

Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie

Herausgegeben von
ANDREAS FUNKE und
JÖRN LÜDEMANN

Recht – Wissenschaft – Theorie



Mohr Siebeck

Recht – Wissenschaft – Theorie

Standpunkte und Debatten

Herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

3



Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie

Herausgegeben von

Andreas Funke und Jörn Lüdemann

Mohr Siebeck

Andreas Funke ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln.

Jörn Lüdemann ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-150194-4 / eISBN 978-3-16-160626-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

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

© 2009 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 auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Kaum etwas ist wissenschaftlich so produktiv wie Verunsicherung. Das erlebt die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht derzeit in besonderer Weise. Denn alle Elemente, über die sich eine Wissenschaft gemeinhin definieren kann, stehen bei ihr aktuell zur Diskussion: ihr Gegenstand, ihre Methode und ihre Aufgaben.

Ihr Gegenstand wandelt sich nicht nur durch die immer weiter fortschreitende Europäisierung und Globalisierung des Rechts. Immer mehr Vertreter des Fachs wollen neben dem Sollen auch das Sein stärker zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung machen. Und auch die Rechtspolitik kommt als Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung in den letzten Jahren mehr und mehr in den Blick; ja es wird sogar eine Schwerpunktverlagerung von einer anwendungsorientierten Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtssetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft postuliert.

Mit den Fragen zum Forschungsgegenstand sind Diskussionen über die angemessenen Methoden des Fachs untrennbar verbunden. Längst trägt nicht mehr nur die Wissenschaftspolitik die Forderung nach inter- bzw. transdisziplinärer Forschung an die Rechtswissenschaft heran. Auch in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht mehren sich die Stimmen, die eine größere Offenheit des Fachs für die Erkenntnisse und Methoden der Nachbarwissenschaften einfordern. Doch die Öffnung für die Sozialwissenschaften sättigt nicht nur den Theoriehunger des Fachs, sie generiert auf der anderen Seite gleichzeitig neuen Theoriebedarf. Denn wie weit kann und soll diese Öffnung gehen? Wie kann eine Rezeption sozialwissenschaftlicher Forschung aussehen, die den Ansprüchen und spezifischen Charakteristika der Rechtswissenschaft Rechnung trägt? Soll sich die Rezeption rechtsexterner Theorie und Empirie nicht in Zufälligkeiten und methodischer Beliebigkeit erschöpfen, bedarf es einer adäquaten Reflexion des Rezeptionsprozesses.

Allgemeiner stellt sich die Frage nach dem Wissenschaftsverständnis und dem Proprium der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, nach den Möglichkeiten und Grenzen einer allgemeinen oder fachspezifischen Rechtswissenschaftstheorie. Diese wissenschaftstheoretische Selbstvergewisserung ist nicht nur für die disziplinäre Forschung unentbehrlich. Sie ist

auch Grundvoraussetzung jeder ertragreichen Zusammenarbeit über die eigenen disziplinären Grenzen hinaus.

Die gegenwärtige Verunsicherung wird auch nicht dadurch relativiert, dass bestimmte Stränge der Diskussion schon früher einmal Gegenstand theoretischer Erörterung waren. Zwar hat die Rechtswissenschaft namentlich ihr Verhältnis zu den Sozialwissenschaften bereits in den 1970er Jahren ausführlicher ausbuchstabiert und dabei manch grundlegende Erkenntnis zu Tage gefördert. Doch seither sind nicht nur drei Jahrzehnte vergangen, die Frage nach der interdisziplinären Ausrichtung des Fachs steht mittlerweile auch in einem größeren und teilweise auch in einem anderen Kontext. So ist etwa die aktuelle Debatte über den steuerungstheoretischen Anspruch der Verwaltungsrechtswissenschaft mit der Rezeption sozialwissenschaftlicher Theorie ebenso eng verknüpft wie der Umgang der Rechtswissenschaft mit neuen Formen des Regierens jenseits von Recht und Staat.

Der vorliegende Band ist aus dem Forschungskolloquium „Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie“ hervorgegangen, das am 2. Februar 2008 im Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn stattgefunden hat. Es war das erste Kolloquium des KölnBonnerForum, einem offenen Kreis von Nachwuchswissenschaftlern aus dem Köln/Bonner Raum, die sich für die Grundlagen des Öffentlichen Rechts interessieren (www.koelnbonnerforum.uni-koeln.de) Für den wissenschaftlichen Nachwuchs ist die gegenwärtige Suche nach dem eigenen Selbstverständnis besonders drängend und prägend. Wo sich wissenschaftstheoretische Überzeugungen erst ausprägen, ist die Neugierde und Diskussionsbereitschaft über die Art und Weise der eigenen Forschung naturgemäß besonders groß. Das Kolloquium setzte deshalb ganz bewusst auf eine intensive Diskussion des wissenschaftlichen Nachwuchses mit gestandenen Fachvertretern. Durch die Beschränkungen des Teilnehmerkreises auf insgesamt 25 Personen blieb Raum für eine wirklich vertiefte wissenschaftliche Diskussion.

Vielen sind wir dankbar. Die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung hat die Tagung großzügig finanziert. Das Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern hat uns seine Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt. Die Professoren *Dres. Jestaedt, Lepsius, Möllers* und *Voßkuhle* haben den Band zu unserer Freude in diese schöne Reihe aufgenommen. *Brigitte Martin*, MPI Bonn, und *Andreas Papp*, Universität zu Köln, haben sich der redaktionellen und technischen Gestaltung der Druckvorlage angenommen.

