenschaftstheorie, in: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Michael Pawlik und Rainer Zaczyk, Köln u. a. 2007, S. 469–495); von einem erneuten Abdruck wurde hier abgesehen.

Unser Dank gilt – außer allen Tagungsteilnehmerinnen und Tagungsteilnehmern für ihr Engagement und Interesse – der Fritz Thyssen Stiftung, die sowohl die Tagung als auch die Drucklegung finanziell großzügig unterstützt hat.

Erlangen und Bayreuth, im März 2008

Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius

Inhalt

Vorwort	V
<i>Oliver Lepsius</i> Themen einer Rechtswissenschaftstheorie.	1
<i>Hans Christoph Grigoleit</i> Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie	51
<i>Anne van Aaken</i> Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissen- schaft: Eine Skizze	79
<i>Ralf Poscher</i> Am Fuße der Kathedrale. Von den Bedingungen, Grenzen und Kosten eines idealistischen Systemanspruchs an das Recht	105
<i>Christian Hillgruber</i> Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtswissenschaftstheorie?	113
<i>Ulrich Haltern</i> Die nackte Wahrheit über eine theoriefeindliche Völkerrechtswissenschaft. Ein Kommentar zu Christian Hillgruber.	133
<i>Christoph Möllers</i> Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts. . .	151
<i>Matthias Jahn</i> Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaftstheorie und Rechtstheorie	175
<i>Matthias Jestaedt</i> Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie	185
Die Tagungsteilnehmer/innen.	207

Themen einer Rechtswissenschaftstheorie

Oliver Lepsius

Übersicht

I. Einleitung.	2
II. Theorie als Problem der deutschen Rechtswissenschaft.	3
1. Zum Verhältnis von Dogmatik und Theorie.	4
a) Perspektivisch getrennte Diskurse.	5
b) Institutionell getrennte Diskurse.	6
c) Literarisch getrennte Diskurse.	6
2. Gegenstands- oder Perspektivenbezug in den juristischen Subdisziplinen. . .	8
a) Grundlagenfächer als Stichprobe.	9
b) Besonderheiten des öffentlichen Rechts gegenüber Zivil- und Strafrecht. .	10
c) Konsequenzen für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht.	11
d) Gegenstandsbezogenheit und Interdisziplinarität.	14
e) Zusammenfassung.	16
3. Fluch und Segen der Dogmatik.	16
a) Die Zentrierung der Rechtswissenschaft auf Dogmatik.	16
b) Konsequenzen für das Wissenschaftsverständnis.	19
c) Spezifisch öffentlich-rechtliches Theoriearrangement?	21
d) Zusammenfassung.	24
III. Zwischenbetrachtung.	25
IV. Praxispotential von Theorieproblemen.	27
1. Das Hierarchieproblem.	27
a) Allgemeine Teile.	27
b) Normenhierarchie als arbeitsteilige Abstufung.	29
c) Relationale Fragestellungen.	31
2. Das Bindungsproblem.	32
a) Vielfalt der rechtserzeugenden Institutionen.	32
b) Materielle und institutionelle Bindung.	32
c) Vielfalt der Bindungsgrade.	34
3. Das Systemproblem.	36
a) Materielle, kompetentielle oder methodische Leitbilder.	36
b) Reservate des Systemdenkens.	38
c) Welche Zukunft hat das Systemdenken?	40
4. Das Zeitproblem.	41
a) Zur Zeitlosigkeit von Gesetzen.	42

b) Zur Zeitlosigkeit von Urteilen	43
c) Historisierung und Kontextualisierung als Gebot zeitgemäßer Interpretation	47
V. Ausklang	49

I. Einleitung

In der Wissenschaft vom öffentlichen Recht hat „Theorie“ momentan zwar einen schweren Stand, doch allseits scheint man bestrebt, ihn zu verbessern. Jedenfalls häufen sich die Stimmen, die einen Bedeutungszuwachs der Dogmatik auf Kosten der Theorie eher beklagen.¹ Zugleich steigt das Interesse, das wissenschaftliche Tun theoretisch zu reflektieren.² So erfreulich diese Entwicklung ist, so sehr verlangt sie ihrerseits nach einer Analyse. Ist das Schwanken zwischen Theorievergessenheit und Theorieversessenheit, zwischen dem curricularen Null-Wert der Rechtstheorie³ und dem Rufen nach metatheoretischer Reflexion⁴ der Rechtswissenschaft vorgegeben oder erst das Ergebnis eines wissenschaftlichen Arrangements von Theorie und Praxis, Methode und Gegenstand, das seinerseits analysiert und hinterfragt werden muß? Welchen Stellenwert und welche Aufgaben haben theoretische Fragestellungen in der deutschen Rechtswissenschaft der Gegenwart? Können wir uns mit der augenblicklichen Aufteilung zwischen Theorie und Praxis, zwischen Metadiskursen und Anwendungsproblemen zufrieden geben⁵ oder sollte ein wissenschaftliches Neuarrangement theoretischer und praktischer Erkenntnisinteressen angestrebt werden?

¹ Vgl. etwa W. Schmidt, Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 188 (209); C. Möllers/A. Voßkuhle, Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften, Die Verwaltung 36 (2003), 321 (327); M. Pöcker, Fehlende Kommunikation und die Folgen, Die Verwaltung 37 (2004), 509 (509 f., 519 ff., 533); ders., Unaufgelöste Spannungen und blockierte Veränderungsmöglichkeiten im Selbstbild der juristischen Dogmatik, Rechtstheorie 37 (2006), 151 (158, 162 f., 166 f.); W. Bock, Über die Möglichkeiten von Erkenntnis in der Rechtswissenschaft, Rechtstheorie 36 (2005), 449 (467 ff.); M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006; O. Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 319 (365).

² Aus der jüngsten Literatur: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007; C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2008.

³ M. Jestaedt, Theorie (Fn. 1), 1.

⁴ Vgl. etwa M. Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, 51–54; G. F. Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, 46.

⁵ Dazu die Beiträge in: W. Krawietz/M. Morlok (Hrsg.), Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?, Rechtstheorie 32 (2001), 135–371, insbes. H.-J. Strauch, Theorie-Praxis-Bruch – aber wo liegt das Problem?, ebd., 197.

Die Frage nach der „Rechtswissenschaftstheorie“ möchte den allgemeinen Theoriediskurs in der deutschen Rechtswissenschaft nicht nur beleben, sondern auch neu ausrichten. Dem liegen Beobachtungen über den gegenwärtigen Theoriediskurs zugrunde, die es zuerst darzustellen gilt. Es kann kaum beklagt werden, daß es in der deutschen Rechtswissenschaft momentan zu wenig Theoriethemen gäbe. Die Frage ist vielmehr, welche Erträge man von Theoriediskursen erwarten kann und erwarten sollte. Wollen wir uns mit Theoriediskursen begnügen, die weitgehend in Spezialzeitschriften geführt werden, die auf die Reflexion des juristischen Tuns auf einer Metaebene abzielen und die dogmatischen Praxisbezüge respektvoll umgehen? Wollen wir uns mit einer doch weitgehend theoriefreien Dogmatik begnügen, die es als Ausdruck von juristischer Professionalität und Rationalität versteht, die sozialen Hintergründe, ökonomischen Interessen, politischen Zufälligkeiten, historischen Bedingtheiten oder philosophischen Standpunkte auszublenden?

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist eine Unzufriedenheit mit dem Stellenwert theoretischer Diskurse in der deutschen Rechtswissenschaft (nicht indes mit ihrer Intensität oder Qualität). Ziel dieser Überlegungen ist es, diesen Stellenwert neu zu justieren und theoretischen Diskursen neue Bedeutung zu verschaffen. Verspüren wir nicht einen spezifischen Bedarf nach einer Rechtswissenschaftstheorie, also einer theoretischen Behandlung dessen, was die Rechtswissenschaft macht?

Mir geht es dabei nicht um die theoretische Erkenntnis „des“ Rechts als materiellrechtlich vorgegebenem Gegenstand – das wäre Aufgabe der Rechtstheorie. Vielmehr geht es um die Art und Weise seiner Bearbeitung; um die Erwartungen, die an seine wissenschaftliche Behandlung geknüpft werden – Erwartungen, die sich von der Behandlung durch andere Akteure, die mit Recht zu tun haben, naturgemäß unterscheiden. Was also leistet die Wissenschaft bei der Behandlung des Rechts? Leistet sie das Richtige? Unterscheidet sie sich hinreichend von anderen Akteuren, die Recht erzeugen und anwenden (Legislative, Judikative, Exekutive), die Recht instrumentell verwenden (Individuen, Wirtschaft) oder wissenschaftlich beobachten (Politologen, Historiker, Soziologen)? Beginnen wir mit einigen Beobachtungen zum Stellenwert der Theorie in der Rechtswissenschaft der Gegenwart, um daraus Vorschläge abzuleiten, wie der Theoriediskurs neu justiert werden könnte.

II. Theorie als Problem der deutschen Rechtswissenschaft

In der deutschen Rechtswissenschaft sind theoretische und dogmatische Diskurse voneinander eigentümlich getrennt. In einer positiven Deutung wird das Verhältnis als eines der internen Arbeitsteilung⁶ oder getrennter Disziplinfunktionen⁷ be-

⁶ M. Morlok, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fn. 2), 49 (75).

⁷ W. Krebs, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Integration oder Multiperspektivität, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht (Die Verwaltung, Beiheft 2), 1999, 127 (127 f.). Anders

schrieben. Mitunter hat man den Eindruck, daß sie sich gegenseitig ausschließen. Theoretiker scheuen vor dem Anwendungsbezug genauso zurück wie Dogmatiker vor einer Reflexion auf einer Metaebene. Wer Dogmatik mit Theorie kritisiert, darf auf genauso wenig Verständnis bei Dogmatikern hoffen, wie derjenige, der gegenüber Theoretikern die dogmatische Anschlußlosigkeit der Theorie beklagt. Es scheint sich um zwei nicht oder doch nur sehr schwer vermittelbare Diskurse zu handeln, deren jeweils eigene Rationalitätsansprüche und Erkenntnisinteressen zur professionellen Abschottung führen.⁸ Das heißt nicht, daß es nicht Rechtswissenschaftler gäbe, die an beiden Diskursen partizipierten, am Makrodiskurs der Theoretiker wie am Mikrodiskurs der Dogmatiker. Ganz im Gegenteil, es gibt zahlreiche Wissenschaftler, die in beiden Diskursen zu Hause sind – und das bezeugen nicht nur die Abhandlungen in diesem Band. Es gilt sogar als Ausweis besonderer Forschungsqualität, die Bandbreite des Faches dogmatisch zu beherrschen und sie theoretisch zu reflektieren.⁹ Aber in welchem Verhältnis stehen Theorie- und Sachdiskurs zueinander?

1. Zum Verhältnis von Dogmatik und Theorie

„Dogmatik“ und „Theorie“ sind in der Rechtswissenschaft zwar omnipräsente aber zugleich höchst unbestimmte Begriffe, die eher Vor- und Selbstverständnisse von Rechtswissenschaftlern beschreiben als sie kategorial zu trennen. Insbesondere dürfte kein Konsens über den Begriff „Theorie“ in der Rechtswissenschaft bestehen. Rechtstheoretiker, gar Systemtheoretiker werden einen anspruchsvolleren Theoriebegriff verwenden als Rechtswissenschaftler, deren Arbeitsfeld das geltende Recht ist. Für die Zwecke dieser Abhandlung wird ein bescheidenerer Theoriebegriff verwendet, der von der Abgrenzung zur Dogmatik als demjenigen rechtswissenschaftlichen Tun lebt, das auf anwendungsbezogene, geltendrechtliche Fragestellungen zielt. Theorie und Dogmatik sollen hier in eine Beziehung zueinander gesetzt werden, so daß Theoriebegriffe unzweckmäßig sind, die auf einer beobachtenden Metaebene operieren. Mit „Theorie“ werden hier vielmehr im Sinne eines Kontrasts zur Dogmatik alle rechtswissenschaftlichen Aspekte bezeichnet, die sich nicht auf

C. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, 2007, 329 f.: In einer per se rechtsanwendungsbezogenen Rechtswissenschaft seien Praxis und Theorie keine echten Gegensätze.

⁸ Neuerlich kritisch reflektiert von M. Pöcker, *Unaufgelöste Spannungen* (Fn. 1), 157 ff., 162 ff.; ders., *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik*, 2007, 152, 157: Dogmatik als heute weitgehend verabsolutierte Größe.