Schließlich danken wir den Referenten und Diskutanten ganz besonders herzlich dafür, dass sie mit ihrem persönlichen Einsatz zum Gelingen des Kolloquiums beigetragen haben.

Köln und Bonn, im August 2009

Andreas Funke / Jörn Lüdemann

Inhalt

Vorwort.....	V
 <i>Andreas Funke</i>	
Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung.....	1
 <i>Matthias Jestaedt</i>	
Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?.....	17
 <i>Karsten Schneider</i>	
Zur Eignung des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre als Wissenschaftstheorie einer Wissenschaft vom Öffentlichen Recht.....	45
 <i>Andreas von Arnould</i>	
Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie	65
 <i>Jörn Lüdemann</i>	
Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft.....	119
 <i>Steffen Augsberg</i>	
Die aktuelle Methodendiskussion: eine wissenschaftstheoretische Renaissance?.....	145
 <i>Ulrich Vosgerau</i>	
Rechtswissenschaft als Theorie der Theorie oder als praktische Kulturwissenschaft?	201
 Die Tagungsteilnehmer/innen	 215

Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – zur Einführung

*Andreas Funke**

A. Einleitung	1
B. Wissenschaftstheorie: Präzisierungen und Abgrenzungen	3
I. Erkenntnistheorie und Wissenschaftstheorie	3
II. Wissenschaftstheorie und Rechtstheorie	5
III. Abgrenzungen innerhalb der Wissenschaftstheorie	5
C. Zwei problematische Sichtweisen des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Wissenschaftstheorie	6
I. „Anwendung“ wissenschaftstheoretischer Erkenntnisse? Zur falschen Vorstellung des Profitierens von fremder Autorität	6
II. Wissenschaftstheorie in der Heterarchie der Rechtsbetrachtungen? Zum wissenschaftstheoretischen Anarchismus	8
D. Kann es eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie geben?	8
I. Möglichkeiten der Konzeption einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts	9
II. Öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie als Teiltheorie der Disziplin vom öffentlichen Recht	9
III. Bedeutung einer öffentlich-rechtlichen Wissenschaftstheorie	10
E. Aufgaben und Fragen	11
I. Gegenstand	11
II. Methoden	12
III. Geschichte	12
IV. Verantwortung	13
V. Rationalität	13
F. Fazit	14
Literatur	14

A. Einleitung

Das Unternehmen, einen wissenschaftstheoretischen Blick auf das öffentliche Recht zu werfen, bedarf nicht der Rechtfertigung. Diese einführenden Bemerkungen verfolgen einen anderen Zweck. Sie sollen einen Problem-

* Für Hinweise und Kritik danke ich Dr. Steffen Augsberg und Dr. Jörn Lüdemann.

aufriss geben. Zwangsläufig wird dabei vieles von dem berührt, was in den folgenden Beiträgen vertieft behandelt wird. Aber das Thema ist unübersichtlich und Überschneidungen ergeben Markierungen, an denen man sich orientieren kann.

„Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie“ – wo soll man überhaupt anfangen? Beim aufrechten Gang der ersten Menschen, wie dies in einer Darstellung der Geschichte der Wissenschaftstheorie tatsächlich geschieht?¹ Bei Aristoteles, dem, wie es heißt, „großen Wissenssystematisierer der Antike“?² Bei Julius Hermann von Kirchmanns legendärer These von der „Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“? Bei Carl Friedrich von Gerber und Paul Laband, die sich um die juristische Methode im Staatsrecht bemühten?³ Bei Rudolf Smend, der im Jahre 1911 die Beschränkung auf „eine korrekte juristische Bearbeitung des positiven Rechts“ beklagte und eine „moderne(n) Philosophie des öffentlichen Rechts“ herbeisehnte, oder bei Hans Kelsen, der im gleichen Jahr die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aus der Lehre vom Rechtssatz zu „entwickeln“ – und wohl auch zu lösen – trachtete? Jeder dieser Anknüpfungspunkte (vielleicht nicht der aufrechte Gang) wäre beliebig. Ich beginne deshalb ganz einfach in der Gegenwart.

Die Aufstellung von öffentlichem Recht und Wissenschaftstheorie hat eine Leerstelle: die Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Öffentliches Recht ist der Gegenstand der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht beschäftigt sich jedenfalls mit den üblicherweise als öffentlich-rechtlich klassifizierten Normenkomplexen (Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, völkerrechtliche Verträge, Völkerwohnungsgesetze etc.). Darüber hinaus hat sie die Institutionen, die mit diesen Rechtsnormen zwar nicht identisch, aber auf eigentümliche Weise darauf bezogen sind, nämlich Staat und Verwaltung, stets im Blick. Ob diese sozialen Gebilde gerade mit den juristischen Methoden erkannt und bearbeitet werden können, dies ist bekanntlich eine der Grundfragen der Disziplin. Sie ist auch wissenschaftstheoretischer Natur.

Wissenschaftstheorie ist diejenige Wissenschaftsdisziplin, welche die Funktionsweise wissenschaftlicher Erkenntnis untersucht, ihre Zielsetzungen und Methoden, ihre Leistungen und ihre Grenzen.⁴ Was ist nun das

¹ Johannes Lohmann, *Wissenschaftsformen*, S. 117.

² Gerhard Schurz, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, S. 12.

³ Hierzu Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, S. 330 ff.