⁹ Vgl. H. Schulze-Fielitz, *Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?* JÖR N. F. 50 (2002), 1, 13 f., 34–40, der zwischen praxis- und theoriebezogener Forschung trennt und von der „Theoriefähigkeit des juristischen Wissenschaftlers“ spricht, ebd., 35: „Unter Theoriefähigkeit ist mehr als nur Kenntnisreichtum oder die praktische Fähigkeit zu schnellen und guten Fallproblemlösungen zu verstehen; es geht um eine besondere personale Qualität, die ihn von sonstigen guten Juristen unterscheidet: Es geht um die Fähigkeit zu einer Gestaltung von wissenschaftlichen Texten bzw. Problemstellungen, die erkennen läßt, daß sie auf einer hintergründigen konsistenten Theorie i. S. einer Systematisierungsleistung aufbauen.“

eine positivrechtliche Geltungsgrundlage zurückführen lassen. Dieses Theorieverständnis dürfte nicht unbedingt das Selbstverständnis von Rechtstheoretikern treffen, entspricht aber wohl einer verbreiteten Wahrnehmung unter der Mehrzahl der Juristen, die sich eher als „Dogmatiker“ verstehen.¹⁰

a) *Perspektivisch getrennte Diskurse*

Der Theoriediskurs gewinnt seine Reflexionsebene, indem er gerade nicht verspricht, ergebnisrelevant zu sein. Es geht vielmehr um abstrakte Probleme, Fragen der Normauslegung oder Methodenlehre, Gerechtigkeitsdiskurse, Regel- und Prinzipiendenken. „Recht“ ist hier Gegenstand einer abstrakten normtheoretischen Behandlung, die Distanz zur Praxis und den Anwendungsinstitutionen beziehen muß, um ihren theoretischen Anspruch behaupten zu können. Demgegenüber definiert sich der dogmatische Sachdiskurs durch den Bezug auf das geltende Recht und damit die Ergebnisrelevanz. Es geht um Entscheidungen, um die Dogmatik und Systematik des Rechtsstoffes selbst.¹¹ „Recht“ ist hier Gegenstand einer dem Anspruch nach anwendungsbezogenen Behandlung, die Praxisnähe einlösen muß, um die Ergebnisrelevanz behaupten zu können.

Grosso modo lassen sich viele, wenn nicht die meisten rechtswissenschaftlichen Beiträge der einen oder anderen Kategorie zuordnen. Es scheint eine Voraussetzung guter dogmatischer Arbeit zu sein, sich auf den Rechtsstoff als solchen zu konzentrieren und seine Ordnung und Systematisierung aus sich selbst heraus zu verstehen: gewissermaßen als Ausdruck immanenter Sachlogik, politischer Neutralität, freigesetzt von individuellen Vorverständnissen und institutionellen Voraussetzungen. Zwecke und Interessenkonflikte pflegen abstrahiert behandelt zu werden, gleichsam als Ausdruck von wiederkehrenden und demzufolge abstrakter Systembildung zugänglichen Grundkonflikten, die idealiter unabhängig sind von Person und Zeit. Die dogmatischen Abhandlungen unserer Tage scheuen den historischen Rückblick, den philosophischen Tiefblick, den sozialwissenschaftlichen Rundblick oder gar den politischen Ausblick. Es verwundert nicht, daß theoriegeleitete Ordnungs- und Systematisierungsmerkmale mit dem Anspruch der Dogmatik, anwendungsbezogenes Recht aus seiner permanenten Konkretisierung heraus zu begreifen, in einen Zielkonflikt geraten. Zu viel Theorie läßt den dogmatischen Charakter juristischer Aussagen schnell brüchig werden mit der Folge, daß entsprechende Aussagen kaum noch für ergebnisrelevant gehalten werden.

Normen als Gegenstand der Rechtswissenschaft werden offenbar in unterschiedlicher Perspektive und mit unterschiedlichen Fragestellungen behandelt. Dogmatik

¹⁰ Im Ergebnis wohl ebenso H.-H. Trute, Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft?, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 115 (119f.).

¹¹ Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, 3–5. Nur begrenzte, nämlich der Rechtssicherheit dienende Systemisierungsaufgaben billigt indes P. Häberle der „harten Dogmatik“ zu, vgl. (Rechts-)Wissenschaften als Lebensform, JöR N. F. 52 (2004), 155 (160).

und Theorie sind zwei gleichermaßen anerkannte Betätigungsformen rechtswissenschaftlicher Arbeit. Anders gewendet: Es existiert nicht eine, sondern es existieren mindestens zwei Rechtswissenschaften. In der Binnenperspektive offenbart die Rechtswissenschaft einen multidimensionalen Zugriff auf ihren Gegenstand „Recht“.¹²

b) Institutionell getrennte Diskurse

Dieser Einschätzung unterwirft sich auch der Rechtswissenschaftler als Lehrer und Forscher. Im Curriculum werden die dogmatisch und die theoretisch ausgerichteten Fächer säuberlich getrennt in die Vorlesungen des geltenden Rechts und jene der Grundlagen des Rechts. Wer sich im Hörsaal bei der Behandlung des geltenden Rechts zu intensive Bezüge etwa zur Verfassungsgeschichte oder Rechtssoziologie leistet, droht die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu verlieren und die Frage zu provozieren: „Ist das noch examensrelevant?“ Unsere Behandlung des Rechtsstoffes im Unterricht der juristischen Fakultäten trennt theoretische und dogmatische Ebenen und sozialisiert junge Juristen von Anfang an im Bewußtsein einer Differenz von Theorie und Praxis.¹³

c) Literarisch getrennte Diskurse

Ein ähnliches Phänomen läßt sich bei den Literaturgattungen feststellen. Die inzwischen fast völlig theoriefreie Kommentarliteratur¹⁴ bestätigt diese Wahrnehmung:¹⁵ Selbst ambitionierte Kommentare schichten historische oder rechtsvergleichende

¹² Vgl. dazu auch *M. Jestaedt*, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie (in diesem Band), insbes. bei III. 2. Zum Problem von Gegenstand und Methode im öffentlichen Recht auch immer noch *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, 38–62.

¹³ Vgl. die höchst kritische Bestandsaufnahme durch *M. Jestaedt*, Theorie (Fn. 1), 1–15 („Theorie unter Verdacht“). Möglicherweise war das in den Zeiten der einstufigen Juristenausbildung anders, vgl. etwa das Programm von *A. Rinke*, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Sitzungsberichte 48. DJT 1970, Teil P, 7 (26–29), sowie die Erinnerungen an das einstufige Modell von *W. Hoffmann-Riem*, Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, JZ 2007, 645 (645–647).

¹⁴ Zur Einschätzung dieser Literaturgattung im öffentlichen Recht vgl. etwa: *P. Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998; 521 ff. (543 f.); *C. Waldhoff*, Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen: Zweck und Rolle des OECD-Kommentars, Steuerberater-Jahrbuch 2005/2006, 161 (162–164, 177 f.); *A. Voßkuhle*, Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrecht, in: *D. Willoweit* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 935 (964–968); bezogen auf das Zivilrecht: *E. Rabel*, J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, in: ders., Gesammelte Aufsätze, Band 1, H. G. Leser (Hrsg.), 1965, 293 (1915); *W. Flume*, Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare, JZ 1985, 470; *W. Zöllner*, Das Bürgerliche Recht im Spiegel seiner großen Kommentare, JuS 1984, 730, 821, 985; *W. Henckel*, Zum gegenwärtigen Stand der Kommentarliteratur des Bürgerlichen Gesetzbuchs, JZ 1984, 966; *H. Heinrichs*, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, in: Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur (Fn. 14), 385.

¹⁵ Kritisch reflektiert durch *T. Henne*, Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur. Zu Form und Methode einer juristischen Diskursmethode, in: *Betrifft Justiz* 22 (2006), Nr. 87, 352–359; siehe auch *F. K. Fromme*, Lies keine Leitartikel, mein Sohn, lies die Kommentare, FAZ 13. 10. 2005, 37.

Teile sorgfältig von den dogmatischen ab.¹⁶ Erstaunlich ist auch das Anwachsen der Kommentarliteratur. Heute gibt es, um ein Beispiel zu nennen, etwa doppelt so viele Kommentierungen des Grundgesetzes wie vor etwa zwanzig Jahren. Dahinter zeigt sich eine bemerkenswerte Fixierung auf eine genuin dogmatische Literaturgattung, deren dogmatischer Anspruch mit der schier endlosen Produktion neuer Kommentare in einem Widerspruch steht. Wer Theorieabstinenz und Enthaltensamkeit bei den subjektiven Standpunkten ernst nähme,¹⁷ bräuchte schließlich nicht ein Dutzend de facto austauschbare Werke. Wenn trotz weitgehender qualitativer Vergleichbarkeit immer mehr Kommentierungen das Licht der Welt erblicken, belegt dieses jedenfalls eine ungebrochene Selbstverpflichtung auf Dogmatik als primärem wissenschaftlichem Tun mit der Hoffnung, in der subjektlosen Emergenz der Dogmatik ein Quentchen eigene Rechtserzeugung unterbringen zu können, die von rechtstheoretischen Begründungslasten befreit ist.

Auch innerhalb der Lehrbuch-Literatur darf ein Trend verzeichnet werden, der zu immer weniger Theorie neigt.¹⁸ Früher standen Lehrbücher noch für bestimmte Ansätze. Sie ließen sich voneinander in ihrer Grundwahrnehmung eines Rechtsgebiets abgrenzen. Wer Larenz zum Allgemeinen Teil des BGB las, wusste, eine hegelianische und ganzheitliche Sicht der Dinge zu bekommen; wer zu Flume griff, erwartete romanistische Distinktionen. Und welche Unterschiede bestanden zwischen dem „Deutschen Staatsrecht“ von Maunz und den „Grundzügen des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ von Hesse! Inzwischen sind Lehrbücher weithin austauschbar geworden was die Vorverständnisse und Standpunkte betrifft. Inhaltliche Neutralität und dogmatische Zuverlässigkeit, didaktische Aufbereitung und praktische Verwertbarkeit haben sich zu den maßgeblichen Kriterien der Lehrbuchliteratur entwickelt. Wurde früher der Slogan „über Methode spricht man nicht, man hat sie“ noch als Karikatur des Rechtsklempnertums verstanden, so gilt der Satz heute einigen bereits als Ausweis einer professionellen

¹⁶ Vgl. etwa die standardisierte Gliederung der Kommentierungen bei *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3 Bände, 1996 ff., 2. Aufl. 2004 ff. Anders verfährt etwa der Kommentar von *G. Biaggini*, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2007, der auf den Entwicklungsgang der Normen Wert legt und frühere Normzustände einbezieht, also kontextueller vorgeht. Zur Bedeutung der Literaturgattung des Kommentars für die juristische Methodik siehe aus einer amerikanischen Außenperspektive auch *D. P. Kommers*, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in: *J. Goldworthy* (Hrsg.), *Interpreting Constitutions*, 2006, 161 (209 f.); *G. Fletcher/S. Sheppard*, *American Law in a Global Context*, 2005, 29 ff. (37–39).

¹⁷ Anders insofern *P. Lerche*, *Maunz/Dürig, Grundgesetz*, in: *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur* (Fn. 14), 1019 (1026), der das Ideal eines Kommentars in „theoriegestützte[r] Praxiszugewandtheit“ erkennt. Den Wert von Rechtsprechungskommentierungen (die typischerweise nicht in der Literaturgattung des Kommentars erfolgen) betont auch *P. Häberle*, *Recht aus Rezensionen*, in: *ders.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, 1 (11 ff.).

¹⁸ Differenziert dazu vor allem *H. Schulze-Fielitz*, *Qualität* (Fn. 9), 16–26; vgl. etwa auch die kritische Bestandsaufnahme der Lehrbuch- und Kommentarliteratur zu den Grundrechten durch *W. Schmidt*, *Grundrechte* (Fn. 1); oder die nachsichtig-kritischen Bemerkungen zur Literaturproduktion bei *H. Goerlich*, *Verfassungsrecht – Verfassungsgeschichte – Verfassungspolitik*. Gängige Inszenierungen einer Wissenschaft und ihre Ebenen, in: *Comparativ* 16 (2006), 171 (175 f.).

Ausbildung.¹⁹ Gelegentliche Einblicke in die höchstrichterliche Entscheidungsfindung belegen die Zurückhaltung gegenüber theoretischen Argumenten und bestätigen den Eindruck, daß Theoretisches selbst im Praxisdiskurs des Bundesverfassungsgerichts für wenig sachdienlich gehalten wird.²⁰ Insgesamt dürfte die Lage mit der These nicht falsch beschrieben sein, daß innerhalb der Rechtswissenschaft zwei Diskurse geführt werden, die sich im Hinblick auf ihre geltendrechtliche Ergebnisrelevanz und den damit unterdrückten Theoriebezug unterscheiden.²¹ Diese Trennung von Dogmatik und Theorie indes ist ein Ergebnis bewußter rechtswissenschaftsinterner Ausdifferenzierung und nicht etwa einer bestimmten Sachlogik oder dem Gegenstand „Recht“ geschuldet. Über diese Ausdifferenzierung, ihren Sinn und ihre Folgen nachzudenken, ist Aufgabe einer Rechtswissenschaftstheorie.