⁴ Gerhard Schurz, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, S. 11. Ähnliche Definitionen bei Martin Carrier, *Wissenschaftstheorie zur Einführung*, S. 9; Heinrich Rombach, *Wissenschaft und Wissenschaftstheorie*, S. 9. Es gibt viele Bücher und Buchkapitel, die mit „Wissenschaftstheorie“ überschrieben sind und die der Wissenschaftstheorie gewidmet sind. Aber Wissenschaftstheorie wird auch unter anderen Bezeichnungen betrieben.

Problem von „Öffentlichem Recht und Wissenschaftstheorie“? Anders gefragt: Warum ist die Wissenschaftstheorie für das öffentliche Recht attraktiv? Hierfür lassen sich mehrere Gründe anführen. Als erstes kann man auf jene Spannung verweisen, die Smend im Jahre 1911 notierte, und die heute nicht weniger jede rechtswissenschaftliche Arbeit prägen dürfte. Sie resultiert aus dem Gegen- und Miteinander von juristischer Alltagsarbeit und einem Bedürfnis nach Reflexion.⁵ Dieser Spannung in wissenschaftlicher Form Ausdruck zu verleihen, ihr einen Ort zu geben, dazu kann die Beschäftigung mit „öffentlichem Recht und Wissenschaftstheorie“ dienen. Zweitens: Das Recht verändert sich. Man denke an die nach wie vor zunehmende internationale Verflechtung und an die damit einhergehenden Veränderungen von Herrschaftsformen. Drittens: Die Jurisprudenz steht im Wandel. Die Rechtswissenschaft formuliert neue Ansprüche an sich selbst, die das überkommene Selbstverständnis in Frage stellen. Dies gilt insbesondere für die Verwaltungsrechtswissenschaft, die auch Steuerungswissenschaft sein soll.⁶ Während die Berechtigung dieses Anspruchs für einen Teil der Zunft längst als ausgemacht gilt, haben andere erhebliche Zweifel, und manche haben gar noch nie davon gehört. Wissenschaftstheoretische Reflexionen ermöglichen vielleicht eine Verständigung.

Ich möchte die folgenden Überlegungen unter drei Leitfragen stellen: ob es eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie vielleicht schon gibt, ob es eine geben kann und ob es eine geben soll.

B. Wissenschaftstheorie: Präzisierungen und Abgrenzungen

Zunächst sind einige Präzisierungen zur Disziplin der Wissenschaftstheorie vorzunehmen. Hilfreich sind dabei Abgrenzungen zu verwandten oder teils identischen Wissenschaftsbereichen.

1. Erkenntnistheorie und Wissenschaftstheorie

Wie lässt sich das Verhältnis von Erkenntnistheorie und Wissenschaftstheorie bestimmen? Man kann Wissenschaftstheorie als eine besondere Form von Erkenntnistheorie verstehen. Wissenschaftstheorie fragt nach Wissen-

Ein Beispiel ist die Systemtheorie Niklas Luhmanns, die immer schon viel Wissenschaftstheorie enthielt, während Luhmanns *Wissenschaft der Gesellschaft* gerade nicht unbedingt als Wissenschaftstheorie verstanden werden kann.

⁵ Letzteres dürfte, vielleicht in noch stärkerem Maße als vor nun bald 100 Jahren, von rasanten Entwicklungen in den Nachbardisziplinen inspiriert sein.

⁶ Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 1/33. Grundlegend Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft.

schaft als Erkenntnis.⁷ Für die allgemeine Wissenschaftstheorie ist diese Sicht unproblematisch. Aber für die Rechtswissenschaft ergeben sich daraus Schwierigkeiten. Wird Wissenschaftstheorie als Subdisziplin der Erkenntnistheorie verstanden und in diesem Sinne für die Rechtswissenschaft rezipiert, dann legt man die Rechtswissenschaft auf das Paradigma der Erkenntnis fest. Eine solche Festlegung kann prekäre Folgewirkungen haben. Recht wird womöglich zum gleichsam natürlichen Gegenstand, der betrachtet, gesehen und eben „erkannt“ wird. Man kann deshalb mit guten Gründen bezweifeln, dass die Erkenntnistheorie überhaupt für die Rechtswissenschaft und für deren Reflexionsbemühungen ein adäquates Paradigma bereithält.⁸ Vielmehr wäre zu diskutieren, ob die theoretische Vernunft überhaupt den richtigen Bezugspunkt bildet und ob die Rechtswissenschaft nicht in den kategorialen Rahmen der praktischen Vernunft einzubetten wäre. Hierfür gibt es in der gegenwärtigen Debatte eine ganze Reihe von Beispielen.⁹ Vielleicht gibt es sogar einen Mittelweg: Der rechtsphilosophische Neukantianismus hat in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts versucht, eine Rechtserkenntnistheorie zu entwickeln, die sich von der praktischen Vernunft löst und trotzdem nicht der Versuchung naturalistischer Engführungen erliegt.¹⁰

Das Erkenntnismodell der Rechtswissenschaft ist aber auch noch von einer anderen Seite angegriffen worden. Sprachphilosophisch informiert wird dem Modell der Erkenntnis fester Bedeutungen, die in Rechtsregeln enthalten seien, entgegengehalten, dass keine Regel ihre eigene Anwendung regeln könne.¹¹ Interpretative Praxis oder Kommunikation sollen an die Stelle des Erkenntnismodells rücken.

Hier soll dahingestellt bleiben, ob all diese Probleme wirklich der Idee einer juristischen Erkenntnistheorie entgegenstehen. Jedenfalls muss eine juristische Wissenschaftstheorie diese Probleme im Blick haben und einen Ort für ihre Diskussion bieten. Praktisch bedeutet dies, dass eine juristische Wissenschaftstheorie ohne Metaethik und Normlogik nicht betrieben werden kann.