2. Gegenstands- oder Perspektivenbezug in den juristischen Subdisziplinen

Dieses Verhältnis einer respektvollen Trennung von Theorie und Praxis scheint keine Besonderheit des öffentlichen Rechts zu sein, sondern eint die juristischen Subdisziplinen.²² Dies verdient kritisch reflektiert zu werden und zwar einerseits bezo-

¹⁹ Dieser Satz wird heute von Repetitoren in anderem Zusammenhang positiv propagiert: Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2005, 84: „hemmer methode: Innerhalb der Jurisprudenz ist die Methodik ungefähr das, was im gesellschaftlichen Leben der Stil ist. ... Über Methodik spricht man nicht, man hat sie (sie zeigt sich in der Art des Argumentierens an Problemen).“

²⁰ Prominentes Beispiel von K. Hesse, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 39 (1981), 207 f.: Im BVerfG gebe es keine Methodendiskussionen und ihr Fehlen sei kein Dilemma. Wesentlich sei zur Sache „in ihrer Eigengesetzlichkeit“ zu kommen und trotz unterschiedlicher Methodik alsbald tragbare Entscheidungen zu finden. Diesen Eindruck bestätigt die Untersuchung von R. Walter, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, 2005. Danach dominierten im österreichischen VfGH der Zwischenkriegszeit dogmatische und auch moralische Erwägungen; eine besondere rechtstheoretische Prägung wurde – auch von Kelsen – nicht lanciert. Vgl. ferner W. Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: ders., Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, 119 (144 ff.) (zur begrenzten Selbstbindung des Richters durch Methodenlehren); W. Hoffmann-Riem, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht, in: A. Scherzberg u. a. (Hrsg.), Kluges Entscheiden, 2006, 3 (9 ff. zur Entscheidungskultur im BVerfG); U. Steiner, Was Karlsruhe wirklich entscheidet, in: D. Klippel (Hrsg.), Colloquia für Dieter Schwab, 2000, 95–102 (zur Lebensfülle bei den Verfassungsbeschwerden).

²¹ Zum Auf und Ab dieser Entwicklung: J. Rückert, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: K. Acham/K. W. Nörr/B. Schefold (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, 113; O. Lepsius, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: C. Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, 354; vgl. auch F. Günther, Denken vom Staat her, 2004, 264 ff., 295 ff.

²² Ähnlich E. Schmidt-Aßmann, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, JZ 1995, 2 (8), für den es gerade die dogmatische Funktion der Kernfächer ist, welche die Rechtswissenschaft als einheitliche Disziplin ausmacht. Als intradisziplinär bezeichnet er Themenstellungen, die die Grenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht überschreiten oder die Verbindungen zwischen den dogmatischen und den historischen Fächern behandeln. Vgl. auch ders., Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung,

gen auf die Rechtswissenschaft im ganzen, andererseits bezogen auf die spezifische Situation in den Teilrechtsgebieten.

a) Grundlagenfächer als Stichprobe

Ein Blick auf den Stellenwert der Grundlagenfächer verdeutlicht das Problem. Dogmatische Fächer werden von den Grundlagenfächern getrennt, auch wenn klassischerweise einige Grundlagenfächer an bestimmte Subdisziplinen gekoppelt sind (die Rechtsgeschichte, die Rechtssoziologie oder die ökonomische Analyse an das Zivilrecht, die Rechtsphilosophie an das Strafrecht).²³ Natürlich gibt diese Fächerzuschreibung in erster Linie einen traditionellen Zustand wieder, der inzwischen immer häufiger durchkreuzt wird. Auch ist mit der Rechtstheorie eine Subdisziplin entstanden,²⁴ die sich keinem geltendrechtlichen Fach zuordnen läßt, die allerdings bislang kaum eine institutionelle Verfestigung an den Universitäten gefunden hat. Insgesamt dürfte sich an der ursprünglichen thematischen Zuordnung der Grundlagenfächer nichts geändert haben, auch wenn ein Abwandern rechtsphilosophischer und neuerdings auch rechtshistorischer Forschungsinteressen ins Öffentliche Recht beobachtet werden kann. Professuren, die Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie oder Rechtssoziologie mit öffentlichem Recht verbinden, sind indes immer noch die große Ausnahme und neue öffentlich-rechtliche Lehrstühle erhalten eher eine europa-, wirtschafts-, technik- oder medienrechtliche Denomination.

Sortiert man die Grundlagenfächer nach den Teilrechtsgebieten, so zeigt sich gleichwohl ein interessanter Unterschied. Die typischerweise im Zivil- und Strafrecht angesiedelten Grundlagenfächer lassen sich in erster Linie perspektivisch bestimmen, die im öffentlichen Recht angesiedelten Fächer indes gegenständlich. Das Fach Rechtsgeschichte bringt ins Zivilrecht eine historische Perspektive,²⁵ das Fach Rechtsphilosophie ins Strafrecht eine philosophische. Die Fächer Verfassungsgeschichte oder Allgemeine Staatslehre hingegen zeichnen sich durch eine gegenständliche Erweiterung des öffentlichen Rechts aus, weniger durch eine perspektivische. Es ist der Gegenstand der „Verfassung“ oder des „Staates“, der bei der zeit-

Beiheft 2, 1999, 177 (181): „Wie die Rechtswissenschaft insgesamt, so arbeitet auch die Verwaltungsrechtswissenschaft grundlagenorientiert und praxisorientiert *zugleich*.“ (Hervorhebung im Original.)

²³ Vgl. insofern D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994. Die Beiträge dieses Bandes zur Wissenschaftsgeschichte der Grundlagenfächer wurden nicht von Öffentlichrechtlern geschrieben. Deren Beiträge hingegen sind durch dogmatische Gegenstände geprägt (Grundrechte, Verwaltungsrechtswissenschaft).

²⁴ Vgl. R. Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, in: ders., *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 1981, 17; ders., *Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, in: ders., *Recht – Staat – Vernunft. Studien zur Rechtstheorie* 2, 1991, 211; D. v. d. Pfordten, Was ist und wozu Rechtsphilosophie? JZ 2004, 157; T. Vesting, *Rechtstheorie*, 2007, 8–10.

²⁵ Freilich erst als Folge der Zivilrechtskodifikationen, die die geschichtlich denkende Rechtswissenschaft von der Rechtserzeugung freisetzte, vgl. G. Dilcher, Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts, in: ders./P. Caroni (Hrsg.), *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, 1998, 109–143.

übergreifenden oder interdisziplinären Betrachtung im Mittelpunkt steht. Bei den im öffentlichen Recht angesiedelten Grundlagenfächern dominiert offenbar der Gegenstand gegenüber der Methode. Bei den zivil- und strafrechtlichen steht das Umgekehrte zu vermuten.