⁷ Hans Poser, *Wissenschaftstheorie*, S. 16; Peter Baumann, *Erkenntnistheorie*, S. 4.

⁸ Für eine hermeneutisch orientierte Erkenntnistheorie des Rechts siehe Karl-Ludwig Kunz, *Rechtstheorie*.

⁹ Man kann z. B. auf Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, und die Diskurstheorie des Rechts verweisen (Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*; Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*).

¹⁰ Hierzu insbesondere die Beiträge in Robert Alexy/Lukas H. Meyer/Staleny L. Paulson/Gerhard Sprenger (Hrsg.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Siehe auch Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, S. 156 ff.

¹¹ Zum Beispiel Alexander Somek/Nikolaus Forró, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, S. 81 ff.; Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, S. 106 ff.

II. Wissenschaftstheorie und Rechtstheorie

Die Vorstellung, die wir uns von einer juristischen Wissenschaftstheorie machen können, bedarf nicht nur in die Richtung der Erkenntnistheorie, sondern noch in einer anderen Richtung einer Abgrenzung: zur Rechtstheorie. Was genau die Rechtstheorie ausmacht, dies ist bekanntlich umstritten.¹² Auf eine knappe Formel gebracht, kann man sagen: Während die Rechtstheorie um Begriff und Geltung des Rechts kreist, beschäftigt sich eine juristische Wissenschaftstheorie damit, wie geltendes Recht wissenschaftlich behandelt wird. Diese zunächst ganz eindeutig klingende Unterscheidung soll aber nicht verbergen, dass Rechtstheorie und Rechtswissenschaftstheorie an vielen Stellen Überschneidungen aufweisen.¹³

III. Abgrenzungen innerhalb der Wissenschaftstheorie

Im Vorstehenden wurde die Wissenschaftstheorie gewissermaßen nach außen abgegrenzt, hin zu anderen wissenschaftlichen Forschungsbereichen. Präzisierungen müssen auch innerhalb der Wissenschaftstheorie vorgenommen werden. Was wir als Wissenschaftstheorie kennenlernen, jedenfalls als allgemeine Wissenschaftstheorie, ist zum weitaus größten Teil naturwissenschaftlich ausgerichtete (Wissenschafts-)Theorie.¹⁴ Diese Wissenschaftstheorie hat ihren Kanon (Erklärung und Erklärungsmodelle, Induktion, Falsifikation, Thomas Kuhns These vom Paradigmenwechsel im wissenschaftlichen Fortschritt, Feyerabends Methodenanarchismus) und ihre festen Bezugspunkte (Erfahrung, Tatsachen). Diese Art von Wissenschaftstheorie wird in der Jurisprudenz rezipiert,¹⁵ wobei die Rezeption der Kritik ausgesetzt ist. Ein Beispiel ist die Streitfrage, ob das Falsifikationsmodell in der Jurisprudenz Anwendung finden kann.¹⁶ Von einer geistes-

¹² Siehe aus jüngerer Zeit *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein, S. 27 ff.

¹³ Für Identität *Jens-Michael Priester*, Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie.

¹⁴ Siehe z. B. *Alan F. Chalmers*, Wege der Wissenschaft (v. a. an der Physik orientiert). Ähnliche Einschätzung – für die Theoriebildung – bei *Ralf Dreier*, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, S. 81.

¹⁵ Überblick über die Rezeptionsbemühungen in den 60er und 70er Jahren bei *Eric Hilgendorf*, Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, S. 44-47; *Roland Dubischar*, Einführung in die Rechtstheorie, S. 65 ff. Beispiel: *Matthias Herberger/Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, S. VII, die Logik, Semiotik, Begriffslehre, Definitionstheorie und Methodologie der Erfahrungswissenschaften zu den Themen der für die Rechtswissenschaft relevanten Wissenschaftstheorie zählen. Neu: *Ralf-Peter Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, S. 262 ff.

¹⁶ Manche möchten den Umgang der Jurisprudenz mit Normhypothesen so deuten (*Görg Haverkate*, Jurisprudenz: Wissenschaft als Politik, S. 302 ff.). Juristische Aussagen seien aufgrund ihres auch empirischen Gehalts einer Falsifikation zugänglich; wer

wissenschaftlich orientierten Wissenschaftstheorie kann man demgegenüber kaum sprechen; wissenschaftstheoretische Fragen werden in den Geisteswissenschaften einfach als Grundlagenfragen diskutiert (z. B. die Kontroverse um Verstehen vs. Erklären). Dementsprechend unübersichtlich ist die Diskussion, was für eine juristische Wissenschaftstheorie, die auf der Suche nach Inspiration ist, den Zugang erschwert.

C. Zwei problematische Sichtweisen des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Wissenschaftstheorie

Es sind ganz verschiedene Auffassungen davon denkbar, welche Bedeutung die Wissenschaftstheorie für das öffentliche Recht hat. Auf zwei problematische Sichtweisen möchte ich im Folgenden näher eingehen.