Das öffentliche Recht definiert sich stärker als die anderen Teilrechtsgebiete durch seinen Gegenstand, weniger durch seine Perspektive. Das mag mit seiner Entstehung als „Sonderrecht des Staates“ zusammenhängen – eine Existenz, die gerade eine gegenständliche, materiellrechtliche Abschichtung voraussetzte und für die historische, philosophische oder sozialwissenschaftliche Perspektiverweiterungen geradezu kontraproduktiv gewesen wären. Diese Tradition wirkt bis heute in dem Umstand fort, daß im öffentlichen Recht Grundlagenfächer institutionell nicht heimisch geworden sind. Das Verhältnis des öffentlichen Rechts zu den Grundlagenfächern weist gegenüber den anderen juristischen Subdisziplinen offenbar eine Besonderheit auf: Die in der Verantwortung des öffentlichen Rechts stehenden Grundlagenfächer lassen sich kaum perspektivisch beschreiben nach der jeweiligen Methode, die auf Recht angewendet wird (historische, soziologische, ökonomische oder philosophische), sondern weisen einen primär gegenständlichen Bezug auf: „Verfassungsgeschichte“ oder „Allgemeine Staatslehre“ sind Grundlagenfächer, die sich über den Gegenstand „Verfassung“ oder „Staat“ definieren, nicht indes über die Methode einer Nachbardisziplin oder eine spezifische Perspektive (historisch, ökonomisch, philosophisch), die sich auf Recht insgesamt anwenden ließe.

b) Besonderheiten des öffentlichen Rechts gegenüber Zivil- und Strafrecht

Klassisch ist es der Gegenstand, der die in öffentlich-rechtlicher Verantwortung stehenden Grundlagenfächer definiert, nicht hingegen, wie im Falle der anderen juristischen Teildisziplinen, die Methode. Das scheint kein Zufall zu sein, sondern mit dem schwierigen und zum Teil diffusen Gegenstand des öffentlichen Rechts zusammen zu hängen. Während das Strafrecht individualistisch geprägt ist (die objektive Tat und die subjektive Vorstellung von ihr) und das Zivilrecht primär antagonistisch in intersubjektiven Interessenkonflikten denkt, läßt sich eine vergleichbare Zentralperspektive für das öffentliche Recht nicht erkennen.²⁶ Öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen erfassen Individuen und Organe, Personal- und Gebietskörperschaften, höchst unterschiedliche, vertikal und horizontal, national, supranational und international gegliederte Kompetenzträger und Institutionen. Das öffentliche Recht greift subjektivrechtliche (Individuum v. Staat) und soziale (Gesellschaft v. Staat) Perspektiven auf, innerstaatliche und zwischenstaatliche. Anders als das individualistische Straf- oder das intersubjektive Zivilrecht wird das öffentliche Recht als wissenschaftliches Fach also nicht durch eine ihm immanente Betrachtungswei-

²⁶ Vgl. etwa G. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch, 1950, der zur typologischen Bestimmung und Abgrenzung von Zivil- und Strafrecht wesentlich weniger Seiten benötigt als zum öffentlichen Recht (152–156, 157 ff.). Siehe auch M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, insbes. 8 ff., 75 ff.

se geprägt. Es geht nicht nur um subjektive Rechte (Zivilrecht) oder objektives Recht (Strafrecht), sondern um beides. Es geht nicht nur um Gleichgeordnete (Zivilrecht) oder Untergeordnete (Strafrecht), sondern um vielfältige Konflikte der Verbands- und Organkompetenz (Föderalismus und Gewaltenteilung). Es geht nicht nur um Bundesrecht (Zivil- und Strafrecht), sondern auch um Landesrecht. Gerade die multidimensionalen Perspektiven kennzeichnen die Rechtsbeziehungen im öffentlichen Recht. Das ist letztlich auch der Grund, warum Methodenstreite gerne im öffentlichen Recht zu Hause sind. Dieses Fach hat ein viel stärkeres Bedürfnis nach methodischer Vergewisserung als Straf- oder Zivilrecht, gerade weil sich sein juristischer Gegenstand nur schwerlich durch eine rechtsakteursbezogene Perspektive begrenzen läßt. Es sind zu viele Akteure im Spiel, die über mitunter nicht kommunisierbare Interessen bzw. Kompetenzen verfügen.

Im Umgang mit den Grundlagenfächern spiegelt sich dieses wider. Die Fächer „Verfassungsgeschichte“ oder „Allgemeine Staatslehre“ bündeln und reflektieren diese Mehrdimensionalität gegenstandsbezogen. Verfassungsgeschichte begnügt sich als Disziplin nicht mit historischen Verfassungsbestimmungen, sondern versteht „Verfassung“ auch in einem sozialen Sinn, so daß verfassungsrechtliche Normen als Ausdruck bestimmter politischer, ökonomischer und sozialer Konflikte und Kontexte gedeutet werden.²⁷ Das Fach Verfassungsgeschichte dient dann der Einbeziehung politischer, ökonomischer oder sozialhistorischer Perspektiven in einen juristischen Diskussionszusammenhang. Die thematische Breite läßt sich nicht mehr perspektivisch erfassen, sondern drängt nach gegenständlicher Bündelung. Ähnlich verfährt die „Allgemeine Staatslehre“ im Hinblick auf den diffusen Gegenstand „Staat“, der eine mehrdimensionale Betrachtung gerade zu erfordern scheint,²⁸ welche wiederum einerseits für den Niedergang dieses Faches verantwortlich gemacht wird,²⁹ andererseits als Rechtfertigung für seine Wiederbelebung gilt.³⁰

c) Konsequenzen für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht

Das Fach „Allgemeine Staatslehre“ steht für ein prinzipielles Problem, das gerade die Wissenschaft vom öffentlichen Recht mit theoretischer Reflexion und der Einbindung interdisziplinärer Erträge hat. Der Bedarf, Einsichten der Nachbarwissen-

²⁷ Vgl. H. Mohnhaupt/D. Grimm, Verfassung, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Band 6, 1990, 831 ff., 863 ff.

²⁸ Zu unterschiedlichen Zugriffen: P. Häberle, Staatslehre als Verfassungsgeschichte, AöR 102 (1977), 284 (286 f.), der zwischen „staatlicher“ Staatslehre, „gesellschaftlicher“ Staatslehre, Staatslehre als Verfassungslehre und Mischformen unterscheidet und die Gleichzeitigkeit dieser Staatslehren als für Deutschland typisch beschreibt.

²⁹ C. Möllers, Artikel „Staatslehre, allgemeine“ in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl. 2006, Sp. 2317 (2321); C. Schönberger, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich zu Frankreich, in: O. Beaud/E. V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?, 1999, 111 (116 f., 127); M. Morlok, Verfassungstheorie (Fn. 4) 26 f.