I. „Anwendung“ wissenschaftstheoretischer Erkenntnisse? Zur falschen Vorstellung des Profitierens von fremder Autorität

Die wissenschaftstheoretische Beschäftigung mit dem öffentlichen Recht und seiner Wissenschaft könnte so verstanden werden, dass es für die Disziplin des öffentlichen Rechts darum ginge, von der Wissenschaftstheorie zu lernen. Manche (rechts)wissenschaftstheoretische Werke vermitteln dieses Bild, und daran ist auch wenig auszusetzen. Es gibt allerdings problematische Varianten dieser Lernbeziehung. Zuweilen liegt wissenschaftstheoretischen Arbeiten wie auch den darauf bezogenen Rezeptionsbemühungen die Vorstellung zugrunde, Wissenschaftstheorie könne in den einzelnen Fachdisziplinen, also auch in der Rechtswissenschaft, *angewendet* werden. Wissenschaftstheorie liefere also Grundlagen- und Methodenwissen und damit Entscheidungshilfen für bestimmte Fragen.¹⁷ Doch ist es vergebens und gefährlich, auf solche „Theoriesubventionen“ (Dubischar¹⁸) zu hoffen.¹⁹ Wissenschaftstheorie erscheint so als ein einheitliches, fest

dies verneine, mache sich zum „vernunftlosen Verteidiger des jeweils geltenden Rechts“ (ebd., S. 306). Weiter *Bernhard Schlink*, *Der Staat* 19 (1980), S. 73 (87 ff.); *ders.*, *Rechtstheorie* 7 (1976), S. 94 (101 f.). Auch der Stellenwert der für die naturwissenschaftliche Wissenschaftstheorie fundamentalen Unterscheidung von Entdeckungs- und Begründungszusammenhang ist umstritten. Umfassend zu diesen Fragen jetzt *Karsten Schneider*, *Normativität und Risikoentscheidung*.

¹⁷ *Gerhard Schurz*, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, S. 12.

¹⁸ *Roland Dubischar*, *Einführung in die Rechtstheorie*, S. 66.

¹⁹ Und dies nicht nur, weil die allgemeine Wissenschaftstheorie gelegentlich die gehörige Sensibilität für die Rechtswissenschaft vermissen läßt (immerhin bezeichnet man dort die Rechtsdogmatik als „Wissenschaft der Rechtsprechung“ (*Gerhard Schurz*, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, S. 36)).

ausgebildetes Forschungsgebiet. Dieses Bild ist unzutreffend. Wissenschaftstheorie ist so pluralistisch wie jede andere wissenschaftliche Disziplin. Unter ihrem Dach versammeln sich ganz unterschiedliche Ansätze und Denkrichtungen. Problematisch ist die Vorstellung einer bloßen Anwendung wissenschaftstheoretischer Grundlagen noch aus einem weiteren Grund. Wissenschaftstheorie wird zu einer fremden Autorität, so als würde die Rechtswissenschaft fragen, und die Wissenschaftstheorie antwortet. Wissenschaftstheorie kann verführen. Sie verspricht saubere Einteilungen, Übersicht, Klarheit. Dieser Gegenstand, jene Methode, fertig ist die Theorie.²⁰ Solche einseitigen Referenzen führen in die Irre. Vielmehr sollten, wie im Folgenden noch deutlicher herausgearbeitet werden soll, die Denkbewegungen wissenschaftstheoretischer Untersuchungen mit der rechtswissenschaftlichen Expertise vermittelt werden, was nur als eine Form wechselseitigen Austauschs vorstellbar ist.

Der eben erwähnte wissenschaftstheoretische Pluralismus ist aber noch in einer anderen Hinsicht bemerkenswert. Mehr als bei anderen wissenschaftlichen Reflexionsbemühungen scheint, wenn es um die Wissenschaft selbst geht, ein *theoretischer* Zugang und nicht ein *philosophischer* Zugang zu dominieren. Regelmäßig ist die Rede von Wissenschaftstheorie statt von Wissenschaftsphilosophie.²¹ Natürlich kann es sich dabei lediglich um eine terminologische Frage oder um unreflektierte Begriffsverwendungen handeln. Aber es spricht einiges dafür, dass diese Redeweise einen tieferen Grund hat. Wissenschaftstheorie verzichtet auf die Begründung einer Wissenschaft, auf die Einbettung der Wissenschaft in ein Weltbild, auf die Herstellung von Totalität. Wissenschaftstheorie bricht ab. Dagegen muss man nicht einmal Bedenken haben. Vielleicht ist es ein Hinweis darauf, dass die Wissenschaften sich selbst genügen und der philosophischen Begründung gar nicht bedürfen. Zugespitzt kann man auch sagen: Wissenschaftstheorie ist von Natur aus positivistisch. Aber der begriffliche Unterschied könnte auch für die Rechtswissenschaftstheorie, insbesondere im öffentlichen Recht, von Bedeutung sein.

²⁰ Die Welt der Wissenschaftstheorie erscheint manchen Rezipienten in der Rechtswissenschaft als geordnet. Dementsprechend groß sind die Erwartungen an die Wissenschaftstheorie. So wird im Vorwort von *Matthias Herberger/Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, S. VII, ganz ausdrücklich die Hoffnung auf eine ordnende Hand im Durcheinander der juristischen methodologischen Richtungen formuliert.

²¹ Eine allerdings schwer verständliche und weitgehend ohne Anschluss gebliebene *Philosophie der Rechtswissenschaft* hat Carl August Emge verfasst.

II. Wissenschaftstheorie in der Heterarchie der Rechtsbetrachtungen? Zum wissenschaftstheoretischen Anarchismus

Man kann natürlich die vollkommen entgegengesetzte Auffassung vertreten und von der Wissenschaftstheorie eigentlich gar nichts erwarten. Man würde das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Wissenschaftstheorie dann gewissermaßen nicht hierarchisch, sondern heterarchisch beschreiben. Wissenschaftstheorie wäre, frei nach Vesting, der diese Auffassung für die Rechtstheorie so formuliert hat, nicht vornehmer als Baurecht.²² Die Funktion der Wissenschaftstheorie bestünde dann allenfalls darin, in der Rechtsdogmatik Irritationen hervorzurufen. Aber meines Erachtens wird mit einer solchen Beschreibung ein wichtiger Punkt verfehlt. Baurecht kann nämlich gar nicht irritieren. Dass dies die Rechtstheorie oder vielleicht auch die Rechtswissenschaftstheorie kann, liegt, so vermute ich, an einer besonderen argumentativen Dignität, die deren Aussagen zukommt. Diese Dignität nimmt in Anspruch, wer nicht auf Baurecht, sondern auf Rechts- oder eben auch Wissenschaftstheorie Bezug nimmt und irritieren möchte.

D. Kann es eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie geben?

Die Berechtigung einer allgemeinen juristischen Wissenschaftstheorie steht nicht zur Debatte.²³ Die rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen teilen diejenigen Grundlagenprobleme, die gerade ihren Charakter als Rechtswissenschaft betreffen. Insbesondere zwei Fragen sind hier zu nennen: Was macht die Identität der Rechtswissenschaft im Verhältnis zu anderen Wissenschaften aus?²⁴ Und ist die rechtswissenschaftliche Erkenntnis, wie in den Naturwissenschaften, zu verstehen als eine als wahr nachgewiesene Aussage?²⁵

Ein Forschungsfeld „öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie“ hat sich bislang hingegen nicht etabliert.²⁶

²² Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, S. 8.

²³ Siehe nun Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*.

²⁴ Hierzu ausführlich die Beiträge in Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*.

²⁵ Vgl. Hans Poser, *Wissenschaftstheorie*, S. 16.

²⁶ Siehe aber Christoph Möllers, *Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts*. Natürlich gibt es im Übrigen ambitionierte Theorien des Rechts, die für die Besonderheiten von Staat, Verfassung und Verwaltung sensibel sind und die die wissenschaftstheoretischen Probleme, die daraus resultieren, sehen. Früh z. B. Werner Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, S. 1 ff. Ansätze

I. Möglichkeiten der Konzeption einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts

Wie kann eine Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts überhaupt konzipiert werden? Es gibt zwei prinzipielle Möglichkeiten. Wenn es eine allgemeine Wissenschaftstheorie und auf einzelne Disziplinen bezogene, spezielle Wissenschaftstheorien gibt,²⁷ also auch eine Rechtswissenschaftstheorie, dann könnte man die öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie als spezielle Rechtswissenschaftstheorie verstehen, die eben durch den Bezug auf das öffentliche Recht charakterisiert wäre. Umgekehrt kann man aber auch eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie als Teiltheorie der Disziplin vom öffentlichen Recht ansehen. Diese beiden Konzepte stellen keinen absoluten Gegensatz dar. Eher sollen sie den Unterschied benennen, der im Hinblick auf Ausgangspunkt und Richtung des wissenschaftstheoretisch interessierten Fragens jeweils besteht.

II. Öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie als Teiltheorie der Disziplin vom öffentlichen Recht

Ich neige zur zweiten Auffassung. Ich denke, dass die Wissenschaft vom öffentlichen Recht von dem, was sich uns als Wissenschaftstheorie präsentiert, gar nicht mehr so viel lernen kann. Jedenfalls kann das Bild, das man sich von der Beziehung der beiden Disziplinen macht, nicht das eines einseitigen Transfers von der Wissenschaftstheorie zum öffentlichen Recht sein. Eher ist die Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts aus dem öffentlichen Recht heraus zu entwickeln. Die speziellen Wissenschaftstheorien sind für die öffentlich-rechtliche Rechtswissenschaft wenig brauchbar. In ihrem allgemeinen Teil behandelt Wissenschaftstheorie Fragen wie die, ob es eine objektive Wahrheit bzw. eine objektiv erkennbare Realität gebe, und welcher Zusammenhang zwischen Wissenschaft und Werturteilen bestehe.²⁸ Diese Fragen sind dem öffentlichen Recht vertraut, denken wir an die Diskussionen um die Realität des Staates oder an den Weimarer Methoden- und Richtungsstreit. Sie haben in der Rechtswissenschaft so viel Aufmerksamkeit erfahren und die Antworten haben sich so sehr ausdifferenziert, dass man schon von eigenständigen juristischen Forschungsbereichen sprechen kann.

Aber auch daneben gibt es originäre juristische Leistungen, die man einer öffentlich-rechtlichen Wissenschaftstheorie zurechnen kann. Zu denken ist etwa an die Forschungen zur Eigengesetzlichkeit des Rechts im Gefolge

aus anderen Rechtsordnungen sollten mehr Berücksichtigung finden. Ein eigenständiger und interessanter Ansatz ist z. B. *Martin Loughlin*, *The Idea of Public Law*.

²⁷ *Gerhard Schurz*, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, S. 11.

²⁸ *Gerhard Schurz*, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, S. 11.

der Wiener rechtstheoretischen Schule. Ganz allgemein kann auch auf die Systemtheorie verwiesen werden, die trotz aller beobachtenden Distanz anscheinend recht befruchtend für das wissenschaftliche Selbstverständnis vieler Juristen gewirkt hat.