³⁰ A. Voßkuhle, Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, 2.

schaften in die eigenen Fragestellungen einzubeziehen wird mit Hilfe einer Gegenständlichkeit befriedigt, welche die Interdisziplinarität gewährleisten soll. Als multivalenter Forschungsgegenstand zahlreicher Disziplinen (Geschichte, Soziologie, Ökonomie, Philosophie) verspricht der „Staat“ zum Erkenntnistransfer mustergültig geeignet zu sein. Hier manifestiert sich eine Eigenheit der deutschen Wissenschaft vom öffentlichen Recht, ihren wissenschaftlichen Auftrag substantiell, gegenstandsorientiert zu denken und nicht formell, methodenorientiert.³¹ Bekanntlich markiert die Trennung zwischen staatsrechtlichem und verfassungsrechtlichem Denken eine der zentralen methodologischen Binnendifferenzierungen in der deutschen Staatsrechtslehre.³² Geht man vom „Staat“ als Grundbegriff des öffentlichen Rechts aus, liegt eine gegenständliche, auf Einheit bezogene Konzeption des Rechtsgebiets nahe; geht man indes von „Verfassung“ als Grundbegriff aus, lägen perspektivische, an den jeweils rechtserheblichen Fragestellungen ausgerichtete, also relationale Konzeptionen des Rechtsgebiets nahe. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht ist hier mit einer Weichenstellung konfrontiert, die weder im Zivil- noch im Strafrecht eine Entsprechung findet.

Diese methodische Grunddisposition des deutschen öffentlichen Rechts, gegenständliche Konzeptionen gegenüber perspektivischen zu bevorzugen, erklärt die erstaunliche Persistenz des Staatsbegriffs gerade wenn es darum geht, theoretische Selbstreflexion zu betreiben oder interdisziplinäre Diskurse führen zu wollen. Man mag indes daran zweifeln, ob der Begriff des Staates dafür besonders geeignet ist, weil jedenfalls die juristisch erheblichen Fragestellungen an konkreteren Topoi anknüpfen.³³ Es handelt bekanntlich nicht „der“ Staat, sondern es handeln jeweils bestimmte und höchst unterschiedliche Kompetenzträger, deren Fusionierung als „Staat“ nicht mit einem Erkenntnisgewinn, sondern mit einem juristischen Beschreibungsverlust verbunden ist.³⁴

Die gegenständliche Fixierung auf den Staat löst für das öffentliche Recht ein Paradoxon aus: Sie ist einerseits nötig, um die Perspektivenvielfalt zu verklammern

³¹ Für die Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus analysiert durch O. Lepsius, *Die gegensatzauflösende Begriffsbildung*, 1994.

³² Vgl. C. Möllers, *Staat als Argument*, 2000, insbes. 116–135; F. Günther, *Denken vom Staat her*, 2004; P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl. 1996, 121 ff., 155 ff.

³³ Ausführlich analysiert von C. Möllers, *Staat* (Fn. 32), Dritter Teil. Im Umkehrschluß etwa auch J. Isensee, *Staat und Verfassung*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 1987, § 13 Rn. 3, der einen Paradigmenwechsel beklagt, nämlich die Ablösung von „Staat“ durch „Verfassung“ und „Demokratie“. Erhellend auch H. Schulze-Fielitz, *Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz*, *Die Verwaltung* 32 (1999), 241.

³⁴ Herausgearbeitet durch C. Möllers, *Staat* (Fn. 32); siehe auch O. Lepsius, *Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?*, *EuGRZ* 2004, 372. Einen vermittelnden Weg schlägt C. Gusy vor. Er möchte die Staatslehre als Rechtswissenschaft formulieren und spricht von einer juristischen Staatslehre des Grundgesetzes. Als Verfassungsstaat sei der Staat insgesamt rechtlich verfaßt, vgl. C. Gusy, *Brauchen wir eine juristische Staatslehre?*, *JöR* 55 (2007), 41 (53 f., 63–70). Trotzdem meint Gusy, sich von Kelsens These, als Gegenstand der Rechtswissenschaft sei der Staat mit der Rechtsordnung identisch, abgrenzen zu müssen (53) und will sein Erkenntnisziel weder Verfassungslehre noch Verfassungstheorie nennen.

und auf einen einheitlichen Gegenstand zurückzubeziehen, sie steht aber andererseits mit der Perspektivenvielfalt des Rechtsgebiets in einem Zielkonflikt, weil sie die rechtserheblichen Fragestellungen entdifferenziert. Einerseits entstand der Gegenstand des öffentlichen Rechts durch die Abgrenzung eines Sonderrechts des Staates, andererseits erleidet die Wissenschaft vom öffentlichen Recht einen Beschreibungsverlust, wenn sie sich auf eine gegenständliche Einheit namens „Staat“ ausrichtet.

Heute kann es als gesichert gelten, daß der mit der Staatsfixierung erhoffte interdisziplinäre Mehrwert die Vernachlässigung der Verfassungstheorie zur Folge hatte. Der weitgehende Verzicht auf Verfassungstheorie ist der hohe Preis, den die deutsche Staatsrechtslehre für das Festhalten an der gegenständlichen Perspektive zu zahlen bereit war. Das zeigt sich besonders im Vergleich mit Österreich³⁵ und der Schweiz³⁶ sowie mit dem westlichen Ausland.³⁷ Im Hinblick auf die internationale Anschlußfähigkeit dürfte *constitutional theory* jedenfalls eine erfolgversprechendere Strategie sein. Wenn gelegentlich beklagt wird, die deutsche Staatsrechtslehre vermöge es nicht hinreichend, ihre Erkenntnisse ins Ausland zu transportieren,³⁸ so liegt das unter anderem auch am Festhalten an einem Gegenstand, der in internationalen Wissenschaftsdiskursen nicht den gleichen Stellenwert hat.³⁹

³⁵ E. Wiederin, Denken vom Recht her, in: Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fn. 2), 293 (295), sieht den wichtigsten Unterschied zwischen deutscher und österreichischer Staatsrechtslehre darin, daß die österreichische nicht vom Staat, sondern vom Recht her denkt. Zu Unterschieden auch A. Jakab, Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel, Der Staat 46 (2007), 268 (271–274, 278 f. zu Begriffsdissonanzen bei „Staat“ und „Souveränität“). In Österreich argumentiere man insgesamt weniger in den begrifflichen Bahnen des Konstitutionalismus als in Deutschland (290).