III. Bedeutung einer öffentlich-rechtlichen Wissenschaftstheorie

Ob es sinnvoll ist, eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie als eigenständiges Forschungsgebiet auszurufen, darüber kann man geteilter Auffassung sein. Wichtig ist es jedenfalls, die Berechtigung gewisser wissenschaftstheoretischer Fragen für das öffentliche Recht wie auch die Fruchtbarkeit eines entsprechenden Austausches anzuerkennen. Die Diskussion über eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie hat also vor allem die Funktion, die juristische Neugier zu öffnen und das fachliche Interesse auf die Umgebung der Rechtswissenschaft zu lenken.

Eine so verstandene öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie kann, ähnlich der Rechtstheorie, als eine Art Rezeptionskanal fungieren. Sie hat dann die Aufgabe, unseren Umgang mit nachbarwissenschaftlichen Erkenntnissen methodenbewusst auszugestalten.²⁹ Eine solche Grenzpostendisziplin, wie Ralf Dreier einmal die Funktion der Rechtstheorie beschrieben hat,³⁰ ist auch im öffentlichen Recht zwangsläufig unendlich breit angelegt. Man kann die Wissenschaftstheorie gerade angesichts dieser Weite als den Versuch einer Konzentration verstehen. Diese Konzentration soll es ermöglichen, in einer größeren thematischen und methodischen Geschlossenheit und unter der Ägide spezifischer öffentlich-rechtlicher Leitbilder die Begegnung mit anderen Disziplinen zu suchen.³¹ Natürlich kann allein wissenschaftstheoretisch nicht entschieden werden, an welchen Leitbildern – Herrschaft, Freiheit, Gemeinwohl, Steuerung – das öffentliche Recht auszurichten ist. Hier ist eine Rückbindung an den Gegenstand des öffentlichen Rechts und damit letztlich an das positive Recht zwingend erforderlich.

²⁹ Vgl. Jörn Lüdemann, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, S. 275.

³⁰ Ralf Dreier, Was ist und Wozu Allgemeine Rechtstheorie, S. 26.

³¹ Auch von Seiten der allgemeinen Wissenschaftstheorie wird eingeräumt, dass Wissenschaftstheorie jenseits des strengen „Anleitens“ dazu dienen kann, interdisziplinäre Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten und die argumentative Kompetenz zu schulen. Vgl. Gerhard Schurz, Einführung in die Wissenschaftstheorie, S. 12.

E. Aufgaben und Fragen

Welche Aufgaben kann eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie erfüllen? Hierzu einige Stichworte, wobei von den oben erwähnten allgemeinen rechtswissenschaftstheoretischen Fragen abgesehen wird.

I. Gegenstand

Die Unterscheidung der Gegenstände des öffentlichen Rechts – Völkerrecht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht etc. – bedarf der stetigen Rechtfertigung und Überprüfung. Es ist z. B. nicht nur eine Frage der Benennung, ob das Europarecht zumindest teilweise als Verfassungsrecht, oder ob es als Verwaltungsrecht verstanden wird. Ein anderes Beispiel ist die Internationalisierung im Verwaltungsrecht. Sie lässt das Völkerrecht als Verwaltungsrecht erscheinen, während die Konstitutionalisierung des Völkerrechts dieses als Verfassungsrecht erscheinen lässt.

Man kann nicht davon ausgehen, dass sich hier feste, dauerhafte Gegenstandsbestimmungen treffen lassen. Wichtiger sind Fixierungen, die sich der Variabilität der Grenzziehungen, auf denen sie beruhen, bewusst sind. Das Nachdenken über die Gegenstände des öffentlichen Rechts ist jedenfalls ein Bereich, der einen Teil der öffentlich-rechtlichen Wissenschaftstheorie darstellen kann.

Kaum zu trennen von dieser Aufgabe ist die innerdisziplinäre Arbeitsteilung. Die Aufteilung der Disziplinen dürfte zunächst eine wichtige Aufgabe einer Rechtswissenschaftstheorie sein, verstanden als „Meta-Disziplin, die die Unterscheidung und Zuordnung der in der Jurisprudenz versammelten Subdisziplinen reflektiert und damit den für die Rechtswissenschaften maßgeblichen Ableger der allgemeinen Wissenschaftstheorie bildet“³². Aber auch innerhalb des öffentlichen Rechts sind die überkommenen Abgrenzungen stets aufs Neue zu hinterfragen. Was macht etwa das Allgemeine des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus?³³ Gibt es ein Internationales Verwaltungsrecht und welche Bereiche zählen dazu?³⁴ Sicherlich besteht hier die Gefahr eines kleinlichen Schubladendenkens. Aber an jede Klassifizierung knüpfen sich grundlegende normative Zuordnungen und methodische Weichenstellungen, die die konkrete juristische Arbeit entscheidend prägen.

³² Matthias Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein, S. 69 Anm. 197. Entsprechende Kapitel in rechtstheoretischen oder rechtsphilosophischen Einführungswerken sind verbreitet, siehe z. B. Klaus F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 59 ff.

³³ Siehe dazu jüngst Hans-Heinrich Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts.

³⁴ Dazu jüngst Eberhard Schmidt-Aßmann, Überlegungen zu Begriff und Funktionskreisen des Internationalen Verwaltungsrechts.

II. Methoden

Methodologie ist die Wissenschaft von den Regeln wissenschaftlichen Arbeitens.³⁵ Wissenschaftstheorie ist mit Methodologie nicht identisch, aber Wissenschaftstheorie kann methodologische Debatten befruchten. Ein großer Teil der juristischen Rezeption der Wissenschaftstheorie in den 70er Jahren erfolgte mit dem Fokus auf methodologische Probleme.³⁶ Dieser Strang der Diskussion ist nach meinem Eindruck aber nicht weiter verfolgt worden.