³⁶ Die mit der Fixierung auf Demokratie als Leitbegriff verbundene Abgrenzung zur Staatsbezogenheit betont für die Schweiz etwa G. Biaggini, Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand: Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz, in: Staatslehre als Wissenschaft (Fn. 2), 267 (272, 288). Vgl. auch P. Häberle, „Werkstatt Schweiz“: Verfassungspolitik im Blick auf das künftige Gesamt Europa, JöR 40 (1992), 167; W. Haller/A. Közl, Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl. 2004, 24–28; R. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, 1979, 181 f.

³⁷ Besonders markant sind die Unterschiede zur amerikanischen Rechtswissenschaft. Zu den Vorzügen und Nachteilen des dortigen Vorgehens O. Lepsius, Lernen (Fn. 1), 335 ff., 341 ff.; allgemeiner M. Reimann, Die Fremdheit des amerikanischen Rechts – Versuch einer historischen Erklärung, in: K. Krakau/F. Streng (Hrsg.), Konflikt der Rechtskulturen? Die USA und Deutschland im Vergleich, 2003, 23; ders., Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 1997; siehe auch W. Heun, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und einfache Gerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 80 (83–95).

³⁸ C. Möllers/A. Voßkuhle (Fn. 1), 330 f.; J. A. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806 (811: „Introvertiertheit“).

³⁹ Das zeigt sich etwa auch bei der Erfassung der Europäisierung, die von der deutschen Staatsrechtslehre lange mit staatstheoretischen Kategorien („Staatenverbund“) versucht wurde – ein Begriff der schon nicht in andere Sprachen übersetzbar und folglich international kaum diskursfähig ist. Vgl. zum Problem des Diskussionstransfers etwa U. Haltern, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: G. F. Schuppert/I. Pernice/ders. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, 37; ders., Europarechtswissenschaft und ihre politisch-kulturellen Voraussetzungen, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 4 (2006), 364, der dogmatische Rechtswissenschaft und rechts-ignorante Politikwissenschaft stärker aufeinander beziehen möchte und deswegen einräumt, eine Eu-

d) Gegenstandsbezogenheit und Interdisziplinarität

Sich am „Staat“ als Erkenntnisgegenstand zu orientieren, wird von der Staatsrechtslehre aber nicht nur als wissenschaftsgeschichtliches Legat empfunden, sondern gilt selbst in der Gegenwart als Voraussetzung für inter- und transdisziplinäres Arbeiten. Die Gegenstandsbezogenheit wird zur interdisziplinären Brücke. So setzt etwa die in den letzten Jahren propagierte (neue) „Staatswissenschaft“ in diesen Plan (neue) Hoffnung.⁴⁰ Ähnliche interdisziplinäre Ambitionen hegt auch der kleine Bruder der Staatslehre, die Verwaltungslehre oder Verwaltungswissenschaft.⁴¹ Relationale Fragestellungen hingegen treffen gerade auch in der Gegenwartsdiskussion auf Durchsetzungsschwierigkeiten.⁴²

ropawissenschaft „im Sinne einer durch eine Methode definierten und geleiteten Wissenschaft“ gebe es nicht (364). A. v. Bogdandy, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, Der Staat 40 (2001), 3; ders., *Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung: gängige Mißverständnisse des Maastricht-Urteils und deren Gründe*, KritV 83 (2000), 284; J. H. H. Weiler, *The State „über alles“*, FS Everling, Band II, 1995, 1651. Erst langsam gewinnt die deutsche Staatsrechtslehre wieder Anschluß an die europäischen Diskussionen, indem sie verfassungstheoretische Fragestellungen (Mehrebenensystem) oder normtheoretische Aspekte (Stufenbau) behandelt; vgl. etwa A. v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003.

⁴⁰ G. F. Schuppert, *Staatswissenschaft*, 2003, 20–30, 45–47. Schuppert erhofft sich durch das Aufeinanderbeziehen verschiedener disziplinärer Ansätze einen Gewinn an analytischer Kompetenz, in dem der Mehrwert multidisziplinären Vorgehens liege, vgl. ebd., 25. Eine Gegenstandsbezogenheit liegt auch der Forderung nach einer disziplinenübergreifenden „Europawissenschaft“ zugrunde, vgl. ders., „Theorizing Europe“, in: ders./I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 3 (16–21). Dort wird es bewußt abgelehnt, den erkenntnistheoretischen Status des Forschungsgegenstandes zu bestimmen. Der disziplinenübergreifende Charakter schließe eine eigene Methode aus. Vgl. auch das Themenheft 3/2006 der Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften: „Europawissenschaften? Theoretische, empirisch-analytische und methodische Voraussetzungen.“

⁴¹ Dazu G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, 2000, 44–47; vgl. auch T. Vesting, *Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden des Verwaltungsrechts*, 2004, 253. Aus der früheren Literatur zu Fragen von Gegenstand und Methode der Verwaltungslehre hilfreich etwa H. Lecheler, *Verwaltungslehre*, 1988, 37–40, für den die methodischen Probleme der Verwaltungslehre daraus entstehen, daß die Rechtswissenschaft methodisch zur Eindimensionalität verkümmert sei. Ein Teil der Rechtswissenschaft könne die methodenplurale Verwaltungslehre daher schon nicht sein. Ihre wichtigste Aufgabe sei es, verlässlichen Boden für interfakultative Arbeit zu schaffen. Bei J. Wimpfeler, *Leitfaden der Verwaltungslehre*, 1979, 18f., wird die Verwaltungslehre zu einer Integrationswissenschaft, die juristische, politologische, soziologische, ökonomische und psychologische Methoden und Erkenntnisse für die öffentliche Verwaltung nutzbar machen möchte. Von den verschiedenen Fachwissenschaften unterscheide sich die Verwaltungslehre dadurch, daß sie sich ausschließlich mit der Verwaltung beschäftige. Der Zusammenhang von Methodenpluralität und Gegenstandsbestimmtheit wird hier erneut deutlich. Zur Verwaltungswissenschaft als Integrationswissenschaft bereits K. Stern, *Verwaltungslehre – Notwendigkeit und Aufgabe im heutigen Sozialstaat*, in: *Gedächtnisschrift Hans Peters*, 1967, 219, Wiederabdruck in: H. Siedentopf (Hrsg.), *Verwaltungswissenschaft*, 1976, 309 (325); ähnlich ders., *Verwaltungslehre*, in: R. Weber-Fas (Hrsg.), *Jurisprudenz. Die Rechtsdisziplinen in Einzeldarstellungen*, 1978, 565 (573f.): *Verwaltungslehre vertrage ihrer Grundlage nach keine Reinheit der Methode.*

⁴² Deutlich etwa an der Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis, die mit Hilfe neuer rechtsthe-