Ähnliches gilt für die These, die Ingeborg Maus vor längerer Zeit die These aufgestellt hat: dass juristische Methodologien bereichsspezifisch zu entwickeln seien. Insbesondere müsse sich die verfassungsrechtliche Methodik von den zivilrechtlichen emanzipieren.³⁷ Diese Aufgabe scheint mir nach wie vor attraktiv zu sein. Eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie kann dazu beitragen, diese Aufgabe zu erfüllen. Zugleich können auf diesem Wege zivilrechtliches und öffentlich-rechtliches Denken kompatibel gemacht werden. Dies wird wichtiger, weil die beiden Rechtsgebiete immer mehr Überschneidungen und Übergänge aufweisen und die dabei aufeinander treffenden Denkkulturen keineswegs vollständig gleich sind.

Schließlich ist auf den Zusammenhang von Methode und Gegenstand (ein wissenschaftstheoretischer Allgemeinplatz) zu verweisen. Wie in der Einleitung bereits erwähnt, knüpfen sich Grundlagenkontroversen im öffentlichen Recht an diesen Zusammenhang. Hat die Wissenschaft vom Staatsrecht nur das Staatsrecht oder auch den Staat, hat die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht nur das Verwaltungsrecht oder auch die Verwaltung zum Gegenstand?³⁸ Es liegt auf der Hand, dass eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie hier zu Klärung beitragen kann.

III. Geschichte

Die Geschichtlichkeit wissenschaftlicher Erkenntnis ist ein Thema für die Wissenschaftstheorie.³⁹ Aber was bedeutet das für das Verfassungsrecht, in dem politische Errungenschaften mit ideologischer Vorgeschichte in die

³⁵ Eike von Savigny, *Methodologie der Dogmatik*, S. 11.

³⁶ Siehe z. B. Ulfrid Neumann/Joachim Rahlf/Eike von Savigny (Hrsg.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*; konkret Eike von Savigny, *Recht und Gerechtigkeit als wissenschaftstheoretisches Problem der Rechtswissenschaft*, S. 238.

³⁷ Ingeborg Maus, *KritV* 1991, S. 107 ff. Dazu auch Ralf Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*.

³⁸ Siehe insbesondere die Beiträge in dem Band Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*. Daneben: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*; zum öffentlichen Recht als Gegenstand Rainer Wahl, *Herausforderungen und Antworten*, S. 31 ff.

³⁹ Vgl. Heinrich Rombach, *Die Geschichtlichkeit der Wissenschaft*, S. 114.

Rechtsform gegossen werden? Und weiter, wenn man die Funktion der Wissenschaftsgeschichte in der Selbstlegitimation der Wissenschaft sieht,⁴⁰ was bedeutet dies für die Geschichte und die Geschichtsschreibung vom öffentlichen Recht? Auch in diesem Zusammenhang lassen sich also spezifische wissenschaftstheoretische Aspekte des öffentlichen Rechts ausmachen.

IV. Verantwortung

In der allgemeinen Wissenschaftstheorie wird stets die Unterscheidung der Wissenschaftstheorie von Wissenschaftssoziologie sowie Wissenschaftsethik betont.⁴¹ Gilt diese Abgrenzung auch für eine öffentlich-rechtliche Wissenschaftstheorie? Über die besondere Nähe des Fachs zur Politik dürfte Einigkeit bestehen. Diese Besonderheit kann ein Naturwissenschaftler im Verhältnis zu seinem Forschungsgegenstand nie haben.⁴² Das Verhältnis von Theorie und Praxis, eine der Grundfragen der Philosophie,⁴³ hat in diesem Zusammenhang für die Jurisprudenz eine ganz eigene Note: die rechtspraktische Relevanz juristischer Aussagen, zum Teil sogar die rechtspraktische Tätigkeit der Juristinnen und Juristen.⁴⁴

V. Rationalität

Auch im öffentlichen Recht wird das Grundmuster wissenschaftlicher Rationalität von verschiedenen Seiten in Frage gestellt. Altbekannt und bis heute nicht ausgestanden sind die Werturteilsdebatte und die Diskussion um das Verhältnis von rechtlicher und politischer Betrachtung. Hinzu kommen insbesondere systemtheoretisch inspirierte Hinweise auf eine notwendig paradoxe Struktur der juristischen Welt (z. B. von Gunther Teubner⁴⁵), die im öffentlichen Recht vertiefte Beachtung finden.⁴⁶ Diese De-

⁴⁰ Heinrich Rombach, Die Geschichtlichkeit der Wissenschaft, S. 116.

⁴¹ Hans Poser, Wissenschaftstheorie, S. 14, 15; Heinrich Kanz, Wissenschaftsethik, S. 173; Wolf Lepenies, Wissenschaftssoziologie, S. 176; Martin Carrier, Wissenschaftstheorie zur Einführung, S. 9.

⁴² Nach Matthias Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein, S. 88 f., handelt es sich zwar einerseits um ein „anthropologische Dilemma“, andererseits aber nicht um ein theoretisches, sondern lediglich um ein praktisches Problem.

⁴³ Siehe dazu mit Blick auf die Wissenschaftstheorie Wolfgang Wieland, Praktische Philosophie und Wissenschaftstheorie.

⁴⁴ Es sei daran erinnert, dass Luhmann die Rechtsdogmatik nicht als Wissenschaft, sondern als Handlungssystem und demgemäß als Teil des Rechtssystems ansah (Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 12 f.).

⁴⁵ Gunther Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien.

⁴⁶ Ein jüngerer Versuch: Markus Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik.